

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho.

ISSN 2237- 4515



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

SETEMBRO/OUTUBRO 2008

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho.



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Editorial

A importância da Região Central do Estado de São Paulo..... 337

Cursos e Eventos

Cursos do Centro de Estudos..... 339

Eventos em parceria com outras instituições 340

Jurisprudência

Indenização por Dano Moral – Policial Civil com Traumatismo
Craniano Causado por Projétil de Arma de Fogo.

Inadmissibilidade..... 343

Peças e Julgados

Distinção entre Impenhorabilidade e Indisponibilidade –

Lei n. 8.212/91 351

Não-ocorrência de Dano Moral – Exercício do Poder de Polícia.

Divulgação de Artigo pela Internet..... 357

Ementário

Consultoria 375

Contencioso Fiscal..... 379

Contencioso Judicial 381

Expediente

Procuradoria Geral do Estado

Procurador Geral do Estado

Marcos Fábio de Oliveira Nusdeo

Procurador Geral do Estado Adjunto

Marcelo de Aquino

Procuradora do Estado Chefe de Gabinete

Carmen Lúcia Brandão

Subprocuradora Geral da Consultoria

Maria Christina Tibiriçá Bahbouth

Subprocurador Geral do Contencioso

Ary Eduardo Porto

Procurador de Estado Corregedor Geral da PGE

Nilson Berenchtein Júnior

Procuradora do Estado Ouvidora Geral da PGE

Flávia Cherto Carvalhaes

Procuradora do Estado Instrutora

Inês Maria Jorge dos Santos Coimbra

Assessoria

Anadil Abujabra Amorim, Antonia Marilda Ribeiro Alborgheti, Arnaldo Bilton Júnior, Carla Maria Rossa Elias Rosa, Célia Almendra Rodrigues, Cristiana Correa Conde Faldini, Cristina Maura Rodrigues Sanches Marçal Ferreira, Cyro Saadeh, Daniela Fernandes Anselmo Gonçalves Rodrigues, Fernanda Ribeiro de Mattos Luccas, Flávia Cherto Carvalhaes, Geraldo Alves de Carvalho, Guilherme Dario Russo Kohnen, Inês Maria Jorge dos Santos Coimbra, Jacqueline Zabeu Pedroso, Jaques Lamac, José Luiz de Queiroz, José Luiz Souza de Moraes, José Roberto de Moraes, Lúcia Cerqueira Alves Barbosa, Luciana Rita Laurenza Saldanha Gasparini, Olavo José Justo Pezzotti, Paola de Almeida Prado, Pasqual Tortaro, Renato Kenji Higa, Renato Peixoto Piedade Bicudo, Rosely Sucena Pastore, Sidnei Farina de Andrade, Tatiana Gaiotto Madureira, Vera Lúcia Gonçalves Barbosa, Virgílio Bernardes Carbonieri e Wladimir Ribeiro Júnior.

Conselho da PGE

Marcos Fábio de Oliveira Nusdeo (Presidente), Nilson Berenchtein Júnior, Maria Christina Tibiriçá Bahbouth, Ary Eduardo Porto, Elza Masako Eda, Ana Cristina Leite Arruda, Manoel Francisco Pinho, Thiago Luís Santos Sombra, Marcio Coimbra Massei, Regina Célia Pedrotti Vespero Fernandes, Paulo de Tarso Nêri e Leila D'Áuria Kato.

Centro de Estudos

Procuradora do Estado Chefe

Márcia Maria Barreta Fernandes Semer

Assessoria

Anna Candida Alves Pinto Serrano, Monica Esposito de Moraes Almeida Ribeiro e Tânia Graça Campi Maluf.

Escola Superior da PGE

Diretor

Márcio Sotelo Felipe

Assessoria

Eliana Maria Barbieri Bertachini

Marily Diniz do Amaral Chaves

Comissão Editorial

Márcia Maria Barreta Fernandes Semer, Ana Paula Manetti Santos, Caio César Guzzardi da Silva, Carla Maria Rossa Elias Rosa, Celso Luiz Bini Fernandes, Luciana Rita Laurenza Saldanha Gasparini, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Márcio Sotelo Felipe, Maria Márcia Formoso Delsin, Monica Esposito de Moraes Almeida Ribeiro e Tatiana Capochin Paes Leme.

Boletim

Monica Esposito de Moraes Almeida Ribeiro (Coordenação Editorial) e Elisabete de Carvalho Melo (distribuição).

Redação e Correspondência

Serviço de Divulgação do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo – Boletim do Centro de Estudos da PGE/SP – Rua Pamplona, 227, 3º e 4º andares, CEP: 01405-902 – São Paulo – SP, Tels: (11) 3286-7027 e 3286-7024, e-mails: <servicodivulgacao@pge.sp.gov.br>, <bibliotecacestudos@pge.sp.gov.br>.

Projeto, produção gráfica e impressão

Imprensa Oficial do Estado de São Paulo

Rua da Mooca, 1921 – Mooca

03103-902 – São Paulo – SP – Brasil

www.imprensaoficial.com.br

livros@imprensaoficial.com.br

SAC Grande São Paulo 11 5013-5108 / 5013-5109

SAC Demais Localidades 0800 0123 401

Tiragem: 1.800 exemplares

As colaborações poderão ser encaminhadas diretamente ao Serviço de Divulgação do Centro de Estudos. Os artigos jurídicos, pareceres e peças processuais somente serão publicados com a aprovação da Comissão Editorial, e as opiniões neles contidas são de exclusiva responsabilidade dos respectivos autores, não vinculando a Administração Pública.

A importância da Região Central do Estado de São Paulo

Surpreendida pela solicitação da colega Márcia Semer, Procuradora Chefe do Centro de Estudos, para que redigisse o presente editorial do Boletim, discorrendo sobre a Procuradoria Regional de São Carlos (PR12), fiquei receosa de não conseguir retratá-la da maneira merecida. Superado o impacto, percebi a importância de fazer um depoimento sobre a Região Central do Estado de São Paulo, em franco desenvolvimento.

A Procuradoria Regional de São Carlos e eu temos o mesmo “tempo de carreira”. Ela foi instalada em 15 de setembro de 1994 e, no dia seguinte, eu tomei posse como Procuradora do Estado. Compareci à solenidade de sua inauguração, em uma linda manhã de primavera, com direito a banda e tudo o mais. Acho que nascia aí um estreitamento de laços com a PR12 e com a Procuradoria Geral do Estado, que já conhecia desde muito cedo, por ser filha de Procurador do Estado.

A Procuradoria Regional de São Carlos abrange a 12ª Região Administrativa do Estado de São Paulo (Região Central), que tem como sede as cidades de São Carlos e Araraquara. Não sei se há outra região administrativa com duas cidades como sede, mas esse fato parece estranho à primeira vista. Convivendo com essa realidade diferenciada, aprendi que o melhor é somar, sempre. O importante é ter nas duas cidades, independentemente da sede da PR12 ser em São Carlos, condições excelentes de trabalho e representatividade perante a comunidade e o meio jurídico. O fortalecimento da sede da Regional, na cidade de São Carlos, e da Subprocuradoria, em Araraquara, representa a solidificação da instituição e, principalmente, o aperfeiçoamento da defesa do interesse público. Temos hoje instalações dignas, que permitem o desenvolvimento das atividades e um melhor atendimento ao contribuinte e ao cidadão. O Decreto n. 53.414, de 11.09.2008, autorizou a ocupação compartilhada de imóvel estadual, na cidade de São Carlos, pela Procuradoria Regional de São Carlos, Secretaria da Agricultura e Secretaria do Meio Ambiente. A previsão é de que em 2009, após obras de adequação, a sede de São Carlos seja transferida para lá, ficando as duas unidades da PR12 instaladas em próprios estaduais.

São Carlos é conhecida como a “Capital da Tecnologia”, sediando duas grandes universidades públicas, a USP e a UFSCAR. Araraquara possui vários cursos

da UNESP e tem grande vocação industrial, que foi reforçada pela instalação do Pólo Aeroespacial de Gavião Peixoto, com uma unidade da Embraer. Na região de Araraquara estão grandes parques da indústria de suco de laranja, como a Sucocítrico Cutrale e a Citrosuco Paulista, entre outras, além das usinas de cana-de-açúcar e álcool.

A Procuradoria Regional de São Carlos conta hoje com apenas 12 Procuradores do Estado, o que é absolutamente insuficiente para a demanda existente. A expectativa é a ampliação desse número, principalmente em razão da área territorial, dilatada pela vinda de algumas comarcas antes pertencentes à Procuradoria Regional de Campinas, e do aumento do volume de trabalho, decorrente da intensa expansão da região e, ainda, da assunção de novas atividades pela Procuradoria Geral do Estado.

Ao mesmo tempo em que há muitos desafios pela frente, vislumbram-se conquistas e realizações, que nada mais são do que os frutos de uma dura luta diária pela estruturação e valorização da Procuradoria Regional de São Carlos e da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

Cristina Duarte Leite Prigenzi
Procuradora do Estado Chefe da
Procuradoria Regional de São Carlos – PR12

Cursos do Centro de Estudos

11.09 – Curso de Especialização em Direito Processual Civil: Execução de deveres de fazer e de não fazer. Abrangência e conceito de tais deveres. Execução de dever de fazer ou não fazer fundada em título executivo judicial ou extrajudicial. Execução da decisão que defere a antecipação de tutela nas ações de conhecimento relativas a tais deveres. Conversão da execução em indenização. As medidas de apoio. As medidas coercitivas. (11 vagas).

11.09 – Curso de Especialização em Direito Processual Civil: Execução por quantia certa lastreada em título executivo extrajudicial. Cumprimento de sentença condenatória. A nova e questionável conceituação de sentenças meramente declaratórias ou constitutivas como título executivo. Atuação do princípio dispositivo. A multa moratória instituída: sua natureza, imposição e exigibilidade. Prazo para o cumprimento e seu termo inicial. A impugnação ao cumprimento. Natureza jurídica e disciplina da impugnação. Seu processamento. Intervenção de terceiros na impugnação. Impugnação e ações prejudiciais. Recurso contra a sua decisão. Efeitos da decisão final. (11 vagas).

22.09 – Curso de Direito do Estado: Ações constitucionais. Mandado de segurança individual e coletivo. (4 vagas).

23.09 – Curso de Especialização em Direitos Humanos: A arguição de descumprimento de preceito fundamental. (7 vagas).

29.09 – Curso de Direito do Estado: Ações constitucionais. Ação civil pública. (3 vagas).

30.09 – Curso de Especialização em Direito Tributário: Tendências atuais para a solução das pendências fiscais na busca da celeridade e eficiência. (2 vagas).

30.09 - I Debate Internacional sobre Tendências Atuais de Direito Processual Civil. (37 vagas).

02, 09, 16 e 30.10 – Curso As transformações do político na literatura inglesa do século XIX. (20 vagas).

03.10 – Curso de Especialização em Direito Tributário: A responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Uma resenha de perspectivas e problemas. (44 vagas).

03.10 – Palestra Ações coletivas no anteprojeto do Código de Processos Coletivos. (15 vagas).

08.10 – Curso de Direito do Estado: Administração Pública e terceiro setor. (2 vagas).

08.10 – Curso de Direito do Estado: Parcerias da Administração Pública. (5 vagas).

09.10 – Curso de Especialização em Direito Processual Civil: Execução contra a Fazenda Pública. Procedimento. Peculiaridades. Sistema constitucional de pagamentos (precatórios). Limites de aplicação das regras da Lei ns. 11.232/2005 e 12.280/2006. (13 vagas).

09.10 – Curso de Especialização em Direito Processual Civil: Execução de dívida ativa da Fazenda Pública. Procedimento. Garantias processuais. Regras especiais e gerais. Regime de subsunção. Limites de aplicação das novas leis da execução. (9 vagas).

13.10 – 1º Seminário de Procuradores do Estado da Procuradoria Judicial e Núcleo Contencioso da PGE nas Autarquias (145 vagas).

14.10 – Curso de Especialização em Direitos Humanos: Técnicas de redação legislativa: a lei como expressão jurídica das políticas públicas. (6 vagas).

29 a 31.10 – 5ª Reunião Técnica da Engenharia da Procuradoria Geral do Estado. (25 vagas).

Eventos em parceria com outras instituições

02, 03, 04 e 05.09 – Curso Manuseio de planilhas no Excel, promovido pela CampusClass Informática Ltda. (58 vagas)

10, 11, 12 e 13.09 – Congresso Nacional de Direito “Os arautos do processo”, promovido pelo Instituto Nacional de Direito, em Marília. (6 vagas).

15 e 16.09 – Seminário Fiscalização de contratos públicos, promovido pela Elo Consultoria Empresarial e Produção de Eventos. (5 vagas).

15 a 19.09 – Treinamento Direito ambiental aplicado às empresas, promovido pelo Grupo NPO, em Santos. (5 vagas)

19 a 23.10 – XXXIV Congresso Nacional de Procuradores do Estado, em parceria com a Associação dos Procuradores do Estado de Goiás, em Rio Quente, GO. (25 vagas).

27.09 – Treinamento Controle e gestão de frotas, promovido pela JBP Dominici ME. (1 vaga)

25 e 26.09 – Seminário Os desafios e perspectivas da advocacia pública no Brasil, promovido pela Prefeitura do Município de São Paulo, Secretaria dos Negócios Jurídicos, Procuradoria Geral do Município e Centro de Estudos Jurídicos “Lucia Maria Moraes Ribeiro de Mendonça”. (8 vagas).

08.10 – *Wokshop* Qualidade no atendimento no serviço público. (100 vagas).

08, 09 e 10.10 – XXII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo “O direito administrativo e os 20 anos da Constituição da República”, em Brasília.(5 vagas)

13 e 14.10 – Seminário O gestor e o ordenador de despesas nos Tribunais de Contas, promovido pela Elo Consultoria Empresarial e Produção de Eventos. (1 vaga).

13 a 17.10 – Curso Excel avançado, promovido pela CampusClass Informática Ltda. (3 vagas)

20, 21, 22, 23, 28, 29, 30 e 31.10 – Curso Acess básico, promovido pela CampusClass Informática Ltda. (54 vagas).

22, 23 e 24.10 – XXII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, promovido pelo IDEPE e Instituto Geraldo Ataliba. (30 vagas)

23.10 – Seminário Sistema Público de Escrituração Digital (SPED) – Nota Fiscal Eletrônica (NF-E) e escrituração contábil e fiscal digital, promovido pela Fisco-Soft Editora Ltda., em Campinas (5 vagas).

23.10 – Curso Unidades de informação e bibliotecas rumo à web 2.0: conceitos, estratégias e tecnologias, promovido pela Content Projetos em Documentação e Comunicação Digital SC Ltda. (1 vaga).

Indenização por Dano Moral – Policial Civil com Traumatismo Craniano Causado por Projétil de Arma de Fogo. Inadmissibilidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível com Revisão n. 269.543-5/9-00, da Comarca de São Paulo, Fazenda Pública, em que são apelantes e reciprocamente apelados Ronaldo Tudela e Fazenda do Estado de São Paulo:

Acordam, em Oitava Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento em parte aos recursos oficial e da ré, negando ao do autor, v.u.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores José Santana e Paulo Dimas Mascaretti.

São Paulo, 3 de maio de 2006.

TOLEDO SILVA
Presidente e Relator

VOTO

Responsabilidade civil do Estado – Indenização e danos morais – Policial civil com traumatismo craniano causado por projétil de arma de fogo – Indenização por dano moral – Inadmissibilidade – O risco permanente é característica própria da junção policial – Responsabilidade do Estado pelas despesas decorrentes do tratamento – Recursos oficial e voluntário da Fazenda providos, em parte, e improvido o do autor.

Ação ordinária de indenização, alegando o autor que é investigador de polícia, lotado na Delegacia de Polícia Civil de Votorantim.

No dia 7 de fevereiro de 1999, em sua folga, por volta de 23h15 foi chamado pelo Delegado Assistente da Delegacia de Polícia Civil de Votorantim, Doutor Wilson Roberto Negrão de Almeida Barros, em razão de fuga em massa de detentas da Cadeia Pública de Votorantim.

Ao chegar no local, atendeu a um chamado, pelo rádio, do Delegado da Divisão de Investigações Gerais (DIG) de Sorocaba, Doutor Pedro Banietti, solicitando auxílio para um caso de seqüestro em Sorocaba.

Acompanhado do Doutor Wilson Negrão, compareceram à DIG, e foram orientados a circular com a viatura pela região, objetivando alcançar um furgão branco, utilizado pela quadrilha e impedir assalto à empresa Brinks.

Localizado o veículo, houve início de tiroteio, no qual foi atingindo no crânio. Levado às pressas para o hospital, submeteu-se a delicada cirurgia, que durou sete horas.

Em razão dos ferimentos recebidos, perdeu o movimento do braço e perna esquerdos, sofreu alterações em sua sensibilidade dolorosa, movimentos e função muscular do lado esquerdo do corpo, com paralisia facial central.

Atualmente, submete-se a sessões de fisioterapia, hidroterapia, terapia ocupacional e psicológica, não havendo previsão do término.

O Estado, por seus agentes, superiores hierárquicos do autor, ao determinar que executasse policiamento ostensivo, que é função própria de policial militar, provocou, de forma indireta, o evento danoso, agindo com culpa, devendo responder pela reparação material e moral.

Ao ordenar que um policial civil cumprisse diligência em outra cidade, desobedeceu ao comando legal do artigo 31 da Lei Complementar n. 207, de 5 de janeiro de 1979.

Pediu a condenação da ré ao pagamento de indenização dos danos materiais, com o reembolso da importância de R\$ 3.619,16, referente às despesas com sessões de fisioterapia, hidroterapia, terapia ocupacional, sessões de psicólogo, medicamentos e outros, feitas até dezembro de 1999; reembolso das despesas com sessões de fisioterapia, hidroterapia e terapia ocupacional, a partir de janeiro de 2000, da ordem de R\$ 167,50 por semana, até o restabelecimento total da capacidade de andar e suas funções motoras; reembolso de despesas com remédios, da ordem de R\$ 25,00 (vinte e cinco reais) mensais; indenização referente aos danos físicos decorrentes da redução da capacidade laborativa, na forma de pensão mensal, na base de dois salários; indenização referente ao dano estético (amassamento do crânio), com fundamento no parágrafo 1º do artigo 1.538 do Código Civil, em quantia correspondente a dois salários mensais, pagos de uma só vez; e indenização por dano moral, a ser arbitrada na sentença.

Pela sentença de fls., a ação foi julgada procedente, em parte, para condenar a ré ao pagamento da indenização de R\$ 167,50 por semana, atualizados desde a data dessa sentença, para a indenização de despesas com fisioterapia,

hidroterapia e terapia ocupacional, desde janeiro de 2000, até que o autor se restabeleça totalmente suas funções motoras, mediante a comprovação do desembolso dessa quantia a partir do ajuizamento; R\$ 25,00 por mês, atualizados desde a data dessa sentença, para indenização de despesas com medicamentos, desde janeiro de 2000, mediante a comprovação do desembolso a partir do ajuizamento; e R\$ 826.048,18, atualizados e acrescidos de juros legais desde a data desta sentença, a título de danos morais.

Apelam as partes: a ré pede a reforma do julgado, sob o fundamento de que o artigo 163 da Lei n. 10.261, de 28 de outubro de 1968 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo), alude ao direito de pleno ressarcimento de danos decorrentes do acidente de trabalho, referindo-se ao seguro previdenciário; que, coberto o risco acidentário, não resulta obrigação indenizatória, senão em razão de dolo ou culpa grave do empregador, como já regia a Súmula n. 229 do STF e atual artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal; que, ao contrário do decidido, a recorrente expressamente contestou esse aspecto, revelando que eventual designação irregular do recorrido não redundava em culpa grave do empregador, nem retira a característica própria da função policial, de risco permanente; que a legislação atual, artigo 1º da Lei n. 9.043, de 9 de maio de 1995, inserido no Código de Processo Penal, estabelece que será a polícia judiciária exercida pelas autoridades policiais. O mesmo Código dispõe que à polícia judiciária caberá: início do inquérito policial – artigo 5º; medidas para apuração da infração penal – artigo 6º; prisão preventiva; prender que se ache em flagrante delito – artigo 301, entre inúmeras outras atribuições.

O autor pede a reforma, em parte, do julgado, sob o fundamento de que o recebimento dos vencimentos ou percepção de aposentadoria tem natureza distinta da indenização de direito comum; que o artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal assegura como direito do trabalhador “segurado contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”; que a sentença, ao entender descabida a indenização pela incapacidade laborativa total e permanente, em razão de estar recebendo seus vencimentos, feriu o disposto no inciso XXVIII do artigo 7º da Constituição Federal; que se aplica ao caso o disposto no artigo 1.539 do Código Civil; que é admissível a cumulação do dano estético com o dano moral; que a ré deve ser condenada nas verbas da sucumbência.

Recursos regularmente processados e respondidos.

É o relatório.

Considera-se interposto o reexame necessário.

É incontroverso nos autos que o autor é servidor público estadual, exercendo a atividade de investigador de polícia na cidade de Votorantim, e que sofreu as lesões corporais graves em razão de perseguição a bandidos envolvidos em assalto com seqüestro na cidade de Sorocaba.

O servidor público concursado, titular de cargo, está sujeito a regime próprio, gozando dos benefícios próprios da carreira, e sujeito às obrigações previstas na lei.

Na lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, o funcionário encontra-se “debaixo de uma situação legal, estatutária, que não é produzida mediante um acordo de vontades, mas imposta unilateralmente pelo Estado e, por isso mesmo, suscetível de ser, a qualquer tempo, alterada por ele sem que o funcionário possa se opor à mudança das condições de prestação de serviço, de sistema de retribuição, de direitos e vantagens, de deveres e limitações, em uma palavra, de regime jurídico” (*Regime constitucional dos servidores*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 12, p. 19).

Para Hely Lopes Meirelles, o Poder Público “não faz contrato com os funcionários, nem com eles ajusta condições de serviço e remuneração. Ao revés, estabelece unilateralmente, em leis e regulamentos, as condições de exercício das funções públicas: prescreve os deveres e direitos dos funcionários; impõe requisitos de eficiência, capacidade, sanidade, moralidade; fixa e altera vencimentos e tudo o mais que julgar conveniente para a investidura no cargo e desempenho de suas funções. Tais preceitos é que constituem o estatuto em sentido amplo” (*Direito administrativo brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 340-341).

Para a condenação do Estado ao pagamento de indenização pelos danos morais, decorrentes dos fatos alegados na inicial, é necessário que tenha agido com culpa grave ou dolo, o que não restou demonstrado, pois o autor, na condição de policial civil, tinha a obrigação de acompanhar o superior hierárquico na apuração do crime mencionado.

A atividade policial é de risco, razão pela qual o servidor gaza de certos benefícios, inclusive de vencimentos, de sorte que, ao sofrer lesões corporais no desempenho de suas funções não tem direito de pleitear indenização do Estado, por danos morais e lucros cessantes, pois continuará recebendo vencimentos e, se aposentado por invalidez, recebe os proventos da inatividade.

Como salientou a ré, o risco permanente é característica própria da função policial, tanto que de acordo com o artigo 6º da Lei n. 9.043, de 9 de maio de 1995, inserido no Código de Processo Penal, é atribuição do policial civil prisão preventiva; prender que se ache em flagrante delito – artigo 301, entre inúmeras outras atribuições.

Na lição de Fernando da Costa Tourinho, “a função precípua da polícia judiciária consiste em apurar as infrações penais e a sua autoria. Sempre vigilante, pondera Pimenta Bueno, ela indaga de todos os fatos suspeitos, recebe os avisos, as notícias, forma os corpos de delitos para comprovar a existência dos atos criminosos, seqüestra os instrumentos dos crimes, colige todos os indícios e provas que pode conseguir, rastreia os delinqüentes, captura-os nos termos

da lei e entrega-os à Justiça Criminal, juntamente com a investigação feita, para que a Justiça examine e julgue maduramente” (*Processo penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva. p. 171).

Como decidido pela Colenda Primeira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado, “não gera indenização por ato ilícito a morte do policial que, no exercício das respectivas funções, está obrigado a defrontar-se com o perigo” (*JTJ-Lex*, 248/133).

Nos termos do artigo 50 da Lei Complementar n. 207/79 (Lei Orgânica da Polícia), o policial civil que ficar inválido ou vier a falecer em consequência de lesões recebidas ou doenças contraídas em razão do serviço terá seu vencimento fixado na referência final da amplitude de vencimentos de sua classe.

O parágrafo 2º estabelece que “o policial invalidado nos termos deste artigo será aposentado com proventos decorrentes do novo enquadramento, observado o disposto no parágrafo anterior”.

Não convence a alegação do autor de que no dia de sua convocação encontrava-se de folga. Nos termos do artigo 44, II, da Lei Complementar n. 207/79, os cargos de policiais civis serão exercidos necessariamente em regime especial de trabalho policial, sujeitos ao cumprimento de horário irregular, plantões noturnos e chamados a qualquer hora.

Com isso, não há violação ao inciso XXVIII do artigo 7º da Constituição Federal.

A ação procede, em parte, apenas para condenar a Fazenda do Estado ao pagamento das despesas com sessões de fisioterapia, hidroterapia, terapia ocupacional, sessões de psicólogo, medicamentos e outros, feitas até dezembro de 1999; reembolso das despesas com sessões de fisioterapia, hidroterapia e terapia ocupacional, a partir de janeiro de 2000, da ordem de R\$ 167,50 por semana, até o restabelecimento total da capacidade de andar e suas funções motoras; reembolso de despesas com remédios, da ordem de R\$ 25,00 (vinte e cinco reais) mensais, pois nos termos do artigo 163 da Lei n. 10.261/68, o Estado assegurará ao funcionário o direito de pleno ressarcimento de danos ou prejuízos decorrentes de acidente no trabalho.

Diante do exposto, dá-se provimento, em parte, ao recurso oficial e ao voluntário da ré, negando ao do autor.

TOLEDO SILVA
Relator

Decisão

Agravo de Instrumento. Responsabilidade civil do Estado. Indenização. Dano moral. Reexame de Provas. Impossibilidade. Súmula n. 279 do STF. Matéria infraconstitucional: Ofensa constitucional indireta. Agravo ao qual se nega seguimento.

Relatório

1. Agravo de instrumento contra decisão que não admitiu recurso extraordinário, interposto com base no artigo 102, inciso III, alínea “a”, da Constituição da República.

2. O recurso inadmitido tem como objeto o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Responsabilidade civil do Estado – Indenização e danos morais – Policial civil com traumatismo craniano causado por projétil de arma de fogo – Indenização por dano moral – Inadmissibilidade – O risco permanente é característica própria da função policial – Responsabilidade do Estado pelas despesas decorrentes do tratamento – Recurso oficial e voluntário da Fazenda providos, em parte, e improvido o do autor.”

3. A decisão agravada teve como fundamentos para a inadmissibilidade do recurso extraordinário a circunstância de que a ofensa à Constituição, se tivesse ocorrido, seria indireta.

4. A agravante alega que teriam sido contrariados os artigos 7º, inciso XXVII, 144, parágrafos 4º e 5º, da Constituição da República.

Argumenta que ficou demonstrada “a culpa do empregador, ora recorrido, ao determinar que um policial civil cumprisse atribuições próprias do policial militar, indo ao encaço de bandidos fortemente armados, sendo alvejado com dois tiros, que atingiram seu crânio, deixando seqüelas”.

Apreciada a matéria trazida na espécie, decido.

5. Razão jurídica não assiste à agravante.

A questão em debate foi decidida com base na aplicação e na interpretação da legislação infraconstitucional. Assim, a alegada ofensa à Constituição, se tivesse ocorrido, seria indireta, o que não viabiliza o processamento do recurso extraordinário.

6. Ademais, o Tribunal *a quo* asseverou que “para a condenação do Estado ao pagamento de indenização pelos danos morais, decorrentes dos fatos alegados na inicial, é necessário que tenha agido com culpa grave ou dolo, o que não restou demonstrado, pois o autor, na condição de policial civil, tinha a obrigação de acompanhar o superior hierárquico na apuração do crime mencionado”.

Concluir de forma diversa demandaria, necessariamente, o reexame das provas contidas nos autos e devidamente apreciadas nas instâncias originárias, hipótese incabível em recurso extraordinário. Incide, na espécie, a Súmula n. 279 do STF.

Nesse sentido:

“Agravo regimental no agravo de instrumento. Dano moral. Indenização. Impossibilidade de reexame de provas (Súmula n. 279). Agravo regimental ao qual se nega provimento.” (AgR AG n. 600.110, de minha relatoria, *DJU*, de 30.11.2007).

Não há divergência entre a decisão agravada e a jurisprudência deste Supremo Tribunal.

7. Pelo exposto, nego seguimento a este agravo (arts. 557, *caput*, do CPC e 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Publique-se.

Brasília, 15 de abril de 2008.

CÁRMEN LÚCIA
Ministra Relatora

Distinção entre Impenhorabilidade e Indisponibilidade – Lei n. 8.212/91

Excelentíssimo Senhor Doutor Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo.

Processo n. 301/91 e apensos

A Fazenda do Estado de São Paulo, por sua Procuradora subscritora, inconformada com a r. decisão prolatada nos autos da execução fiscal que move em face de Elefix Elementos Metálicos de Fixação Ltda., processo em epígrafe, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência interpor, tempestivamente, com fundamento no artigo 522 e seguintes c.c. o artigo 188, ambos da legislação processual civil vigente, recurso de agravo de instrumento. Finalmente, requer que das futuras publicações passe a constar também o nome da Procuradora do Estado Doutora Elizabeth Jane Alves de Lima, responsável pela tramitação dos feitos fazendários em grau recursal.

Termos em que,
P. deferimento.

Jundiaí, 13 de dezembro de 2006.

MARILDA B. C. MICHELETTO
Procuradora do Estado

MINUTA DE AGRAVO

Agravante: Fazenda do Estado de São Paulo
Agravado: Elefix Elementos Metálicos de Fixação Ltda.
Processo n.301/91 e apensos – Anexo Fiscal da Comarca de Jundiaí
Egrégio Tribunal,
Colenda Câmara,

Nobres Julgadores,

A Fazenda do Estado irresigna-se contra decisão proferida nos autos de execução fiscal que impediu o desentranhamento do mandado de registro de penhora e sua devolução ao 1º Cartório de Registro de Imóveis para cumprimento, visto que não procede a recusa manifestada pela referida serventia, fundada na existência de indisponibilidade decorrente de penhora em favor do Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) e da Fazenda Nacional.

Em que pese o brilhantismo de sua prolatora, não merece subsistir a r. decisão que indeferiu o desentranhamento para o seu total cumprimento. Isso restará amplamente demonstrado a seguir, para que, ao final, não restem dúvidas quanto à necessidade incontestada de sua reforma.

A questão suscitada para adiar o registro da penhora lavrada para garantia do juízo, como exposto na nota de devolução encartada aos autos (prenotação n. 201.572), baseia-se no fato de que sobre os bens descritos nas matrículas ns. 29.479, 29.480 e 29.481 pesa a indisponibilidade de que se ocupa o artigo 53 da Lei n. 8.212/91, já que uma penhora em favor da Fazenda Nacional onera os mesmos imóveis. O serviço registral considerou tal situação impeditiva do registro de outras restrições judiciais em que a Fazenda Nacional não figure como litigante.

Salvo melhor juízo, a indisponibilidade que emana do dispositivo legal citado não parece afetar a possibilidade de tais bens servirem de garantia de outros débitos, mesmo porque os créditos da Fazenda Nacional já contam com o privilégio de serem pagos com primazia, constituindo a medida simples restrição imposta ao devedor para retirar o direito potestativo de, ao seu talante, alienar bens do seu patrimônio, sem, no entanto, impedir que outros gravames processuais incidam sobre eles.

Com efeito, indisponibilidade não se confunde com impenhorabilidade, do contrário todas as execuções de responsabilidade da devedora deveriam ser sobrestadas, com o que o relapso contribuinte obteria salvo-conduto para prosseguir na senda da sonegação.

Comentando esse dispositivo, Maury Ângelo Bottesini, Odimir Fernandes, Ricardo Cunha Chimenti, Carlos Henrique Abrão e Manoel Alvares avisam que “a indisponibilidade imposta atinge somente os atos voluntários praticados pelo titular do bem e não o torna impenhorável para outros credores” (*Lei de Execução Fiscal comentada e anotada*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 103).

Ao tratar dessa questão, assevera Francisco Antonio de Oliveira que “a ‘indisponibilidade’ de que fala a lei diz respeito ao proprietário. Os bens declarados indisponíveis pela Lei 8.212/91 não estão e não poderiam estar alijados da execução trabalhista. Essa não foi a *mens legislatoris* e não poderia sê-lo em face do

superprivilégio e da natureza jurídica do crédito trabalhista. Ademais, o artigo 53 da Lei n. 8.212/91, que registra exceção à regra que permite a alienação do bem, ainda que constricto, em nenhum momento declara que, após a prelação do bem em execução fiscal, o imóvel tornar-se-ia impenhorável ou inalienável” (*Manual de penhora: enfoques trabalhistas e jurisprudenciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 159-160).

Prosseguindo suas ponderações, anota:

“Não se olvide, por outro lado, que, como regra geral, não se pode evitar que o bem penhorado seja alienado pelo devedor. E a alienação assim levada a efeito terá pleno valor entre as partes contratantes (*pacta sunt servanda*). A consequência é que a alienação é ineficaz em relação ao credor que tenha efetuado a penhora do bem, o que significa que o comprador levará o bem com o ônus que o grava. Vale dizer, se a dívida não for remida pelo devedor, com a liberação da penhora, o bem ainda que alienado, será levado à hasta pública.

Duas conclusões se nos afiguram possíveis: a) a Lei n. 8.212/91, artigo 53, parágrafo 1º, inovou e retirou do proprietário a faculdade de dispor de imóvel penhorado em execução fiscal promovida pela União, suas autarquias ou fundações; b) o bem penhorado pelo ente público não constitui óbice a nova penhora para pagamento de créditos trabalhistas, tendo estes preferência sobre o executivo fiscal, não se levando em conta a preferência da penhora (art. 612, CPC), nem a anterioridade do crédito” (Ibidem, p. 160).

A prevalecer o entendimento acolhido pelo serviço registral, fica evidenciada a inconseqüência da disposição legal, pois, supondo-se, para fins de argumentação, que os bens constrictos ostentem valores muito acima do débito da Fazenda Nacional, nada obstante seus expressivos valores que até permitem garantir outros créditos, os estaduais ficariam forçosamente desguarnecidos, o que não faz o menor sentido.

Assim, a Fazenda do Estado aguarda seja ordenado o registro da penhora, louvado nos seguintes precedentes:

“Execução Fiscal – Penhora. Bens anteriormente penhorados em execução fiscal ajuizada pela Fazenda Nacional. Irrelevância. Subsistência da penhora realizada na execução ajuizada pela Fazenda do Estado. Interpretação do artigo 53, parágrafo primeiro, da Lei Federal n. 8.212, de 1991. Recurso provido.

A Lei Federal n. 8.212, de 1991, dispõe que os bens penhorados na execução fiscal ajuizada pela Fazenda Federal ficam apenas indisponíveis, isto é, o executado não pode deles dispor ou onerá-los, não proibindo que sejam penhorados pelas Fazendas do Estado ou do Município em execução por estas ajuizadas.”

“Execução Fiscal – O fato dos bens terem sido penhorados na execução fiscal ajuizada pela Fazenda Nacional não impede a penhora na execução fiscal ajuizada pela Fazenda do Estado. Concurso de credores que se resolve pelos artigos 187, parágrafo único, do Código Tributário Nacional e 29 da Lei n. 6.830, de

1980. Inaplicabilidade do disposto no parágrafo 1º do artigo 53 da Lei federal n. 8.212, de 1991. Recurso provido.” (TJSP – AI n. 65.219-5/Tupi Paulista. 8ª Câm. de Direito Público, Rel. Des. Toledo Silva, j. 10.12.1997, *Lex* 205/226).

Também nesse sentido:

“Penhora – Execução fiscal. Indisponibilidade do bem. Circunstância que diz respeito à inviabilidade da alienação, mas não impede nova penhora em outro processo. Interpretação do artigo 53, parágrafo 1º, da Lei n. 8.212/91.” (STJ – REsp n. 615.678/SP, 2ª T., rel. Min. Eliana Calmon).

Ante o exposto, tendo em vista que o indeferimento do pedido de registro da penhora se mostra incabível, a Fazenda do Estado de São Paulo requer seja dado provimento ao presente recurso, para reformar a r. decisão, por ser medida de correta aplicação do direito e de justiça.

Termos em que,

P. deferimento.

Jundiaí, 13 de dezembro de 2006.

MARILDA B.C. MICHELETTO

Procuradora do Estado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 623.143-5/3-00, da Comarca de Jundiaí, em que é agravante a Fazenda do Estado de São Paulo, sendo agravada Elefix Elementos Metálicos de Fixação Ltda:

Acordam, em Segunda Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso, v.u.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores Lineu Peinado (Presidente, sem voto), Alves Bevilacqua e Aloísio de Toledo César.

São Paulo, 19 de junho de 2007.

CORRÊA VIANNA

Relator

VOTO

Vistos.

Execução Fiscal – Penhora de Imóvel – Registro negado pelo oficial do cartório, sob o argumento de que o bem estava indisponível por força do disposto no artigo 53, parágrafo 1º, da Lei n. 8 212/91 – Inadmissibilidade – Não há confundir bem indisponível com bem impenhorável, sendo que apenas aqueles que a lei declare absolutamente impenhoráveis deixarão de garantir a dívida fiscal – Agravo provido para que seja feita a inscrição da penhora em favor da Fazenda Estadual.

Em execução fiscal, insurge-se a Fazenda do Estado contra a r. decisão que indeferiu pedido de desentranhamento do mandado de registro de penhora e sua devolução ao cartório de registro de imóveis.

Busca a modificação sustentando que o registro notarial considerou a penhora anterior em favor do INSS e da Fazenda Nacional fato impeditivo de registro de outras constrições judiciais em que não haja interesse da União, mas a indisponibilidade prevista do artigo 53 da Lei n. 8 212/91 não implica impenhorabilidade, que não há impedimento à incidência de novas constrições porque a garantia da indisponibilidade consiste na impossibilidade do proprietário alienar o bem e não se confunde com a ordem de preferência estabelecida pelo artigo 29, parágrafo único da Lei n. 6.830/80.

Recurso processado, prestou o magistrado as informações. Não respondeu a parte contrária.

Brevemente relatados.

A credora, Fazenda do Estado, requereu o registro da penhora existente nos autos (o que foi deferido pelo MM Juiz). Contudo, o oficial do 1º Registro de Imóveis de Jundiá deixou de cumprir o mandado, por entender que o imóvel sobre o qual recaiu a penhora encontra-se indisponível por força do disposto no artigo 53, parágrafo 1º, da Lei n. 8 212/91.

Ora, se havia impedimento legal para que a ordem do MM Juiz deixasse de ser cumprida, cabia ao oficial levantar dúvida perante seu Corregedor permanente, o que não fez, não lhe sendo dado recusar atendimento ao que fora determinado pelo Juiz da execução.

De resto, é preciso lembrar que a penhora de bens imóveis depende da inscrição no respectivo registro (art. 659, § 4º, do CPC). E o diploma especial que disciplina a cobrança da dívida ativa diz que o despacho do juiz importa em ordem para “registro da penhora ou arresto” (art. 7º, IV, da Lei n. 6 830/80), o que se fará consoante dispõe o artigo 14, I, dessa lei.

Ora, a norma legal em que se baseou o oficial para deixar de cumprir o mandado não possui o alcance pretendido. Na verdade, o artigo 53 da Lei n. 8.212/91

apenas prevê que, efetivada a penhora em execução judicial de dívida ativa da União, suas autarquias e fundações, “os bens penhorados nos termos deste artigo ficam desde logo indisponíveis” (§ 1º). Com o respeito de sempre a posições contrárias, a afirmada indisponibilidade não equivale a impenhorabilidade. Na lição de Plácido e Silva, por indisponibilidade “entende-se a qualidade do que não se pode dispor, ou porque faça falta, ou porque se mostre necessário. É, pois, indicativo da coisa de que não se pode dispor, isto é, vender, dar, ceder” (*Dicionário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, v. 2. p. 819). Indisponível é o direito do qual o titular dele não pode abdicar.

Logo, o conceito de indisponibilidade refere-se ao titular do direito, ou seja, ao proprietário do bem (no caso, do imóvel) que dele não mais poderá dispor. Contudo, o que é coisa bem diversa, nada impede que outra penhora recaia sobre o mesmo bem.

Observe-se que a totalidade dos bens e rendas responde pelo pagamento da dívida ativa da Fazenda, “excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declara absolutamente impenhoráveis” (Lei n. 6.830/80, art. 30). E a invocada Lei n. 8.212/91 não fala, em momento algum, de impenhorabilidade absoluta, mas sim de indisponibilidade, o que é diferente, repita-se. O douto José da Silva Pacheco realizou preciso estudo da impenhorabilidade absoluta e da relativa, não se enquadrando a hipótese dos autos nos casos anotados (*Comentários à Lei de Execução Fiscal*. 4. ed. p. 256-257).

Portanto, se havia penhora anterior da União, respeita-se, tão-somente, a preferência que a favorece (art. 29). Se o bem penhorado servir para pagamento de dívida para com a Fazenda Nacional, nada obsta que, havendo saldo, possa este servir para a quitação de outro débito com a Fazenda do Estado de São Paulo. Essa a finalidade da nova penhora, não se vislumbrando impedimento a que seja feita sua inscrição no registro imobiliário, posto que não afeta, de modo algum, a constrição anteriormente realizada.

Do exposto, dou provimento ao recurso.

CORRÊA VIANNA

Relator

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 responsabilit  della pubblica amministrazione*. Milano: Giuffr , 1939. v. 1, p. 243 et seq.

6 “O dano s  dá direito a repara o se apresentar certas características intr secas (...). 4  - O dano deve ter por objeto uma situa o juridicamente protegida.   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 jur dicamente protegida.’ (Suprema Corte da Argentina. Fallos, 318:1531. Transcrita em: José Luis Amadeo. *Responsabilidad del estado por actos l citos*. 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

Consultoria

182) Administração Indireta – Sociedade de economia mista. Aposentadoria. Pensão mensal. Ação civil pública

Assunção do pagamento direto da complementação de aposentadorias e pensões dos ex-empregados do Banco Nossa Caixa S.A. e seus beneficiários pela Secretaria da Fazenda (DDPE) a partir de abril de 2007, sendo certo que os ônus financeiros do atendimento ao benefício já eram de responsabilidade do Estado. Matéria analisada pelo Parecer PA n. 248/2006, que não divisou óbices legais ou judiciais à implementação da medida. Pedido de reexame dirigido por deputado estadual ao Secretário da Fazenda, sob o fundamento de que a legislação estadual (Lei n. 8.236/93) apenas autorizara o custeio dos benefícios de complementação, mediante repasse dos recursos correspondentes pelo Tesouro, e não a administração da folha de pagamentos pelo Poder Executivo. Inexistência de óbice legislativo à medida, que, ademais, se afeiçoa à diretriz constante do inciso III do artigo 7º do Decreto n. 42.698/97. Ação civil pública em que a associação interessada ataca a providência administrativa objeto de decisão de primeiro grau

na Justiça do Trabalho, declinando da competência para conhecer e julgar a demanda em prol da Justiça Estadual. Recurso ordinário interposto pela associação reclamante ainda não julgado. Atualização de informações em atendimento a diligência proposta no Parecer PA n. 94/2008. Ratificação do entendimento expresso no Parecer PA n. 248/2006. Devolução à origem para ciência e resposta ao parlamentar missivista. (Parecer PA n. 160/2008. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 19.08.2008).

183) Constitucionalidade – Constituição Estadual. Poder Judiciário. Tribunal de Justiça do Estado. Assembléia Legislativa. Ação Judicial

Ação direta declaratória de inconstitucionalidade. Exame da constitucionalidade da Emenda n. 25, promulgada em 12 de maio de 2008, à Constituição do Estado (alteração da redação do art. 63). Exigência de aprovação prévia pela Assembléia Legislativa dos escolhidos pelo Governador para integrar o Tribunal de Justiça, nas vagas destinadas ao quinto constitucional, após a elaboração das respectivas listas sêxtuplas e tríplexes. Incons-

titucionalidade material manifesta, por discrepância em relação ao disposto no parágrafo único do artigo 94 da Constituição da República, conspurcando-se, indiretamente, o princípio da separação dos poderes. Precedente específico do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto (ADI n. 202-3/BA). Viabilidade jurídica da propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Legitimação ativa do Governador do Estado. Minuta da competente petição inicial oferecida em apartado. (Parecer PA n. 183/2008. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 22.09.2008. ADI n. 4.150).

184) Constitucionalidade – Município. Estado-membro. Segurança pública. Sistema penitenciário. Ação direta de inconstitucionalidade. Licenciamento ambiental. Competência do Município

Exame da constitucionalidade da Lei Complementar n. 720, de 30.09.2005, do Município de Mogi Guaçu, que proibiu a construção, ampliação ou implantação de novos presídios e estabelecimentos de internação de menores, nas zonas urbanas, de expansão urbana e rural da Municipalidade. Inconstitucionalidade orgânica por colidência com normas gerais federais de direito penitenciário (Lei de Execuções Penais) e de proteção à infância e à juventude (Estatuto da Criança e do Adolescente). Inconstitucionalidade material consistente na inviabilização do dever do Estado para com a preservação da segurança pública

(art. 144, *caput*, da CF/88). Diversos precedentes da Procuradoria Administrativa, entre os quais o Parecer PA n. 204/2007. Viabilidade de propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça. Legitimação ativa do Governador do Estado. Fundamento: artigos 74, inciso VI, e 90, inciso I, da Constituição Estadual. Quanto à questão da competência para o licenciamento ambiental necessário à construção de unidade do sistema penitenciário, deve a mesma ser examinada à luz dos artigos 4º a 7º e 20 da Resolução CONAMA n. 237. Parecer no sentido de que, na hipótese concreta dos autos, o procedimento licenciatório deverá ser efetuado, em princípio – atendidas as cautelas que se indicam – perante o órgão municipal pertinente. (Parecer PA n. 167/2008. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 01.09.2008. ADI n. 169.789-0/3-00).

185) Constitucionalidade – Processo administrativo disciplinar. Advogado. Ampla defesa

Nada obstante a edição da Súmula vinculante n. 5 do Supremo Tribunal Federal (“a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”), nos processos administrativos disciplinares e sindicâncias punitivas regidas pela Lei estadual n. 10.261/68, a defesa técnica do acusado por advogado continua sendo condição necessária para a tramitação do feito, se e na medida em que for assim estabelecido pelo Estatuto. (Parecer PA n. 173/2008.

Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 02.10.2008).

186) Licitação – Tribunal de Contas

Decisão da Corte de Contas que considera legais a licitação, o contrato e as despesas respectivas. Posição divergente da Corregedoria Geral da Administração, que entende existirem irregularidades ensejadoras de dano ao erário. A decisão da Corte de Contas não impede a Administração de ir a juízo para obter o ressarcimento por danos, nem obsta a responsabilização administrativa de servidores envolvidos. Questão precedentemente analisada no Parecer PA n. 259/2004. A Súmula n. 6 do Supremo Tribunal Federal não impede a atuação da Administração Pública para sanar condutas que entende irregulares. (Parecer PA n. 189/2008. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 06.10.2008).

187) Recurso Administrativo – Pedido de reconsideração. Recurso hierárquico

Em face de decisões que não envolvam matéria disciplinar, conquanto tratem de relações estatutárias, devem as respectivas impugnações observar os prazos e condições de admissibilidade previstos no artigo 240 do Estatuto, e não na Lei n. 10.177/98. Em tais hipóteses, é facultado ao servidor estatutário apresentar pedido de reconsideração à autoridade prolatora do ato indesejado no prazo de 30 dias e, posteriormente, recorrer ao superior hierárquico, da decisão que porventura vier a manter a solução dada, com o prazo também

de 30 dias. (Parecer PA n. 168/2008. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 06.10.2008).

188) Responsabilidade Civil do Estado

Estacionamento de veículos particulares em áreas estaduais. Não se destinando o estacionamento gratuito a angariar freguesia, não há contrato de depósito nem dever de guarda, ainda que mantido serviço de vigilância no local. Questão, porém, controvertida na jurisprudência, com existência de decisões contrárias à Administração Pública, notadamente se mantido serviço de vigilância. Matéria analisada no precedente Parecer PA n. 59/2008. (Parecer PA n. 109/2008. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 22.08.2008).

189) Servidor Público – Ajuda de custo

Servidor da Secretaria da Fazenda removido de um Posto Fiscal para outro no âmbito da mesma Delegacia Regional Tributária. Conceito de *sede*. Artigo 144, parágrafo 3º, da Lei estadual n. 10.261/68. Possibilidade de exame do pedido administrativo formulado quase dois anos após a efetivação da remoção, na medida que ainda em curso o prazo prescricional para postulação em juízo (art. 1º do Dec. n. 20.910, de 06.01.1932). Pagamento em dobro do prêmio de incentivo à qualidade. “PIQ em dobro”. A situação da interessada é regrada pelo artigo 9º da Lei Complementar estadual n. 952, de 19.12.2003, e não pelo artigo 10 do

mesmo diploma legal. Remoção que se deu no interesse da Administração, de uma unidade da Secretaria da Fazenda para outra unidade da mesma

Pasta, situada em outro município. (Parecer PA n. 65/2008. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 20.08.2008).

Contencioso Fiscal

190) Agravo de Instrumento – Execução fiscal. Inclusão dos sócios no pólo passivo. Prescrição. Decorridos mais de 5 anos da citação e o pedido da inclusão

Insurgência contra o indeferimento da inclusão dos sócios no pólo passivo da demanda. Decisão mantida. Redirecionamento da execução aos sócios. Prescrição. Ocorrência. Decorrido mais de 5 anos entre a citação da empresa executada e o pedido de inclusão dos sócios para integrarem o pólo passivo da demanda. Precedentes jurisprudenciais. Recurso improvido. (TJSP – AI n. 807.101-5/3/São Paulo – Rel. Des. Antonio Rulli).

191) Agravo de Instrumento – Execução fiscal. Redirecionamento contra os sócios. Afastamento da prescrição extintiva reconhecida em relação aos sócios. Agravo provido para afastar a prescrição

Redirecionamento contra os sócios da empresa executada. Afastamento da prescrição extintiva reconhecida em relação aos sócios, em r. decisão que considerou lapso quinquenal transcorrido desde a citação da pessoa jurídica executada, devedora principal. Hipótese em

que o fato ensejador do “redirecionamento” da execução contra a agravada (o encerramento irregular das atividades da empresa) só ocorreu posteriormente. Agravo provido para afastar a prescrição. (TJSP – AI n. 811.633-5/5 São Paulo – Rel. Des. Aroldo Viotti).

192) Execução Fiscal – Penhora. Substituição por direito de uso das marcas da devedora. Possibilidade

Substituição por direito de uso das marcas da devedora. Possibilidade. Interpretação do disposto no artigo 15 II c.c. o artigo 11, ambos da Lei das Execuções Fiscais. Recurso improvido. (TJSP – AI n. 657.538-5/0-00/São Paulo – 2ª Câmara de Direito Público – Rel. Des. Alves Bevilacqua).

193) Execução Fiscal – Penhora sobre direito de marca. Natureza jurídica patrimonial apta à constrição. Impossibilidade de assegurar a execução por outros bens. Comportamento desleal da agravante. Desprovimento do recurso e aplicação de multa

Ponderação dos princípios regentes da execução. Impossibilidade de assegurar a execução por outros bens. Comportamento desleal da agravante.

Desprovemento do recurso e aplicação de multas de 1% do valor atualizado da execução em favor do agravado. 1. O direito irradiado de marca é de natureza patrimonial, suscetível de ser penhorado. As cautelas em torno de tal constrição devem-se à ponderação dos princípios regentes da execução, dando-se prevalência à satisfação do credor, quando por outro meio menos gravoso impossível conseguiu-la. 2. A agravante que interpõe dois agravos, em dias subseqüentes, infringindo o princípio da singularidade recursal e denotando escopo procrastinador, procede de forma atentatória à lealdade processual. Multa, no mínimo legal, aplicada. (TJSP – AI n. 657.398-5/0-00/São Paulo – Rel. Des. João Carlos Garcia).

194) Tributário – Execução Fiscal. Penhora sobre faturamento da empresa. Não-comprovação de outros bens passíveis de garantir a satisfação do crédito

Agravo regimental em agravo de instrumento. Artigo 545 do Código de Processo Civil. Precedentes. 1. A penhora sobre o faturamento da empresa não é sinônimo de penhora sobre dinheiro, razão porque o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que referida constrição exige sejam tomadas cautelas específicas discriminadas em lei. Isso porque o

artigo 620 do Código de Processo Civil consagra *favor debitoris* e tem aplicação quando, dentre dois ou mais atos executivos a serem praticados em desfavor do executado, o juiz deve sempre optar pelo menos gravoso ao devedor.

2. É admissível proceder-se à penhora sobre faturamento da empresa, desde que: a) comprovada a inexistência de outros bens passíveis de garantir a execução, ou seja, os indicados de difícil alienação; b) nomeação do administrador (arts. 678 e 719, *caput*, do CPC), ao qual incumbirá apresentação das formas de administração e pagamento; c) fixação de percentual que não inviabilize a atividade econômica da empresa.

3. *In casu*, verifica-se que a empresa executada ofereceu à penhora bens de difícil liquidação e insuficiente a satisfação da totalidade das pretensões de crédito da exequente. 4. O patrimônio de uma sociedade é ser-vil a suas obrigações, notadamente a tributária, que é *ex lege* e destinada à receita pública, cuja função é satisfazer às necessidades coletivas, por isso que a penhora sobre o faturamento é uma modalidade útil ao processo de execução. 5. Agravo regimental desprovido. (STJ – AG n. 708.454/SP (2005/0156618-6) – Rel. Min. Luiz Fux).

Contencioso Judicial

195) Ação Civil Pública

Associação de Despachantes e Auto-escolas de Bragança Paulista, Campinas e Ourinhos. Sistema de Gerenciamento Eletrônicos de Veículos (GEVER). Obrigação de não fazer. Desobrigar associados a aderirem ao sistema. Improcedência. Portaria do Detran que instituiu e disciplinou o sistema é legítima, foi baseada no poder de polícia e princípio da eficiência da Administração. Declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 8.107/92 retira o fundamento legal da pretensão inicial e só reforça a necessidade de maior efetividade do poder de polícia da Administração. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP – Apel n. 729.414.5/3-00/São Paulo).

196) Ação Civil Pública – Reforma de estabelecimento prisional. Condenação do Estado em obrigação de fazer. Impossibilidade jurídica do pedido. Extinção do feito. Artigo 267, inciso. VI, do Código de Processo Civil

“Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais, etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de

que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas.” (REsp n. 169.876/SP, Min. José Delgado). Recurso provido. (TJSP – Apel n. 2002.023800-2/São Joaquim – Rel. Des. Luiz César Medeiros).

197) Administrativo – Responsabilidade civil do Estado. Danos materiais e morais. Morte decorrente de “bala perdida” disparada por menor evadido há uma semana de estabelecimento destinado ao cumprimento de medida sócio-educativa de semi-liberdade. Ausência de nexo de causalidade

1. A imputação de responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, supõe a presença de dois elementos de fato (a conduta do agente e o resultado dano-so) e um elemento lógico-normativo, o nexo causal (que é lógico porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencibilidade, entre os elementos de fato; e é normativo porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito). 2. “Ora, em nosso sistema, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil [art. 403 do CC/2002], a teoria adotada quanto ao nexo causal é a teoria do dano direto e imediato, também

denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva (...). Essa teoria, como bem demonstra Agostinho Alvim (*Da inexecução das obrigações*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. n. 226, p. 370), só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa” (STF – RE n. 130.764, 1ª Turma, rel. Min. Moreira Alves, *DJU*, de 07.08.1992). 3. No caso, não há como afirmar que a deficiência do serviço do Estado (que propiciou a evasão de menor submetido a regime de semi-liberdade) tenha sido a causa direta e imediata do tiroteio entre o foragido e um seu desafeto, ocorrido oito dias depois, durante o qual foi disparada a “bala perdida” que atingiu a vítima, nem que esse tiroteio tenha sido efeito necessário da referida deficiência. Ausente o nexo causal, fica afastada a responsabilidade do Estado. Precedentes de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal em casos análogos. 4. Recurso improvido. (STJ – REsp n. 858.511/DF (2006/0121245-9) – Rel. Min. Luiz Fux – Rel. p/Acórdão Min. Teori Albino Zavascki).

198) Agravo de Instrumento

Diferenças salariais, sexta parte e indenização. Insurgência contra o despacho que indeferiu o benefício da justiça gratuita. Inteligência do

artigo 4º da Lei n. 1.060/50. Não comprovação de pobreza. Benefício, ademais, não concedido a pessoas jurídicas. Recurso não provido. (TJSP – AI n. 826.373.5/2-00/São Paulo).

199) Apelação Cível – Ação civil pública. Construção de presídio. Ato administrativo. Necessidade de dotação orçamentária prévia. Controle judicial. Legalidade e legitimidade

A realização de atos concretos pela Administração Pública, como a construção de estabelecimentos penais, depende de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades determinado pelos governantes. O Poder Judiciário exerce o controle judicial sobre os atos administrativos do Poder Executivo, porém a sua competência restringe-se ao controle da legalidade e da legitimidade, sem adentrar no mérito administrativo, ou seja, na conveniência, oportunidade ou eficiência do ato, constatação esta que somente cabe ao Poder Executivo. Recurso provido (TJMS – Apel n. 2007.013326-9/0000-00/Três Lagoas – 3ª Turma Cível – Rel. Des. Hamilton Carli – j. 30.07.2007).

200) Execução de Sentença

Indenização por dano físico. Falecimento do beneficiário. Verba mensal de caráter pessoal. Direito que não se transmite aos sucessores. Recurso desprovido. (TJSP – AI n. 685.431-5/1-00).

201) Gratificação Especial de Trabalho Policial – Adicional noturno. Artigo 7º, IX, da Constituição Federal

1. Não malhere o disposto no artigo 7º, IX, da Constituição Federal a interpretação oferecida pelas instâncias ordinárias que consideraram que a gratificação chamada Regime Especial de Trabalho Policial (RETP) como expressamente prevista na legislação de regência, alcança o trabalho em horário irregular, incluído o regime de plantões noturno. Interpretação em outra direção conflita com o disposto no artigo 39, XIV, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário desprovido. (STF – RE n. 185.312-3/São Paulo – 1ª Turma – Rel. Min. Menezes Direito – j. 15.04.2008).

202) Medida Cautelar – Protesto para interrupção da prescrição

O zelo com a aplicação dos recursos públicos é uma premissa do Poder Público em si e a lesão a ser causada com a má aplicação do dinheiro público é certamente grave e de difícil reparação. Recurso provido. (TJSP – Apel n. 761.968-5/5-00/São Paulo – 3ª Câmara de Direito Público).

203) Processo Administrativo Disciplinar – Patrulheiro rodoviário federal. Demissão

Impossibilidade de apreciar-se, em mandado de segurança, alegação de falsidade da prova testemunhal e de cerceamento de defesa, não comprovada de plano. Não configura nulidade, à falta de previsão legal nesse sentido, a não-conclusão do processo administrativo no

prazo do artigo 152 da Lei n. 8.112/90. Circunstância que, de resto, não prejudicou o impetrante, processado sem o afastamento previsto no artigo 147 do mesmo diploma legal. Prazo que foi estabelecido em prol da Administração, com o fim de afastar o inconveniente do retorno do servidor afastado, antes de apurada a sua responsabilidade funcional (art. 147, parágrafo único). A circunstância de encontrar-se o impetrante no gozo de licença para tratamento de saúde e em vias de aposentar-se por invalidez não constituía óbice à demissão, como não constituiria a própria aposentadoria que, para tanto, estaria sujeita à cassação, na forma do artigo 234 da Lei n. 8.112/90. Independência das instâncias administrativa e penal, consagrada no artigo 125 do diploma legal sob enfoque, incorrendo condicionamentos recíprocos, salvo na hipótese de manifestação definitiva, na primeira, pela inexistência material do fato ou pela negativa da autoria, o que não ocorre no caso examinado. Ausência das apontadas ilegalidades. Mandado de segurança indeferido. (STJ – MS n. 22656/SC – Tribunal Pleno – Rel. Min. Ilmar Galvão – j. 30.06.1997). *DJU*, de 05.09.1997, p. 41.874, *Ementário*, v. 1.881-01, p. 74.

204) Processual Civil – Embargos de declaração. Conflito de competência. Decisão proferida por presidente de tribunal em sede de processamento de precatório. Natureza administrativa da atribuição prevista no artigo 100, parágrafo 2º, da Constituição Federal.

1. Decisão proferida por presidente de tribunal, com esteio nos artigos

731 do Código de Processo Civil e 100, parágrafo 2º, da Constituição da República, detém natureza administrativa, não se mostrando apta a ser objeto de conflito de competência. 2. Embargos de declaração acolhidos para chamar o feito à ordem. 3. Conflito de competência não conhecido. (STJ – ED CC n. 30.079/ES (2000/0070370-2) – Rel. Min. Eliana Calmon).

205) Processual Civil – Parcial descompasso entre o julgamento e a apelação. Respeito ao princípio *tantum devolutum quantum apelatum*

Servidor autárquico. Vencimentos. Reajuste para os servidores da pessoa jurídica a que vinculada a autarquia. Não-obrigatoriedade nem vinculação. Inocorrência de violação ao princípio da isonomia. Recurso desprovido. (TJSP – Apel n. 550.129.5/3-00/São Paulo).

206) Reclamação – Descumprimento de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça. Autos de recurso ordinário. Mandado de segurança. Pagamento das parcelas vencidas após a impetração. Honorários de advogado em sede de reclamação. Descabimento. Pedido julgado procedente.

1. Consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o pagamento de verbas atrasadas em sede de mandado de segurança restringe-se às parcelas existentes entre a data da impetração e a concessão da ordem. 2. É vedada a condenação em verba de patrocínio na reclamação. Precedente.

3. Pedido que se julga procedente, para determinar o pagamento das verbas vencidas durante o período entre a data da impetração e a concessão da ordem, sob o regime de precatório. (STJ – RCL n. 2.017/RS (2005/0168480-2) – Rel. Des. Conv. Jane Silva).

207) Recursos Especiais – Processo civil e administrativo. Pagamento da complementação de aposentadoria e pensão a aposentados e pensionistas da CESP, devida por força de previsão legal. Competência da Justiça Comum Estadual. Precedentes. Divergência jurisprudencial notória

1. Não cabe a esta Corte, em sede de recurso especial, o exame de matéria constitucional, cuja competência é reservada ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 102, inciso III, da Carta Magna. 2. O artigo 243 da Lei Processual Civil não tem aplicação quanto às nulidades absolutas, como a competência em razão da matéria. 3. “A interposição de conflito de competência por uma das partes não é causa de suspensão do processo, em face do artigo 265 do Código de Processo Civil” (EREsp n. 654517/PR, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJU, de 19.09.2005). 4. Não há ofensa ao artigo 398 do Código de Processo Civil na hipótese de ausência de juntada de documento novo aos autos, mas de simples petição suscitando a incompetência da Justiça Comum Estadual para apreciar o pleito. 5. De acordo com o artigo 535 do Código de Processo Civil, os embargos declaratórios são cabíveis nas hipóteses de haver omissão,

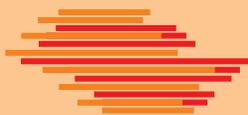
contradição ou obscuridade na decisão prolatada. Não pode tal meio de impugnação ser utilizado como forma de se insurgir quanto à matéria de fundo, quando esta foi devidamente debatida no acórdão embargado. 6. O artigo 557, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil não resta malferido no caso em que sequer houve julgamento monocrático, mas prolação de acórdão por órgão colegiado da Corte Estadual. 7. Se não houve modificação do pedido ou da causa de pedir, mas apenas a determinação, pelo aresto recorrido, de remessa dos autos à Justiça Trabalhista, ante a incompetência absoluta da Justiça Comum para apreciar o feito, não há violação do artigo 264 do Código de Processo Civil. 8. A jurisprudência desta Corte há muito pacificou-se no sentido de que, em se tratando de divergência jurisprudencial notória, é

dispensável a realização do cotejo analítico para o conhecimento do recurso. 9. “A divergência notória, quando admitida, guarda pertinência exclusiva com a demonstração analítica da divergência jurisprudencial, nada tendo a ver com a sua comprovação.” (AgR EREsp n. 332.972/PI, Corte Especial, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJU*, de 13.12.2004). 10. Recurso especial da Companhia de Transmissão Energia Elétrica Paulista e da Fundação CESP ao qual se nega provimento e recurso especial da Fazenda do Estado de São Paulo provido, pela alínea “c” do permissivo constitucional, para firmar a competência da Justiça Comum Estadual para julgar o feito. (STJ – REsp n. 961.407/SP (2007/0135193-0) – Rel. Min. Paulo Gallotti – Rel. p/ Acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura).

editoração, ctp, impressão e acabamento

imprensaoficial

Rua da Mooca, 1921 São Paulo SP
Fones: 2799-9800 - 0800 0123401
www.imprensaoficial.com.br



PGE
PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO