

Sentenças



AÇÃO PENAL
0011010-93.2006.4.03.6181
(2006.61.81.011010-9)

Autora: JUSTIÇA PÚBLICA

Réu: R.J.M.N.

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: TORU YAMAMOTO

Disponibilização da Sentença: REGISTRO TERMINAL EM 12/03/2013

SENTENÇA

Vistos etc.

O Ministério Público Federal denunciou R.J.M.N., qualificado nos autos, como incurso no artigo 70 da Lei nº 4.117/62, bem como no artigo 336 do Código Penal, em razão dos seguintes fatos apurados em inquérito policial:

1. Em 20 de abril de 2006, fiscais da Anatel constataram o funcionamento clandestino de emissora de rádio denominada Rádio Novidade FM – instalada à Estrada Tambory, 4, Vila Mercês, Carapicuíba/SP.

2. Os documentos produzidos pela Autarquia quando da atuação constam a fls. 04/12, tendo sido realizada, dentre outras coisas, a caracterização dos equipamentos utilizados pela rádio pirata.

Foi lavrado, outrossim, parecer técnico, juntado a fls. 7/8.

3. No ato de fiscalização, os funcionários da ANATEL foram recebidos pela proprietária do imóvel, e a quem, após a interrupção do serviço clandestino de radiodifusão, foram os equipamentos apreendidos entregues (fls. 11/12), ficando a proprietária responsável pela guarda dos mesmos.

4. Em sede policial, a proprietária do imóvel informou (fls. 55/56) que o denunciado era seu locatário e responsável pela emissora de rádio. Após o término da fiscalização o denunciado exigiu a entrega dos equipamentos, redigindo documento responsabilizando-se por eles (fl. 57).

5. Foi ainda realizada perícia técnica indireta da aparelhagem eletrônica a partir da documentação produzida pelos agentes da ANATEL quando da fiscalização (fls. 78/80). De relevante pode-se destacar a informação de que a emissora não autorizada poderia causar danos a terceiros, bem como interferências prejudiciais em serviços de telecomunicações regularmente instalados, sendo sua potência de 269 W (duzentos e sessenta e nove Watts).

6. Intimado, o denunciado informou (fl. 96) que a rádio funcionou de outubro de 2004 até a data da fiscalização da ANATEL em abril de 2006. Segundo o relato de R.J.M.N., o estúdio da rádio funcionava em sua residência, sendo que, a partir de março de 2006, passou a alugar espaço no imóvel de Alzira tão somente para instalação do equipamento, remanescendo o estúdio em sua residência.

Quanto ao equipamento de radiodifusão que, segundo documento redigido pelo próprio denunciado a fls. 57, estava sob sua posse, declarou o denunciado que não mais o possuía.

7. Com isso, quer pelos documentos produzidos pela ANATEL, quer pelas diligências realizadas em sede de inquérito policial, incontestemente resta a configuração tanto da exploração clandestina de serviço de radiodifusão quanto da inutilização de sinal empregado por ordem de funcionário público, uma vez que houve violação do lacre utilizado pelos fiscais da ANATEL quando da apreensão dos equipamentos de radiodifusão.

O Ministério Público Federal justificou não ser caso de oferecimento de transação penal (fls. 114).

A denúncia foi recebida em 01/06/2009 (fls. 123/124).

Citado pessoalmente (fls. 131), o réu apresentou resposta à acusação por intermédio da Defensoria Pública da União, arrolando 4 (quatro) testemunhas, sendo 2 (duas) delas comuns com as de acusação (fls. 139/140).

Não sendo caso de absolvição sumária, determinado o prosseguimento do feito (fls. 141).

Na instrução, foram ouvidas 2 (duas) testemunhas comuns e 2 (duas) de defesa (fls. 158, 159, 185).

Na fase de diligências, o Ministério Público Federal nada requereu (fls. 187, item 2) e a Defesa requereu a expedição de ofício à ANATEL, o que foi deferido (fls. 187, item 4).

Resposta da ANATEL (fls. 190).

Em alegações finais, o Ministério Público Federal, em preliminar, argüiu a necessidade de, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia, dar definição jurídica diversa, citando precedente do E. STJ e E. STF, a fim de aplicar à espécie o art. 183 da Lei nº 9.472/97 e não o art. 70 da Lei nº 4117/62; e, no mérito, entendendo comprovadas a materialidade e a autoria, requereu a condenação do réu, nos termos da denúncia (fls. 199/206).

A defesa requereu a absolvição, alegando: a) ausência de dolo; b) aplicação da Lei nº 9.612/98 para considerar o fato mera infração administrativa; c) atipicidade do fato, o que exclui a aplicação do art. 183 da Lei nº 9.472/97; d) aplicação do princípio da insignificância; e) inconstitucionalidade da pena de multa; e f) ausência de configuração do crime previsto no art. 336 do Código Penal.

O réu não registra antecedentes, conforme Apenso.

É o relatório.

DECIDO.

DAS PRELIMINARES

Preliminarmente, aprecio o pedido de *emendatio libelli* formulado pelo Ministério Público Federal.

Para alicerçar o seu pedido, o ilustre membro do Ministério Público Federal subscritor das alegações finais cita um precedente do E. STJ e um do E. STF.

Consigno, inicialmente, que tais precedentes não se encontram sumulados, com força vinculante, razão pela qual, em que pese ser juiz de primeira instância, ousou tecer algumas considerações discordantes, com arrimo no entendimento de que, por se tratar de matéria jurisdicional, elas não afrontam a inquestionável autoridade da superior instância, já que estou a exercer, tão-só, a minha independência funcional como juiz na tarefa de interpretar normas penais à luz do Direito e do que considero justo e adequado à espécie dos autos.

No precedente do E. STF citado pelo ínclito Dr. Procurador da República (HC 93.870/SP, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, j. 20/04/2010), considerou-se que o art. 183 da Lei nº 9.472/97 descreve um crime habitual em que o agente “desenvolve” clandestinamente atividade de telecomunicações, enquanto o art. 70 da Lei nº 4.117/62 pune o agente

que “instala ou se utiliza” de telecomunicações clandestinamente, mas apenas uma vez ou de modo não rotineiro, sem reiteração ou habitualidade ao longo do tempo.

Observe-se que o caso discutido no E. STF se refere à utilização clandestina de aparelhos de telecomunicações por um motorista de transportes clandestinos de passageiros no exercício da atividade de “lotação”, com o propósito de se comunicar com seus colaboradores e, assim, evitar ser flagrado pela fiscalização. Logo, a atividade de telecomunicação aí discutida não se relaciona diretamente com as atividades de radiodifusão, hipótese destes autos, donde considero inaplicável à espécie.

Já no precedente do E. STJ citado pelo Dr. Procurador da República (CC 94.570/TO, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, j. 05/12/2008), argumenta-se que o art. 70 da Lei nº 4.117/62 pune o agente que, apesar de autorizado anteriormente pelo órgão competente, age de forma contrária aos preceitos legais e regulamentos que regem a matéria, e o art. 183 da Lei nº 9.472/97 pune aquele que desenvolve atividades de telecomunicações de forma clandestina, ou seja, sem autorização prévia do Poder Público. Tal entendimento está na extensão da opinião externada pelo Dr. Subprocurador-geral da República, Francisco Dias Teixeira, para quem o art. 70 da Lei nº 4.117/62 refere-se à irregularidade, conduta menos grave, e o art. 183 da Lei nº 9.472/97 à clandestinidade, conduta mais grave. Portanto, referindo-se à radiodifusão comunitária, afirma que “em face da Lei nº 9.472/97, é crime apenas a atividade de telecomunicação clandestina, mas não aquela que, autorizada pelo poder público, foge das normas regulamentares”, para assim concluir:

[...] radiodifusão comunitária é a que atenda aos requisitos previstos na lei e cujo funcionamento seja autorizado pelo Poder Público. Se não autorizada, tem-se uma rádio clandestina, fato tipificado pela Lei nº 9.472/97, art. 183; se autorizada, mas, após obtida a autorização, desviar-se dos critérios estabelecidos na Lei nº 9.612/98, tem-se uma rádio irregular, fato também típico, nos termos do art. 70 da Lei nº 4.117/62. (Crime em telecomunicação. *In: Boletim dos Procuradores da República*, São Paulo, SP, ano II, n. 21, p. 6-14, jan./2000)

O Ministro Joaquim Barbosa, no precedente acima citado, rechaça o entendimento do Procurador-Geral da República e do acórdão impugnado, para os quais “a diferença entre os tipos penais residiria no advérbio ‘clandestinamente’”, argumentando que “quase todo ato ilícito para o Direito é – e aí se enquadram os crimes – clandestino”. Assim, “se a clandestinidade for retirada do âmbito normativo do art. 70 da Lei nº 4.117/62, nada mais lhe restará, pois ninguém se utilizaria de atividade de telecomunicações contra o disposto em lei, mas às claras, sem procurar esconder sua atividade das autoridades de fiscalização”.

À luz desse entendimento, tanto o art. 183 da Lei nº 9.472/97 quanto o art. 70 da Lei nº 4.117/62 cuidam de atividades clandestinas, nada importando se o agente, apesar de autorizado anteriormente pelo órgão competente, age de forma contrária aos preceitos legais e regulamentares sobre a matéria ou desenvolve atividades de telecomunicações sem autorização prévia do Poder Público.

Por conseguinte, a distinção entre *irregularidade*, conduta menos grave, supostamente subsumível ao art. 70, e *clandestinidade*, conduta mais grave, supostamente subsumível ao art. 183, como critério a ser utilizado na distinção entre esses crimes, não se mostra firme e suficiente para embasar meu entendimento sobre a questão.

No âmbito do E. TRF da 3ª Região, também se colacionam alguns precedentes em que se aplicou o art. 183 da Lei nº 9.472/97 para o crime de radiodifusão clandestina, com o que

se deixou de aplicar o art. 70 da Lei nº 4.117/62.

Em um desses julgados, argumenta-se que o exercício de atividade de radiodifusão desprovida de adequada autorização, concessão ou permissão constitui ilícito penal:

era tipificado pelo art. 70 da Lei nº 4.117, de 27.08.62, e atualmente pelo art. 183 da Lei nº 9.472, de 16.07.97, cuja aplicação decorre da revogação dos dispositivos da lei anterior, nos termos do art. 215, I, da nova lei. (ACR nº 2003.61.09.000023-9/SP, Rel. Desembargador Federal André Nekatschalow, Quinta Turma, j. 19/10/2009)

Nesse julgado, o ilustre relator esclarece que o art. 70 da Lei nº 4.117/62 só se aplica aos fatos anteriores ao advento da Lei nº 9.472/97, *in verbis*:

a Lei nº 4.117/62 foi revogada “salvo quanto a matéria penal não tratada” na Lei nº 9.472/97, como diz o último dispositivo mencionado. Logo, como há tipo penal que rege a matéria, entende-se que o anterior ficou superado, incidindo tão-somente quanto aos fatos ocorridos anteriormente à nova lei, por ser esta mais gravosa (CP, art. 2º).

É que, segundo o ínclito relator, “seria difícil sustentar que a comunicação feita por rádio, ainda que o receptor não possa responder, não encerre um serviço de telecomunicação”, sendo irrelevante que a Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/1995, ao dar nova redação ao art. 21, tenha feito com que as telecomunicações fossem objeto do inciso XI e os serviços de radiodifusão objeto do inciso XII, “a”, alterando a redação anterior do art. 21 em que se equiparavam tais serviços aos de telecomunicações, porquanto “desde a vigência da agora revogada Lei nº 4.117/62 entendia-se que os serviços de telecomunicações compreendiam os de radiodifusão para efeito de tipificação penal”.

Prosseguindo em seu voto, o eminente relator sustenta que a Emenda Constitucional nº 8/95 não operou alteração no campo penal, tendo havido, tão-só, um recrudescimento da sanção penal, *in verbis*:

a superveniência da Emenda Constitucional nº 8/95 não teve por objetivo modificar a hermenêutica penal, mas sim alterar a regulamentação dos serviços, de modo que pudesse ser ele exercido em maior extensão por particulares. Sendo essa a matéria concretamente regulada pela Emenda, não há como dela se extrair uma alteração no campo penal, isto é, um pretenso sentido de descriminalização de condutas. Ao contrário, a Lei nº 9.472/97 veio a agravar a sanção penal e, uma vez que dispunha sobre os serviços de telecomunicações, ao revogar a Lei nº 4.117/62, teve o cuidado de ressaltar a subsistência de eventuais prescrições penais. A interpretar-se sistematicamente o conjunto normativo, chega-se à conclusão de que, efetivamente, houve um recrudescimento da sanção penal.

Na extensão desse entendimento, em outro julgado do E. TRF da 3ª Região, colho, no ponto, a seguinte ementa:

PENAL – APELAÇÃO – DECISÃO QUE INDEFERE PEDIDO DE BUSCA E APREENSÃO – NOTITIA CRIMINIS DE RÁDIO CLANDESTINA – POSSÍVEL CARÁTER COMUNITÁRIO – TIPICIDADE DA CONDUTA – FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA – RECURSO PROVIDO.

(...)

4. O art. 215, I, da Lei nº 9.472/97, ao dispor que ficariam revogados “a Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, salvo quanto à matéria penal não tratada nesta Lei e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão” não impede a aplicação do art. 183 da Lei nº 9.472/97 aos serviços de radiodifusão porque, neste aspecto, a matéria penal tratada pelo art. 70 foi sim reiterada no mencionado dispositivo, o qual, inclusive, estabeleceu uma majoração da pena mínima abstratamente cominada ao delito, por considerar necessária uma maior repressão estatal (...). (ACR 2004.61.81.0091027, Rel. Desembargador Federal Johanson de Salvo, Primeira Turma, j. 31/10/2006)

Consigno, a propósito desses julgados do E. TRF da 3ª Região, que não paira, de fato, qualquer dúvida quanto à ampla abrangência do termo “telecomunicações”, porquanto tal termo abrange não só os serviços de telecomunicação propriamente ditos, mas também os relativos à radiodifusão, independentemente das mudanças introduzidas pela Emenda Constitucional nº 8/95.

Nesse passo, é de se observar que a Lei nº 9.472/97, em seu art. 60, repetindo em linhas gerais a definição contida no revogado Código Brasileiro de Telecomunicações – CBT (Lei nº 4.117/62, art. 4º), estabelece que “serviços de telecomunicações” é “o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação”, definindo, para esse fim, o termo “telecomunicação” como sendo “a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza” (art. 60, § 1º). Assim, o termo “telecomunicações”, como consta do voto proferido no APR nº 2003.61.09.000023-9/SP, “significa comunicação à distância; radiodifusão seria, assim, tal comunicação procedida mediante ondas eletromagnéticas”, donde a conclusão aí exarada: “seria difícil sustentar que a comunicação feita por rádio, ainda que o receptor não possa responder, não encerre um serviço de telecomunicação.”

Com efeito, “radiodifusão”, segundo a definição do Decreto nº 20.047, de 27/05/1931, “é a difusão de comunicações radiotelefônicas destinadas a serem recebidas pelo público, diretamente ou por intermédio de estações transmissoras” (art. 3º, nº 2, letra d), de modo que não há qualquer equívoco em se afirmar que o gênero “telecomunicação” abrange a espécie “radiodifusão”.

Mas, daí se concluir que se aplica o art. 183 da Lei nº 9.472/97 ao crime de radiodifusão clandestina a partir da vigência dessa lei e o art. 70 da revogada Lei nº 4.117/62 somente aos fatos ocorridos anteriormente à nova lei *desconsidera* o disposto no art. 215, I, da Lei nº 9.472/97, que contém a seguinte ressalva ao revogar a Lei nº 4.117/62: “salvo quanto à matéria penal não tratada nesta Lei e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão.”

É que essa ressalva contida na nova lei explícita que a matéria penal aí não tratada e os preceitos relativos à radiodifusão *estão, ainda, na revogada Lei nº 4.117/62*. Em outras palavras, *não é* a Lei nº 9.472/97 que rege a radiodifusão, mas sim a Lei nº 4.117/62. De notar que, se nessa ressalva, por hipótese, constasse apenas “salvo quanto aos preceitos relativos à radiodifusão” sem qualquer referência à matéria penal, não pairaria qualquer dúvida de que o art. 70 não mais subsiste como crime autônomo, passando, o crime de radiodifusão clandestina, a ser regido exclusivamente pelo art. 183. Da mesma forma, se, por hipótese, apenas constasse “salvo quanto à matéria penal não tratada nesta Lei”, sem referência aos preceitos relativos à radiodifusão, o intérprete estará certo da vigência do art. 70, mas terá dificuldade em delimitar as hipóteses de incidência do art. 70 no lugar do art. 183. Daí a possibilidade de haver interpretações baseadas na natureza do crime, com base na habitualidade ou não da conduta, na clandestinidade ou irregularidade, etc. Mas, a meu ver, na interpretação do

art. 215, I, deve-se ter em conta que a matéria penal não tratada pelo art. 183 e os preceitos relativos à radiodifusão foram agrupados dentro de um mesmo contexto jurídico, donde a necessidade de conjugá-los.

Cabe aqui também lembrar que o único crime previsto na nova lei é o do art. 183 e o único crime contido no revogado CBT é o do art. 70, donde se conclui que *o art. 183 não revogou o art. 70*; logo, esses dispositivos *não tratam de mesmos fatos*, pois se tratassem, não faria sentido tal ressalva. Entender que o art. 70 só se aplica aos fatos anteriores à vigência da nova lei equivale a considerar que os dois dispositivos cuidam exatamente de mesmos fatos, tendo havido, tão-só, um recrudescimento da sanção penal, o que, à evidência, torna inócua ou desnecessária a ressalva do art. 215, I.

Aliás, nenhum dos precedentes do E. STF e E. STJ acima citados, ainda que, como se verá adiante, eu discorde de sua fundamentação, consideram revogado o art. 70. Há de, pois, considerá-lo ainda vigente, como premissa para interpretá-lo.

Nesse mister, é de bom alvitre não se olvidar da clássica lição de Carlos Maximiliano sobre a interpretação de leis penais: “A exegese deve ser criteriosa, discreta, prudente: *estrita*, porém não *restritiva*. Deve dar *precisamente* o que o texto exprime, porém, *tudo* o que no mesmo se compreende; nada de mais, *nem de menos*. Em uma palavra, será *declarativa*, na acepção moderna do vocábulo.”¹

Posto isso, entendo que o cerne da questão está justamente no art. 215, I, da Lei nº 9.472/97.

Parece-me irrelevante que os serviços de telecomunicações compreendam os de radiodifusão, mas relevante me parece serem aqueles o gênero da qual os de radiodifusão uma das espécies.

Vislumbro aí uma relação de gênero e espécie. O crime do art. 183 é genérico, sendo o do art. 70, especial. Em outras palavras, o crime do art. 70 não deixa de ser também o do art. 183, mas o contrário não se revela verdadeiro. É o que ocorre, por exemplo, com infanticídio e homicídio. Este último, gênero, compreende aquele, espécie, gozando, porém, de um tratamento jurídico especial, porquanto, pelo fato de o infanticídio não deixar de ser homicídio, não se podem aplicar os preceitos relativos a este. A propósito, consigne-se, com André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves, que “o crime que contém todas as elementares do outro, mais algumas que o especializam, denomina-se crime especial, e o outro, crime genérico.” (*Direito Penal Esquematizado*: parte geral. Saraiva, 2012, p. 204).

Nesse mesmo diapasão, os preceitos relativos às telecomunicações não são aplicáveis à radiodifusão, porque o art. 215, I, tornou o crime do art. 70 especial em relação ao do art. 183.

E, a meu ver, essa especialização do crime do art. 70 não implica diferenciá-lo com base na natureza do crime, seja baseada na habitualidade ou não da conduta (pois o crime do art. 70, s.m.j., assim como o do art. 183, também é habitual), seja na existência ou não da prévia autorização do órgão competente (tanto a Lei nº 9.472/97 quanto a Lei nº 4.117/62 não fazem esse tipo de distinção).

Assim, se os preceitos relativos à radiodifusão são ainda regidos pela Lei nº 4.117/62, não há razão jurídica plausível para excluir o art. 70 do seu âmbito de aplicação, quando se trata de crime de radiodifusão clandestina. Vale dizer: o art. 70, crime especial, contém todas as elementares do art. 183, crime genérico, mais esta elementar que o especializa: a de se referir à radiodifusão clandestina.

1 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 324.

Aliás, o E. STJ, em recente julgado, reafirmou a permanência do entendimento que considera que “a instalação e funcionamento de emissora de radio clandestina é crime tipificado no art. 70 da Lei 4.117/62 – e não no art. 183 da Lei 9.472/97 (cf. art. 215, I, da Lei 4.117/62) -, não tendo havido modificação da matéria mesmo após a superveniência da EC 08/95” [AgRg no Resp 1169530/RS, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Sexta Turma, j. 27/09/2011, Dje 13/10/2011].

Diante dessas considerações, deixo de acolher o pedido de *emendatio libelli* formulado pelo Ministério Público Federal, pois, no meu entender, o fato descrito na denúncia é o previsto no art. 70 da Lei nº 4.117/62 e não no art. 183 da Lei nº 9.472/97, sendo desnecessário proceder à definição jurídica diversa da que constou da denúncia.

Quanto às preliminares argüidas pela defesa, rejeito-as todas, porque: (1) o fato atribuído ao réu não é atípico; é, em tese, crime previsto no art. 70 da Lei nº 4.117/62; logo, não se trata de mera infração administrativa, ainda que, por hipótese, se tratasse de rádio comunitária; (2) não é caso de aplicação do princípio da insignificância, haja vista tratar-se de crime de perigo concreto, ou seja, o bem jurídico tutelado pelo art. 70 da Lei nº 4.117/72 não requisita o efetivo dano, bastando a efetiva ameaça de lesão a esse bem jurídico tutelado: a regularidade na prestação dos serviços de radiodifusão; (3) diante das considerações *supra* atinentes à caracterização jurídica do crime ora sob exame, prejudicada se acha a alegação sobre a suposta inconstitucionalidade da pena de multa prevista no art. 183 da Lei nº 9.4472/97. As demais alegações da defesa confundem-se com o mérito e como tal serão a seguir examinadas.

DA IMPUTAÇÃO

Imputa-se a R.J.M.N. o crime previsto no art. 70 da Lei 4.117/62, bem como no art. 336 do Código Penal, porque, segundo a denúncia, R.J.M.N., entre 10/2004 e 04/2006, explorou clandestinamente uma emissora de rádio denominada Rádio Novidade FM, que, em 20/04/2006, estava instalada na Estrada Tambory, 4, Vil Mercês, Carapicuíba/SP.

Consta, ainda, que, segundo perícia técnica indireta da aparelhagem eletrônica realizada a partir da documentação produzida pelos agentes da ANATEL quando da fiscalização, a emissora não autorizada poderia causar danos a terceiros, bem como interferências prejudiciais em serviços de telecomunicações regularmente instalados, sendo sua potência de 269W (duzentos e sessenta e nove Watts).

Ademais, R.J.M.N. inutilizou sinal empregado por ordem de funcionário público, porque violou o lacre utilizado pelos fiscais da ANATEL quando da apreensão dos equipamentos de radiodifusão no ato de fiscalização.

DA MATERIALIDADE

A materialidade do crime de radiodifusão clandestina encontra-se comprovada pelo Termo de Representação nº 0006SP20060393 – RD, de 08/05/2006, da ANATEL, que contém Relatório Fotográfico, Parecer Técnico, Auto de Infração Entidade Não Outorgada, Termo de Interrupção de Serviço (fls. 3/12).

Também consubstancia a materialidade o Laudo nº 2070/2007 – NUCRIM/SETEC/SR/DPF/SP – LAUDO DE Exame em Aparelho Eletrônico (Estação de Radiodifusão), que contém resultado do exame pericial indireto realizado nos equipamentos eletrônicos da Rádio

Novidade FM – Carapicuíba/SP, tendo os peritos concluído que tais equipamentos eletrônicos se prestavam à radiodifusão em FM, operando na frequência de 102, 7MHz, possuindo um transmissor acoplado a um sistema irradiante (antena), do tipo monopolo vertical com plano terra, montado em estrutura com altura aproximada de 11 metros. Ainda segundo esse laudo, o transmissor operava com potência de 269 Watts, podendo causar danos a terceiros, bem como interferências prejudiciais em serviços de telecomunicações regularmente instalados.

Ademais, o Ofício nº 3743/2006, bem como o Ofício nº 7.114, ambos do gerente regional da ANATEL endereçados à Procuradoria da República em São Paulo esclarecem que a autodenominada Rádio Novidade FM não possui outorga ou licença do Poder Concedente para prestar o serviço de radiodifusão sonora em FM qualquer que seja a sua modalidade (fls. 35, 43).

No que tange à materialidade do crime previsto no art. 336 do Código Penal, a foto nº 9 constante do Relatório Fotográfico contido no Termo de Representação da ANATEL acima especificado demonstra que os equipamentos utilizados pela Rádio Novidade FM foram lacrados (fls. 6), o que corrobora as informações constantes do Ofício nº 7.114 da ANATEL no sentido de que o serviço de radiodifusão clandestina foi interrompido e os equipamentos lacrados (fls. 43).

Outrossim, o termo de depoimento de Alzira Pereira Mendonça (fls. 55), bem como o interrogatório de R.J.M.N. (fls. 96/97), ambos colhidos na fase policial, tornam certo de que o réu assumiu toda a responsabilidade que possa decorrer da remoção do transmissor FM e receptor, conforme sua declaração manuscrita (fls. 57).

Assim, dou como caracterizados ambos os crimes tratados nestes autos no seu aspecto objetivo.

DA AUTORIA E CULPABILIDADE

A autoria é certa, porque, interrogado na Polícia (fls. 96/97), o réu confessou a prática de ambos os crimes, e em Juízo (fls. 186), não negou ter sido o responsável pela Rádio Novidade FM.

Ademais, as testemunhas comuns e de defesa ouvidas na instrução também apontaram R.J.M.N. como o responsável pela autodenominada Rádio Novidade FM. Nesse passo, os depoimentos dos fiscais da ANATEL (fls. 185), R.S.S., testemunha comum, e L.F.S.T., ouvido como testemunha de defesa, não deixam dúvida quanto ao efetivo funcionamento da referida rádio clandestina, sua nocividade e o fato de os equipamentos apreendidos terem sido lacrados e entregues à proprietária do imóvel A.P.M. Esta, por sua vez, ouvida como testemunha comum (fls. 159), confirmou que alugou a torre existente em seu imóvel a R.J.M.N., informação essa corroborada por seu marido, E.T.C. (fls. 158).

Quanto à violação do lacre, o réu, ao ser interrogado em Juízo, confirmou ser o responsável pelas declarações contidas no documento de próprio punho de fls. 57, o que demonstra ter ele cometido o crime do art. 336 do Código Penal, embora negue ter rompido o lacre e devolvido os equipamentos ao seu vendedor.

De rigor, pois, a condenação do réu, nos termos da denúncia.

DAS PENAS

O réu não registra antecedentes; as conseqüências dos crimes não me parecem graves

ante a não comprovação do dano causado a terceiros; a culpabilidade não é acima da média; não há maiores elementos para aferição da sua personalidade; diante dessas considerações, fixo a pena-base de ambos os crimes no mínimo legal, ou seja, 1 (um) ano de detenção pelo art. 70 da Lei nº 4.117/62 e 1 (um mês) de detenção pelo art. 336 do Código Penal, as quais, à míngua de atenuantes ou agravantes, causas de aumento ou diminuição, torno definitivas.

Presentes os requisitos legais, substituo as penas privativas de liberdade por uma restritiva de direitos e uma multa, consistente aquela na prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, filantrópicas ou assistenciais, a critério do Juízo das Execuções Penais, pelo prazo da condenação e esta, fixada em um salário mínimo vigente à época dos fatos.

Isto posto, JULGO PROCEDENTE a denúncia e CONDENO R.J.M.N., RG nº XX.XXX.XXX-X e CPF nº XXX.XXX.XXX-XX, à pena de 1 (um) ano de prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, filantrópicas ou assistenciais, como incurso no art. 70 da Lei nº 4.117/62, e ao pagamento de multa, no valor de 1 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos, como incurso no art. 336 do Código Penal.

Transitada esta em julgado, lance-se o nome do réu no rol dos culpados.

Entrementes, transitada esta em julgado para a acusação, voltem os autos conclusos para apreciação da prescrição retroativa ocorrente na espécie em relação à pena decorrente da condenação pelo art. 336 do Código Penal.

Após, remetam-se os autos ao SEDI para mudança da situação processual do réu.

P.R.I.C.

São Paulo, 12 de março de 2013.

Juiz Federal TORU YAMAMOTO

AÇÃO ORDINÁRIA

0011374-65.2007.4.03.6105

Autora: GIANELLIS GRÁFICA E EDITORA LTDA.
Ré: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE CAMPINAS - SP
Juíza Federal: RAQUEL COELHO DAL RIO SILVEIRA
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/03/2013

Vistos.

Trata-se de ação de conhecimento, ajuizada por GIANELLIS GRÁFICA E EDITORA LTDA., em face da UNIÃO FEDERAL, pretendendo a autora a anulação de multa aplicada pelo atraso na entrega de Declaração Especial de Informação Fiscal – Papel Imune, relativa ao 2º trimestre de 2002 e do 1º trimestre de 2003, assim como a condenação da ré por danos morais. Sucessivamente, requer: a) concessão de anistia/remissão da multa e; b) redução do valor aplicado.

Em antecipação de tutela, pede seja impedida a inscrição em dívida ativa e a execução do referido débito.

Relata que, em dezembro de 2005, foi intimada a apresentar, no prazo de vinte dias, as referidas DIFs, tendo imediatamente providenciado o envio das declarações, após o que solicitou à Receita Federal a relevação da multa, alegando não ter operado com papel imune naqueles trimestres. Aduz que, posteriormente, foi notificada do indeferimento do pedido, assim como intimada a pagar o valor de R\$ 89.603,85, até a data de 31/08/2007.

Argumenta, em suma: 1) no período em que deixou de entregar as declarações não realizou qualquer operação de aquisição do papel; 2) não há base legal para a aplicação da multa; 3) a penalidade tem efeito confiscatório; 4) tem direito à anistia ou remissão, na forma do artigo 138 e 172 do CTN. Por fim, argumenta ter sofrido incontáveis dissabores e prejuízos, assim como o proceder do Fisco causou constrangimento e dor moral ao representante legal da autora, ensejando a reparação por danos morais.

Juntou procuração e documentos, às fls. 19/132.

Pelos despachos de fls. 135, 138 e 142, a autora foi intimada a adequar o valor da causa ao benefício econômico pleiteado, bem como a esclarecer o pedido de antecipação de tutela.

Pela petição de fls. 144, foi indicado como valor da causa apenas a multa aplicada. Não tendo cumprido integralmente as determinações, extinguiu-se o feito sem resolução do mérito (fls. 150/151). Em sede de apelação, a sentença foi anulada (fls. 168/168v).

Com a descida dos autos, a ré foi citada e ofertou contestação, às fls. 180/186. No mérito, defendeu a legalidade da autuação e a cobrança da multa aplicada, combatendo, no mais, o pleito de indenização por danos morais.

Réplica às fls. 188/192. As partes não especificaram provas.

É o relatório. Fundamento e decido.

O art. 150, VI, “d” da Constituição Federal, prescreve que os livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão são imunes de impostos.

A *ratio essendi* das imunidades tributárias é deixar a salvo da tributação “bens ou fatos

representativos de valores consagrados pela ordem jurídica constitucional”.¹

Consoante os ensinamentos de Souto Maior Borges, a imunidade visa a assegurar certos princípios fundamentais ao regime, à incolumidade de valores éticos e culturais consagrados pelo ordenamento constitucional positivo e que se pretende manter livres das interferências ou perturbações da tributação.²

A imunidade em questão é aquela prevista no artigo 150, inciso VI, “d” da Constituição da República, a chamada imunidade objetiva, a qual consagra e visa dar efetividade aos princípios constitucionais de livre acesso à cultura e à informação, difusão de idéias, liberdade de pensamento, enfim, uma série de valores que precisam ser preservados.

Contudo, o fato de auferir imunidade em relação a determinado tributo não desobriga seu beneficiário de prestar informações que permitam o exercício do poder-dever da Administração Pública na fiscalização tributária (artigo 194 do CTN).

Daí o disposto no artigo 113, § 2º do CTN: “A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos”.

São deveres instrumentais ou formais, instituídas no interesse da arrecadação ou fiscalização dos tributos, permitindo que o ente tributante verifique e constate o adequado cumprimento da obrigação tributária. Nessa linha de entendimento o magistério de Regina Helena Costa:

A segunda modalidade de relação jurídica é a relação de cunho não-obrigacional, vale dizer, o vínculo abstrato, que surge pela imputação normativa, mediante o qual o sujeito ativo ou Fisco pode exigir, do sujeito passivo ou contribuinte, uma prestação consistente na realização de comportamentos positivos ou negativos, destinados a assegurar o cumprimento da obrigação tributária. São os chamados “deveres instrumentais ou formais tributários” ou, ainda, “obrigações acessórias”, na dicção do Código Tributário Nacional.

Anote-se, porém, verificar-se também a existência de uma terceira relação jurídica, de natureza puramente administrativa, que pode nascer em decorrência das relações jurídicas tributárias apontadas. É a relação jurídica sancionatória, vínculo que surge diante do não-cumprimento da prestação pelo sujeito passivo, quer na obrigação tributária, quer na relação jurídica não-obrigacional tributária, autorizando, ao Fisco, a aplicação de uma sanção àquele.

Pois bem, Yonne Dolácio de Oliveira salienta que a imunidade tributária, antes de impedir o nascimento da obrigação principal, impede o próprio exercício da competência tributária, mantendo-se as chamadas “obrigações acessórias”. Também assim entende Roque Carazza, ressaltando que uma entidade imune pode perfeitamente ser compelida pela lei a escriturar livros, emitir faturas, fornecer declarações, etc.

Mais adiante, prossegue a eminente Desembargadora:

Se se cuidar de imunidade de natureza objetiva, mais limitada (exemplo: livros), da mesma forma, o sujeito alcançado pela imunidade que recaia sobre determinado bem permanece obrigado ao cumprimento dos deveres instrumentais tributários, tais como a escrituração de livros, a emissão de faturas e a apresentação de declarações ao Fisco.³

1 BARRETO, Aires Fernandino e BARRETO, Paulo Ayres. *Imunidades Tributárias: Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. Dialética. São Paulo - 2001.

2 *Isenções Tributárias*. Sugestões Literárias. São Paulo – 1980.

3 *Imunidades Tributárias*. 2ª edição. Malheiros Editores. Pg. 47/49.

No sentido de que a imunidade não exclui o cumprimento de obrigação acessória, trago à colação o seguinte julgado:

Origem: TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL Processo: 9504515959 UF: PR Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA Data da decisão: 10/06/1999 Documento: TRF400074169 Fonte DJ DATA: 15/12/1999 PÁGINA: 692 Relator(a) VÂNIA HACK DE ALMEIDA

Decisão A TURMA, POR UNANIMIDADE, NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO. RES-SALVADO O PONTO DE VISTA DA JUÍZA SILVIA GORAIEB.

Ementa ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEPÓSITO PRÉVIO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. SUNAB. MULTA. VENDA DE LIVROS. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. EMISSÃO DE NOTA FISCAL. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA.

1. A exigência de depósito prévio para o conhecimento de impugnação na via administrativa não acarreta a nulidade dos processos administrativos.
2. A imunidade prevista na Constituição Federal, que veda aos entes estatais instituir impostos sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão, não se aplica às punições decorrentes de condutas infracionais.
3. A infração restou caracterizada pelo fato de não ter sido emitida nota fiscal na forma estabelecida pela legislação intervencionista, tendo em vista que a imunidade tributária não afasta o cumprimento de obrigações acessórias, tais como o preenchimento e a emissão de notas fiscais.

Diante dessas considerações, não há como ser aceita, em favor da autora, a tese de que estaria desobrigada a cumprir a obrigação acessória, por não ter realizado operações com papel imune nos trimestres em questão, de sorte que o cumprimento intempestivo do encargo enseja a aplicação de penalidade pecuniária.

E, sobre tal questão, afigura-se insustentável a tese de que não há base legal para a exigência.

O artigo 16 da Lei nº 9.779/99 permite a instituição de obrigações acessórias relativas aos impostos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, atribuindo a tal órgão a incumbência desse mister, podendo, para tanto, estabelecer “forma, prazo e condições para o seu cumprimento e o respectivo responsável” .

Por sua autoridade máxima, o Secretário da Receita Federal editou a Instrução Normativa nº 159/2002, prevendo, em seu artigo 2º, que:

Art. 2º A apresentação da DIF - Papel Imune deverá ser realizada pelo estabelecimento matriz, contendo as informações referentes a todos os estabelecimentos da pessoa jurídica que operarem com papel destinado à impressão de livros, jornais e periódicos.

Parágrafo único. A apresentação da DIF-Papel Imune é obrigatória, independente de ter havido ou não operação com papel imune no período.

Por sua vez, a Medida Provisória nº 2.158-35/2001 estabeleceu o valor da penalidade aplicável por descumprimento das obrigações acessórias, nos seguintes termos:

Art. 57. O descumprimento das obrigações acessórias exigidas nos termos do art. 16 da Lei no 9.779, de 1999, acarretará a aplicação das seguintes penalidades:

I - R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por mês-calendário, relativamente às pessoas jurídicas que deixarem de fornecer, nos prazos estabelecidos, as informações ou esclarecimentos

solicitados;

II - cinco por cento, não inferior a R\$ 100,00 (cem reais), do valor das transações comerciais ou das operações financeiras, próprias da pessoa jurídica ou de terceiros em relação aos quais seja responsável tributário, no caso de informação omitida, inexata ou incompleta.

Parágrafo único. Na hipótese de pessoa jurídica optante pelo SIMPLES, os valores e o percentual referidos neste artigo serão reduzidos em setenta por cento.

Da análise do inciso I *supra*, conclui-se que a penalidade prevista para a espécie é cumulativa, ou seja, a cada mês que a pessoa jurídica deixar de prestar a declaração, arcará com a multa de R\$ 5.000,00, ou, no caso da autora, optante pelo SIMPLES, com R\$ 1.500,00 por mês (redução de 70%), nos termos do parágrafo único supracitado.

Sendo assim, uma vez que a entrega das DIFs foi regularizada em dezembro de 2005, fato considerado no auto de infração, quando da apuração da multa (fls. 50), calculando-se a penalidade por meses em atraso, nenhum reparo há que ser feito no valor da multa aplicada.

Outrossim, constato que no auto de infração foram perfeitamente descritos os fatos, assim como o enquadramento legal a amparar o lançamento (fls. 48/52), inexistindo qualquer prejuízo ao direito de defesa da autora.

Quanto à imposição de multa com efeito confiscatório, de início releva frisar que a penalidade pecuniária não se confunde com o tributo, porquanto ambos têm natureza jurídica e finalidades distintas.

O tributo, segundo o Código Tributário Nacional, “... é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, *que não constitua sanção de ato ilícito* ...”. Sua finalidade precípua é abastecer os cofres públicos de recursos financeiros.

Por sua vez, a multa é uma sanção por ato ilícito, ou seja, representa uma penalidade pecuniária imposta pelo descumprimento de deveres administrativos. Sua função não é arrecadatória, mas tem em vista principalmente desestimular o comportamento danoso do contribuinte.

Sendo assim, a vedação ao confisco previsto no artigo 150, IV da Constituição Federal não se estende às penalidades pecuniárias, porquanto multa e tributo não se confundem, conforme já mencionado. E, por terem naturezas jurídicas distintas, não há como invocar tal garantia constitucional.

Não se pode perder de vista que o tributo tem natureza compulsória e constitui um encargo permanente, razão da necessidade da proteção constitucional, já que a cobrança abusiva culminaria, por certo, na inviabilidade do sistema econômico e financeiro, ao passo que a multa somente será aplicada em caso de descumprimento de determinada obrigação.

Nesse sentido, há um direito de escolha, na medida em que o contribuinte, se optar por cumprir rigorosamente a legislação tributária não terá que arcar com esse ônus.

O Professor Hugo de Brito Machado, com a precisão que lhe é peculiar, esclarece porque a proibição de confisco não alcança as multas:

Porque constitui receita ordinária, o tributo deve ser um ônus suportável, um encargo que o contribuinte pode pagar sem sacrifício do desfrute normal dos bens da vida. Por isto mesmo é que não pode ser confiscatório. Já a multa, para alcançar sua finalidade, deve representar um ônus significativamente pesado, de sorte a que as condutas que ensejam sua cobrança retem efetivamente desestimuladas. Por isto mesmo pode ser confiscatória.

(...)

O princípio do não confisco, segundo o qual é vedado ao Poder Público utilizar tributo com efeito de confisco, consubstanciado no art. 150, inciso IV, da vigente Constituição Federal, é necessário para tomar o tributo compatível com a garantia do livre exercício de atividades econômicas. Se fosse possível tributo confiscatório, estaria negada aquela garantia. Como a atividade econômica constitui o suporte mais geral da tributação, bastaria a instituição de tributo confiscatório para impedir o seu exercício. Tem-se, pois, que a garantia do não confisco é na verdade um reforço, ou mesmo uma explicitação da garantia do exercício da atividade econômica. Às multas, porém, não se aplica aquela garantia, pois seria absurdo dizer que a Constituição garante o exercício da ilicitude.

Às multas têm como pressuposto a prática de atos ilícitos, e por isto mesmo garantir que elas não podem ser confiscatórias significa na verdade garantir o direito de praticar atos ilícitos. Sustentar que a garantia do não confisco aplica-se às multas é defender claramente o direito de sonegar tributos. Afinal as multas elevadas para a inobservância das leis tributárias constituem, com toda certeza, o meio mais eficaz no combate à sonegação.⁴

Nessa mesma linha de entendimento, confirmam-se os julgados colacionados a seguir:

Origem: TRF - PRIMEIRA REGIÃO Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL – 200032000052475
Processo: 200032000052475 UF: AM Órgão Julgador: QUARTA TURMA Data da decisão:
18/3/2003 Documento: TRF100146163 Fonte DJ DATA: 11/4/2003 PÁGINA: 85 Relator(a)
DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ

Decisão A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento aos apelos e à remessa. Participaram do julgamento os Exmos. Srs. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS OLAVO e JUIZ MARCUS VINICIUS REIS BASTOS (CONV.).

Ementa PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. MULTA MORATÓRIA. CABIMENTO. TAXA SELIC. CONSTITUCIONALIDADE. CONTRIBUIÇÕES PARA O SESC/SENAC. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS.

1. A multa aplicada em razão da falta de pagamento de tributo não tem efeito confiscatório.
2. Inexiste ilegalidade ou inconstitucionalidade na utilização da Taxa SELIC.
3. A empresa embargante, como prestadora de serviço, não está sujeita ao pagamento de contribuições para o SESC/SENAC.
4. Apelos e remessa parcialmente providos.

Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 660692
Processo: 200400968343 UF: SC Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA Data da decisão:
21/02/2006 Documento: STJ000670750 Fonte DJ DATA: 13/03/2006 PÁGINA: 198
Relator(a) FRANCISCO FALCÃO

Decisão Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros LUIZ FUX, TEORI ALBINO ZAVASCKI, DENISE ARRUDA e JOSÉ DELGADO votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ementa TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. PESSOA FÍSICA. INCORPORAÇÃO DE IMÓVEL PARA A INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL DE PESSOA JURÍDICA. INCIDÊNCIA DO TRIBUTO. TAXA SELIC. CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS DA FAZENDA. APLICAÇÃO. MULTA MORATÓRIA. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

I - Caracteriza acréscimo patrimonial, passível de incidência do imposto de renda, o ganho de capital referente à diferença entre o valor atualizado da aquisição de imóvel de pessoa física

4 Artigo “Natureza Confiscatória das Multas Fiscais” – disponível no site www.escola.agu.gov.br/revista/ano/dezembro2005

e a sua incorporação para a integralização de capital de pessoa jurídica.

Precedente: REsp nº 260.499/RS, Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA, DJ de 13/12/2004.

II - A jurisprudência desta Corte é no sentido de que é devida a aplicação da taxa SELIC nos cálculos dos débitos dos contribuintes para com a Fazenda Pública Federal, a partir da publicação da Lei 9.065/95. Precedentes: REsp nº 554.248/SC, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 24/11/2003 e REsp nº 522.184/PR, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 29/09/2003.

III - A multa moratória não está adstrita à regra de não confisco, que deve ser seguida apenas para fins de fixação de exação. Pelo contrário, deve, em regra, ser aplicada sem indulgência, evitando-se futuras transgressões às normas que disciplinam o sistema de arrecadação tributária, não merecendo respaldo a pretensão do recorrente de ver reduzida tal penalidade. Precedente: AgRg no AG nº 436.173/BA, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 05/08/2002.

IV - Recurso especial improvido.

No que toca ao pedido de remissão ou anistia da multa, vejo que a autora fundamenta sua pretensão nos artigos 138 e 172 do Código Tributário Nacional, os quais veiculam, respectivamente, os institutos da denúncia espontânea e da remissão.

Nos termos do artigo 138 do CTN: “A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.”

Conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, não é cabível a aplicação do instituto quando se trata de obrigação acessória autônoma, sem qualquer vínculo direto com a existência do fato gerador, como se nota no julgado, colacionado a seguir:

PROCESSO CIVIL. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA ADMINISTRATIVA. PRETENSÃO JÁ ACOLHIDA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL.

1. Na origem, cuida-se de mandado de segurança impetrado contra ato do Delegado da Receita Federal do Brasil, no qual se pleiteia o não pagamento das penalidades pecuniárias (multas), em razão da não entrega das Declarações de Imposto Retido na Fonte (DIRF's) dos anos de 1994 e 1997.

2. Segundo orientação firmada nesta Corte, “a denúncia espontânea não tem o condão de afastar a multa decorrente do atraso na entrega da declaração de rendimentos, uma vez que os efeitos do artigo 138 do CTN não se estendem às obrigações acessórias autônomas” (AgRg no AREsp 11340/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.9.2011, DJe 27.9.2011).

3. A Corte de origem reconheceu que é “legítima a exigência da multa administrativa”, afastando a aplicação da denúncia espontânea. Assim, as alegações no sentido de que não ocorreu denúncia espontânea em relação à multa administrativa é infundada, pois tal pretensão já foi acolhida pela Corte Regional, revelando-se, portanto, a falta de interesse recursal da recorrente.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1279038/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 09/02/2012)

Tal entendimento, ao qual me filio, funda-se na mesma premissa já mencionada por ocasião da análise da tese de efeito confiscatório, ou seja, a razão de ser da multa é punir o contribuinte desidioso. Caso se entendesse pela relevação da penalidade quando a obrigação acessória é cumprida a destempo, mas antes da autuação do Fisco, tal equivaleria a admitir

que cada contribuinte pudesse cumprir a obrigação acessória quando melhor lhe aprouvesse, o que não pode ser admitido.

Além do mais, as declarações de fls. 58/63 só foram enviadas em 05/11/2005, após a intimação da Receita Federal (em 07/11/2005), para que a autora o fizesse (fls. 56), desse modo, ainda que outro fosse o entendimento deste juízo, sequer poder-se-ia caracterizar como espontânea a entrega das referidas DIFs, na data supracitada, na medida em que “Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.” (artigo 138, parágrafo único, CTN).

Também não é possível reconhecer-se, em favor da autora, o direito à obtenção de anistia ou remissão da dívida.

A anistia, aplicável exclusivamente às penalidades pecuniárias (artigo 180 do CTN), impede a constituição do crédito tributário e, por óbvio, não se aplica aos créditos já constituídos, como no presente caso, sendo que, para estes, a hipótese seria de eventual remissão.

E a remissão, nos termos do artigo 172 do CTN, assim como o estabelecimento dos requisitos para sua obtenção, dependem de expressa autorização legal, tanto é que o referido dispositivo menciona:

Art. 172. *A lei pode autorizar* a autoridade administrativa a conceder, por despacho fundamentado, remissão total ou parcial do crédito tributário, atendendo:

- I – A situação econômica do sujeito passivo;
- II – ao erro ou ignorância escusáveis do sujeito passivo, quanto à matéria de fato;
- III – à diminuta importância do crédito tributário;
- IV – a considerações de equidade, em relação com as características pessoais ou materiais do caso;

Ao contrário do que entende a autora, a indicação das condições dispostas nos incisos I a IV é dirigida ao legislador e não à autoridade administrativa tributária. Em outras palavras, quando o Poder Legislativo houver por bem conceder remissão, numa determinada circunstância, deverá levar em conta as premissas dos incisos mencionados, e só após a entrada em vigor da lei é que caberá ao Fisco aplicá-la, em cada caso concreto.

Sendo assim, ainda que a autora entenda que, em tese, poderia se encaixar em algumas das condições genericamente previstas como de possível concessão do benefício, sem a prévia autorização legal é vedado à autoridade tributária dispensar o pagamento da multa referida, não havendo, por esta razão, qualquer reparo a fazer na autuação, assim como na decisão que rejeitou o pedido administrativo da autora neste sentido (fls. 83/86).

Por fim, quanto aos danos morais pretendidos pela parte autora, fundados na premissa de que a imposição da multa foi abusiva, os fundamentos já colocados são suficientes para afastar a pretensão, pois tal abusividade não se confirmou.

Ainda que se reconheça como cabível a indenização por danos morais, em prol da pessoa jurídica (Súmula 227 do STJ), no caso em análise não logrou a autora demonstrar que o proceder do Fisco lhe acarretou ilegal e injusto abalo à sua honra objetiva, passível de compensação, longe disso, a autuação e posterior cobrança, como atos vinculados que são, inserem-se nas atribuições do agente público, não se podendo exigir-lhe conduta diversa.

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos formulados, extinguindo o feito com exame de mérito, nos termos do art. 269, I, CPC.

Custas na forma da lei.

Revista do TRF3 - Ano XXIV - n. 117 - Abr./Jun. 2013

Condeno a autora em honorários advocatícios, que fixo em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), com fundamento no artigo 20, § 4º, CPC.

Transitada esta em julgado, arquivem-se os autos, observadas as formalidades legais.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Juíza Federal RAQUEL COELHO DAL RIO SILVEIRA

AÇÃO ORDINÁRIA

0003110-34.2008.4.03.6102

Autora: ELIZABETE APARECIDA AMBRÓSIO MOREIRA CASTRO
Rês: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL E CAIXA SEGUROS S/A
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP
Juiz Federal: DAVID DINIZ DANTAS
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/04/2013

SENTENÇA

Vistos.

ELIZABETE APARECIDA AMBRÓSIO MOREIRA CASTRO ajuizou a presente AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO em face da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF objetivando, em síntese, a condenação da requerida ao pagamento da cobertura securitária prevista no contrato de mútuo celebrado para a aquisição da casa própria, haja vista o falecimento de seu esposo Raul Moreira Castro ocorrido em 24 de julho de 2001.

Sustentou a requerente que seu falecido marido em 19 de maio de 1999 pactou com a CEF a aquisição de 75% do imóvel situado em Bebedouro/SP. No entanto, em 24 de julho de 2001, o segurado veio a óbito, mas a requerida não deferiu a cobertura securitária sob a alegação que a doença do qual o segurado era portador – hepatopatia – estava diretamente ligada à causa da morte, razão pela qual seria preexistente, e, por isso, não haveria direito ao benefício. Dessa forma, como o banco não exigiu qualquer exame médico quando da celebração do contrato, compreende que a negativa é infundada, de modo que assumiu os riscos. Ademais, afirmou que o segurado estava de boa-fé, notadamente porque no momento da celebração contratual não tinha conhecimento da gravidade e da extensão de doença, muito menos que tal doença poderia levá-lo a óbito, de tal forma que não haveria de se falar em omissão por parte do falecido marido. Disse, ainda, que as tratativas contratuais se iniciaram em 04 de agosto de 1998 e a assinatura ocorreu em 19 de maio de 1999, sendo que a primeira consulta a respeito de seu estado de saúde ocorreu em 11 de maio de 1999, onde obteve um provável diagnóstico de insuficiência hepática, diagnóstico este que somente veio a se confirmar em 07 de abril de 2000, de modo que restaria cabalmente demonstrada sua boa fé (fls. 02/21).

O feito originalmente foi proposto na Justiça Estadual de Bebedouro/SP.

Devidamente citada (fls. 24/26), a CEF alegou, preliminarmente, ilegitimidade passiva *ad causam*, denúncia à lide da Caixa Seguradora S/A e incompetência absoluta da Justiça Estadual. No mérito, postulou pela improcedência do pedido tendo em vista que a doença que levou a óbito o segurado era preexistente e, portanto, excluiria a cobertura securitária (fls. 27/33).

Documentos acostados aos autos pela CEF (fls. 35/44).

Réplica (fls. 47/50).

Decisão do Juízo Estadual declinando a competência para processar e julgar o feito para a Justiça Federal (fls. 81).

Outros documentos juntados pela CEF (fls. 84/144).

Decisão admitindo a denúncia da lide para a Caixa Seguros S/A (fls. 149), a qual, em sua peça defensiva, sustentou, preliminarmente, litisconsórcio passivo necessário do IRB – Brasil Resseguros e, no mérito, postulou pela improcedência do pedido (fls. 152/187).

Não houve a possibilidade de acordo entre as partes (fls. 201).

Documentos juntados (fls. 210/213).

Prova testemunhal consistente do depoimento da autora e das testemunhas Cezar Antonio Roselino Sicchieri (fls. 262/266).

Memoriais escritos das partes (fls. 279/282, 283 e 284/291).

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

PRELIMINARES

1. *Ilegitimidade passiva ad causam da CEF*

A CEF é mutuante e credora hipotecária no contrato habitacional em questão, cabendo-lhe, entre outras atribuições, dar quitação e representar o mutuário perante a seguradora, promovendo, ainda, no âmbito do privilégio real que a beneficia, a baixa da hipoteca que grava o imóvel descrito na inicial.

Sendo assim, a requerida está legitimada para figurar no pólo passivo, ainda porque se trata de estipulante e beneficiária imediata do seguro obrigatório.

Em caso análogo, o Superior Tribunal de Justiça decidiu nesse mesmo sentido:

CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE MÚTUO. ILEGITIMIDADE DA CEF PARA INTEGRAR A LIDE. FINANCIAMENTO CASA PRÓPRIA. CONTRATO DE SEGURO. DOENÇA PREEEXISTENTE NÃO COMPROVADA. CAPACIDADE LABORATIVA PLENA. INVALIDEZ PERMANENTE POSTERIOR. COBERTURA DEVIDA.

A CEF tem legitimidade para integrar processo em que se discute a quitação de mútuo celebrado sob a égide do SFH.

A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial (Súmula STJ-7).

(REsp 393809/SE, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 24/05/2004, p. 257)

Destarte, *afasto a alegação de ilegitimidade passiva argüida pela apelante.*

2. *Litisconsórcio passivo necessário do IRB – Brasil Resseguros*

A Caixa Seguros S/A requereu a citação do IRB – Brasil Resseguros para integrar o pólo passivo do presente feito, tendo em vista que a cobertura securitária requerida é oriunda de contrato de financiamento do Sistema Financeiro de Habitação, a qual se sujeita a participação do IRB como ressegurador no importe de 10% do montante segurado, nos termos do art. 47 do Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

Parágrafo único. O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo.

A participação do IRB – Brasil Resseguros no pólo passivo das ações de indenização securitária foi afastada pela Lei nº 9.932/99, cujo art. 12 revogou o art. 68 do Decreto-lei nº 73/66, o qual exigia a formação do litisconsórcio passivo necessário.

Dispunha o art. 68 do Decreto-lei nº 73/66:

Art. 68. O IRB será considerado litisconsorte necessário nas ações de seguro, sempre que tiver responsabilidade no pedido.

§ 1º. A Sociedade Seguradora deverá declarar, na contestação, se o IRB participa na soma reclamada. Sendo o caso, o juiz mandará citar o Instituto e manterá sobrestado o andamento do feito até a efetivação da medida processual.

§ 2º. O IRB responderá no foro em que for demandada a Sociedade Seguradora.

§ 3º. O IRB não responde diretamente perante os segurados pelo montante assumido em resseguro.

§ 4º. Nas ações executivas de seguro e nas execuções de sentença, não terá eficácia a penhora feita antes da citação da Sociedade Seguradora e do IRB.

§ 5º. Nas louvações de peritos, caberá ao IRB a indicação, se não houver acordo com as Sociedades Seguradoras.

§ 6º. As sentenças proferidas com inobservância do disposto no presente artigo serão nulas.

Ocorre que após a revogação da lei o IRB somente poderia vir ao presente feito na condição de litisdenunciado, porque não tem com o segurado relação jurídica direta, possuindo apenas um contrato de resseguro com a Caixa Seguradora S.A., que o obriga a ressarcir-la regressivamente em parte da indenização a ser suportada nesta contenda.

No entanto, a Lei nº 9.932/1999 instituiu no artigo 8º parágrafo único que os institutos de resseguros não são responsáveis perante o segurado pelo montante assumido de seguro, *in verbis*:

Art. 8º (...)

Parágrafo único. Os estabelecimentos de resseguro e os seus retrocessionários não responderão diretamente perante o segurado pelo montante assumido no resseguro.

Ademais, esse é o entendimento jurisprudencial:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMAÇÃO ATIVA PARA A CAUSA. SUCESSÃO. LITIS-CONSÓRCIO PASSIVO. INSTITUTO DE RESSEGUROS DO BRASIL (IRB). COBERTURA SECURITÁRIA. FALECIMENTO DO MUTUÁRIO. IMÓVEIS EM LOCALIDADES DIVERSAS. RESTITUIÇÃO DAS PRESTAÇÕES PAGAS APÓS O ÓBITO. Não há ilegitimidade ativa da sucessão, pois há que se considerar que está em trâmite uma sobrepartilha e que as prestações estão sendo pagas pelo espólio, sendo que a pretensão deduzida no presente feito está relacionada com a quitação do contrato de financiamento e, embora o imóvel tenha sido objeto de partilha, o contrato de financiamento continua sendo cumprido pelo espólio. Compete ao juiz tomar em consideração o direito superveniente quando do julgamento da lide (art. 462 do CPC). *Estando revogado o art. 68 do DL nº 73/66, que instituía caso de litisconsórcio necessário da seguradora com o IRB, e havendo atualmente previsão legal expressa (art. 8 da Lei nº 9932/99) no sentido de que os estabelecimentos de resseguros não responderão diretamente*

perante o segurado pelo montante assumido no resseguro, sendo que as decisões tomadas pelos estabelecimentos de seguro obrigam os resseguradores, salvo disposição contratual em sentido contrário, concluo inexistir litisconsórcio passivo necessário entre a apelante e o IRB. Aplicação ao caso do disposto na Súmula nº 31 do STJ, nos seguintes termos: “A aquisição, pelo segurado, de mais de um imóvel financiado pelo Sistema Financeiro de Habitação, situados na mesma localidade, não exime a seguradora da obrigação de pagamento dos seguros”. Juros moratórios fixados no percentual de 6% (seis por cento) ao ano, de acordo como o disposto no art. 1.062 do Código Civil.

(TRF - 4ª Região – Processo nº 0401132347-0 – Apelação Cível/RS – Quarta Turma – Relator Juiz Eduardo Tonetto Picareli, DJ 01/11/2000, v.u.)

Dessa forma, *afasto a preliminar de litisconsórcio passivo do IRB – Brasil Resseguros. Sem mais preliminares, passo à análise do mérito da causa.*

MÉRITO

3. Considerações Iniciais

Pleiteia a requerente a condenação da Caixa Econômica Federal – CEF e da Caixa Seguros S/A ao pagamento da cobertura securitária por morte de seu marido Raul Moreira Castro, prevista no contrato de seguro habitacional celebrado em 19 de maio de 1999, tendo em vista que ele veio a óbito em 24 de julho de 2001.

Ambas as requeridas, no entanto, negaram o pedido sob a alegação que a morte de Raul foi decorrente de doença contraída antes da assinatura do contrato (v. contestações, notadamente às fls. 30 e 155/163), hipótese esta que exclui, automaticamente, a cobertura securitária, consoante prevista na cláusula 5.1.1 da apólice de seguro, *verbis*:

CLÁUSULA 5 – RISCOS EXCLUÍDOS

Ficam excluídos do presente Seguro nos:

5.1 RISCOS DE NATUREZA PESSOAL

5.1.1 A morte resultante de acidente ocorrido ou doença contraída antes da assinatura do contrato de empréstimo e financiamento. (v. cópia da apólice do seguro habitacional de fls. 12)

Ressalte-se, que a recusa da cobertura securitária se baseou em diagnóstico do médico assistente, Dr. Cezar A. R. Sicchieri CRM-24839 onde foi constatado que o falecido marido da autora era portador da doença de hepatopatia desde *11 de maio de 1999*, ou seja, *08 (oito) dias antes da celebração de contrato do seguro habitacional*, conforme transcrevo do termo de negativa de cobertura de fls. 132:

Pelo presente instrumento, a CAIXA SEGUROS S.A nega cobertura para o sinistro acima identificado, com base na Cláusula 5ª subitem 5.1.1 (MORTE P/DOENÇA) das Condições Particulares da Apólice fora do SFH – Cobertura compreensiva, pelos fatos abaixo mencionados: *Conforme diagnóstico do médico assistente Dr. CEZAR A. R. SICCHIERI CRM-24839 o segurado em questão era portador de hepatopatia desde 11/05/1999 doença diretamente ligada a causa mortis do segurado.*

4.1.1 Morte do Segurado pessoa física, qualquer que seja a causa, por acidente ou doença, desde que ocorrido o acidente, ou adquirida a doença que determinou a morte, após a

assinatura do instrumento contratual com o Estipulante, mediante comprovação através da certidão de óbito e questionário específico emitido pela Seguradora e respondido pelo médico assistente do Segurado.

De acordo com a cláusula supracitada há preexistência da doença em relação à contratação do seguro, firmado o termo de negativa.

De outro lado, a requerente pondera que o banco não exigiu qualquer exame médico quando da celebração do contrato, de modo que deveria assumir os riscos da atividade seguro, bem como Raul não tinha conhecimento da gravidade e da extensão da doença, muito menos que tal enfermidade poderia levá-lo a óbito. Afirma, ainda, que as tratativas contratuais se iniciaram em 04 de agosto de 1998 e a assinatura ocorreu em 19 de maio de 1999, sendo que a primeira consulta a respeito de seu estado de saúde ocorreu em 11 de maio de 1999, onde obteve um provável diagnóstico de insuficiência hepática, diagnóstico este que somente veio a se confirmar em 07 de abril de 2000. Dessa forma, compreende que restou cabalmente demonstrada a boa-fé quando pactuou o seguro habitacional.

3.2 Que Direito solucionará esse caso?

Todo julgamento implica um olhar; olhar a partir de um ponto de vista. Não temos como nos aproximar de um caso judicial sem alguma pré-compreensão teórica de como vemos o direito. *Grosso modo*, temos *duas grandes perspectivas* nesse olhar teórico: a *positivista* e a *pós-positivista*¹. A grande diferença que existe entre ambas as abordagens está na forma como cada uma vê a relação entre o direito e a moral (entendida esta, não como ética existencial, mas moralidade política, que consagra princípios com Justiça, Equidade, Solidariedade, Dignidade Humana etc.). O *positivismo*² entende que é possível definir o que é regra de direito em uma sociedade *prescindindo de valoração moral*, ou seja, existe uma separação conceitual entre direito e moral. Já o pensamento *pós-positivista*³ vê o *direito como conectado com a moral*: não é possível definir uma regra jurídica, sem que essa candidata passe antes pelo crivo da concordância dos princípios de moralidade política. Embora grande parte dos princípios morais estejam contemplados nas constituições ocidentais (como nossa CF/88), o problema persiste, pois o positivista privilegia o valor segurança jurídica, acolhendo a idéia de norma válida em um plano absolutamente formal. Com isso o pensamento tradicional por vezes esvazia a força normativa do princípio atribuindo a ele eficácia limitada.

No caso em estudo, a resolução da lide na perspectiva positivista, na ótica positivista, seria desfavorável à requerente. De fato, como a doença do marido da autora foi constatada no dia 11 de maio de 1999, ou seja, 08 (oito) dias antes da celebração do seguro habitacional, que ocorreu em 19 de maio de 1999, haveria, portanto, a hipótese da doença preexistente para

1 Pode-se falar tanto em “pós-positivismos”, como em “positivismo contemporâneo” ou “neoconstitucionalismo”, ou ainda “positivismo principialista”.

2 Os grandes representantes do pensamento positivista do Século XX são: H.L.A. Hart (*El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992) e Hans Kelsen (*Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998).

3 Despontaram na segunda metade do Século XX: Robert Alexy nos seguintes livros, (*El Concepto de la Validez del Derecho*. 2 ed. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997); (*Teoria da Argumentação Jurídica*. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica, São Paulo: Landy Editora, 2001); (*Teoria de los Derechos Fundamentales*, 2 reimpressão, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001); (*Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica*, trad. De Manuel Atienza, en Doxa, num. 5, 1988) e Ronald Dworkin, nos livros: (*El Império de la Justicia*, 2. ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 1992); (*Los Derechos en Serio*. 4. reimpressão. Barcelona: Editorial Ariel, 1999); (*O Império do Direito*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999); (*Uma Questão de Princípio*, São Paulo: Martins Fontes, 2000).

a cobertura securitária. Conseqüentemente, ainda na ótica positivista, a requerente não faria jus ao seguro por morte de seu marido, nos termos da 5ª quinta cláusula da apólice.

E se propuséssemos uma outra perspectiva: olhar a mencionada estipulação contratual a partir dos princípios constitucionais. Primeiro os princípios; depois, a cláusula contratual.

No caso em tela, *a questão será por nós abordada à luz da teoria pós-positivista* dos princípios constitucionais, marcadamente desenvolvida pelo jus-filósofo norte-americano Ronald Dworkin (com aproximação do direito como integridade - *integrity*) e pelos pensadores alemães Habermas (que desenvolveu a “ética do discurso”) e Luhman (propositor da “teoria dos sistemas complexos”) continental. Utilizaremos a concretização inspirada na reflexão de Dworkin.

3.3 Princípios, Interpretação e Coerência

O *balancing*, modelo de ponderação de princípios, foi introduzido por Dworkin no início dos anos 60. No Brasil, nada obstante a recepção tardia da distinção entre “princípios” e “regras”, o *balancing*, ou ponderação entre princípios constitucionais na solução de casos difíceis, tem sido amplamente utilizado como critério para resolver esse dilema. Contudo, Dworkin, já nos anos 70 não fala mais em ponderação, este filósofo do Direito passou a desenvolver um modelo de aproximação dos casos difíceis que recebeu formatação completa em seu livro *Law’s Empire*, que denomina o direito como “integridade”. Pode ser útil, uma vez que nos permite resolver situações de conflito entre princípios sem arbitrariedade/discrecionalidade.

Parece-me que essa abordagem teórica do Direito propicia melhor lastro para novo modelo de concretização dos princípios constitucionais, particularmente, novo modelo interpretativo, hábil a enfrentar os diversos cases não triviais. Ou seja, a resolução de demandas utilizando-se a tradicional “ponderação” sustenta-se na compreensão dos princípios em conflito, privilegiando-se um deles no caso concreto. O problema é que essa eleição pode conter muito de arbitrário. Escolhe-se o interesse (princípio) vencedor; ao depois, justifica-se com o *balancing*. A idéia de “integridade” em Dworkin, somando-se a elementos da “ética do discurso” de Habermas e da “teoria dos sistemas” de Luhman, pode nos indicar novos caminhos na interpretação de demandas constitucionais. Aqui, faremos breve anotação à noção de “integridade” no autor norte-americano, por ser a mais importante na sustentação do método que estamos trabalhando no caso.

Resumidamente o Direito como integridade é uma teoria não cética das pretensões juridicamente protegidas⁴: sustenta que as pessoas têm como pretensões juridicamente protegidas todos os direitos que são patrocinados pelos princípios que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo. Esses princípios são (recorde-se que Dworkin fala a partir da realidade norte-americana): a justiça, a equidade e o devido processo legal (legalidade)⁵. Assim, para Dworkin, os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem os casos difíceis tentando encontrar, em um conjunto de princípios coerentes sobre os direitos

4 Cf. Ronald Dworkin, *O império do direito*, p. 186.

5 O ideal interpretativo da integridade, como proposto por Dworkin, no Brasil exigiria que alguns princípios fizessem parte desse conjunto fundante e estruturante, sobremaneira dois: princípio da solidariedade e o princípio da dignidade da pessoa humana. Uma sociedade pobre, miserável como a nossa, em que poucos ganham muito e muitos ganham pouco, que possui problemas sociais que vão desde a existência de trabalho escravo até a exploração da prostituição infantil, sem dúvida que dever-se-ia exigir que todas as decisões políticas tomadas contribuíssem – direta ou indiretamente – para, se não eliminar, pelo menos reduzir esses vícios sociais.

e deveres das pessoas, a melhor interpretação construtiva da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade⁶. O princípio da integridade desempenha o papel de equilibrar a justiça, a equidade e a legalidade. É um *chamado aos juízes para que atuem com “coerência narrativa” na captação do fenômeno jurídico*⁷.

Tentemos trazer para o plano da metodologia da interpretação de casos judiciais essas importantes noções. Estamos pensando em termos de um *modelo prático, para solução de casos difíceis* – que denominamos como “*máxima coerência*”⁸. Na apreciação de um caso, teremos duas ou mais possibilidades de solução: a sustentada pelo autor, a sustentada pelo réu e soluções intermediárias eventuais. Qual delas é a melhor? Uma resposta simples seria: aquela mais de acordo com o Direito. Mas o que é o Direito? Sem aprofundar esse tema, entretanto assumindo a perspectiva pós-positivista, diríamos que o Direito pode ser representado por um conjunto pragmaticamente coerente de princípios, grande parte deles com esteio constitucional. Dessa maneira a “resposta certa” para o caso viria da alternativa de solução que mais mantivesse coerência com o conjunto dos princípios constitucionais.

Voltemos ao caso concreto. A “máxima coerência” implica não ver conflito entre os princípios, mas ver o caso difícil sendo abordado por *duas possibilidades de solução* (proposições jurídicas): a) *a requerente não faz jus à cobertura securitária* em razão da constatação da preexistência da enfermidade que acometeu seu falecido marido; b) *a autora faz jus à cobertura securitária*, pois o cônjuge falecido não tinha conhecimento da gravidade e da extensão de doença, muito menos que poderia levá-lo a morte, de tal forma que não haveria de se falar em omissão de informações na data da contratação do seguro habitacional.

Qual dessas proposições deve prevalecer?

A “máxima coerência” não aborda o caso como se houvesse conflito entre princípios (vedação ao enriquecimento sem causa versus boa-fé), mas procura responder à questão acima com a seguinte proposta metodológica: *qual dentre as proposições – candidatas a norma em concreto – mantém mais coerência com o conjunto de princípios constitucionais estruturantes de nosso direito e que são relevantes para o caso?* Note-se: não se avaliam – como no *balancing* - os ganhos e perdas de cada um dos dois princípios (que apóiam cada uma das proposições), como em um duelo. Pelo contrário, olha-se a integridade do direito (composto não apenas por esses dois princípios, mas por outros) e se pergunta: *qual dentre as proposições maximiza, torna superlativo, esse conjunto de princípios reprodutores da ordem jurídica?*

Esse conjunto de princípios inclui não somente aqueles positivados, com esteio na Constituição, mas também aqueles *princípios morais que dão sustentáculo para as leis e para a própria Constituição*, princípios explícitos e implícitos orientadores de todo o direito.

Em uma fase pré-interpretativa, podemos dizer que os princípios sensíveis à demanda posta são: *boa-fé, vedação ao enriquecimento sem causa, igualdade e solidariedade*.

Qual dentre as duas propostas apresentadas para resolver o caso se mostra mais coerente com a melhor teoria, compreensão, interpretação desses princípios relevantes? Ou: qual delas otimiza, mais se harmoniza com o melhor sentido que podemos atribuir a esses princípios?⁹

6 Cf. Ronald Dworkin, *El império de la justicia*, p. 183/184.

7 Cf. Marisa Iglesias Vila, *El problema de la discreción judicial – una aproximación al conocimiento jurídico*, p. 154.

8 Esse método, que passamos a chamar de *máxima coerência*, que tem sido objeto de nossa reflexão atual, busca inspiração não apenas na *integrity* de Dworkin, mas também na ética do discurso de Jürgen Habermas.

9 Não encontramos julgados dos Tribunais a respeito da lide, mas quando examinamos o limite de ¼ de salário mínimo para fins de concessão pela Seguridade Social de Benefício Assistencial, propusemos *idêntico raciocínio*. Transcrevemos a ementa do acórdão do qual fomos relator: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. UNIÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

CA. EFICÁCIA DOS EFEITOS DA SENTENÇA. ABRANGÊNCIA DEPENDE DA EXTENSÃO DO DANO. O ART. 16 DA LEI Nº 7.347/85 NÃO LIMITA OS EFEITOS DA DECISÃO AO LOCAL CORRESPONDENTE À COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR. *INTRODUÇÃO DO MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DA MÁXIMA COERÊNCIA. LIMITE DE 1/4 DE SALÁRIO MÍNIMO. PRESUNÇÃO JURIS ET DE JURE DE MISERABILIDADE. DEFICIENTES E IDOSOS COM FAMÍLIA CUJA RENDA SEJA SUPERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. POSSIBILIDADE DE AUFERIREM O BENEFÍCIO DESDE QUE COMPROVEM NÃO POSSUÍREM MEIOS PARA PROVER A PRÓPRIA SUBSISTÊNCIA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, ERRADICAÇÃO DA POBREZA E REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS. PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA. DEVE EXISTIR A CONEXÃO ENTRE A DEFICIÊNCIA E A INCAPACIDADE DE O INDIVÍDUO TRABALHAR PARA SE MANTER. A INCAPACIDADE PARA A VIDA INDEPENDENTE DEVE SER ENTENDIDA EM CONSONÂNCIA PARA O TRABALHO. I - A União Federal é mera repassadora de verbas para o INSS, este sim, legitimado passivo para a ação em apreço. II - O exame da preliminar referente ao cabimento de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal em sede de ação civil pública restou prejudicado com a adoção do princípio da interpretação conforme a Constituição e do método da “máxima coerência”. III - Os efeitos da sentença em ação civil pública têm seu alcance segundo a extensão do dano verificado, podendo ter abrangência nacional, regional ou local. No caso vertente, o objeto da ação envolve indivíduos domiciliados em todo o território nacional, de modo que os efeitos da sentença deverão ter abrangência nacional. O art. 16 da Lei nº 7.347/85, com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 9.494/97 não limitou os efeitos da decisão ao local correspondente à competência territorial do órgão prolator, porquanto não se confunde a discussão de mérito que possui eficácia *erga omnes*, atingindo todos aqueles que se encontram na situação descrita na inicial, com questão referente a critérios de fixação de competência, que é a matéria efetivamente tratada pelo aludido dispositivo legal. IV - O que se busca no presente feito é verificar se a fixação de 1/4 de salário mínimo, como renda per capita familiar, para a concessão de benefício assistencial, assim como o conceito de pessoa portadora de deficiência, contidos nos §§ 2º e 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, mantém coerência com o direito público subjetivo reconhecido no inciso V do art. 203 da Lei Maior e outros princípios constitucionais (dignidade da pessoa humana, solidariedade, justiça social, erradicação de pobreza, igualdade, etc.). V - Através do método da “máxima coerência” busca-se maximizar os diversos princípios constitucionais que dão sustentáculo ao benefício assistencial. VI - Ao estabelecer o limite de 1/4 do salário mínimo (ou 1/2 de salário mínimo, como alguma jurisprudência tem feito) o que se está fazendo, seja o legislador, seja o Judiciário, é reduzir o campo normativo constitucionalmente criado. Privilegiar a concretização do legislador, ou o que é pior, a exclusividade desta em realizar a determinação constitucional, com utilização de renda mensal per capita inferior a 1/4 de salário mínimo, como critério de miserabilidade, seria cometer enorme injustiça a um grande número de desamparados que não tem meios de prover à própria subsistência, nada obstante pertencerem a famílias com renda superior a 1/4 de salário mínimo. VII - Outros princípios constitucionais devem ser considerados, particularmente os incisos IV e VII, do art. 7º da Lei Fundamental, para a caracterização da insuficiência econômica pessoal e familiar na concessão do benefício de prestação continuada. O critério para que possamos distinguir entre aqueles que necessitam de auxílio e aqueles que não necessitam não é matemático, mas valorativo. Essa valoração não é arbitrária e a Constituição definiu o critério de valor: comprovar o cidadão que não possui meios de prover à própria manutenção ou tê-la provida por sua família. Dessa maneira, para concretizar o inciso V do art. 203 da Lei Maior, mostra-se inadequada a vinculação a um critério amparado em um salário mínimo nominal amplamente separado das despesas de custeio de uma pacata e simples família brasileira, devendo o juiz analisar e ponderar cada situação, cada condição familiar e pessoal dos pretensos beneficiários a fim de constatar a exigência da Constituição de apenas conceder a assistência para quem dela efetivamente precisa. VIII - No campo da filosofia política, que estuda as relações que as pessoas/cidadãos estabelecem com o Estado/Poder, deve-se substituir a noção de Estado (hoje com o poder mitigado em face da globalização) pela de comunidade, que tem como característica o compartilhamento de princípios e valores. Entre esses princípios e valores escritos em nossa Lei Maior, não abrimos mão da dignidade da pessoa humana, ou de que um dos objetivos fundamentais de nossa comunidade é erradicar a pobreza e buscarmos reduzir as desigualdades sociais. Por isso a Lei Maior tem na Ordem Social um dos seus pilares, pilar que dá sustentáculo à idéia de comunidade. Nossa comunidade, falando pela boca do constituinte: definiu a garantia de um salário mínimo a deficientes e idosos pobres. Esses valores não se pode afastar o legislador. Dessa forma, preferimos entender que o legislador não afastou a possibilidade de outros pobres (idosos e deficientes) também receberem, auferirem o benefício de prestação continuada, apesar de fazerem parte de núcleos familiares com renda superior ao limite de 1/4 (ou mesmo 1/2) de um salário mínimo, desde que comprovado que não possuem meios de se manter ou de receberem auxílio familiar. Em suma, a interpretação literal dos §§ 1º e 2º do art. 20 da Lei nº 8.472/93 é compatível com a Constituição. Entretanto, a interpretação formulada pelo órgão ministerial, a não entender de forma estreita os limites de renda e deficiência, mas requerendo um diálogo entre esse programa normativo e a situação fática, mais do que compatível é a mais coerente com os princípios constitucionais. IX - Para compreender o conceito de “pessoa portadora de deficiência” deve-se definir o nível de incapacidade a ser exigido do pretense beneficiário para que ele possa ser considerado deficiente para fins de auferir o benefício de prestação continuada prevista na Constituição. Devemos pensar que a garantia de 1 (um) salário mínimo de benefício mensal à pessoa deficiente, não requer apenas a deficiência, entendida essa isoladamente como alguma forma de incapacidade física, mas se trata de uma deficiência qualificada: deficiência que inviabilize a possibilidade de o cidadão prover a própria subsistência (ou tê-la mantida por seus familiares). Vale dizer, deve existir a conexão entre a deficiência física e a incapacidade de o indivíduo trabalhar para se manter. X - Sob essa ótica é que devemos ponderar acerca da densificação proposta pelo legislador quando diz que a pessoa portadora de deficiência “é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho”. Na realidade o legislador - queremos crer - não firmou duas modalidades de incapacidade: a incapacidade para a vida independente e a incapacidade para o trabalho. De maneira que ao utilizar o conectivo “e” na expressão “... é aquela incapacidade para a vida in-*

4. A máxima coerência no caso concreto

4.1 Ponto de partida

A partir da afirmação dos princípios anteriormente expostos como tal, podemos verificar *qual das duas proposições* (a requerente não faz jus à cobertura securitária ou tem direito à referida cobertura) *contempla em sua melhor luz os princípios, como conjunto, orientadores de nosso direito.*

Isso porque entendemos que o direito pede que os juízes o encarem, antes de tudo, como um conjunto de princípios, dentre estes o princípio da justiça e o da equidade. Pede mais. Pede que os juízes apliquem esses princípios nos casos que se lhes apresentem¹⁰. Por isso, este caso deve se tornar uma questão de justiça, pois assim entendemos o Direito¹¹.

Errônea a afirmação de que existiria, no caso, um conflito entre boa-fé e enriquecimento sem causa; choque, não há. Na realidade, o que nos incumbe analisar é qual dessas duas soluções guarda máxima coerência com o conjunto de princípios estruturantes do direito, e relevantes para o caso.

No entanto, antes de ingressarmos na análise dos aspectos de direito, convém fazermos algumas observações em relação à subsunção do caso posto em debate às normas do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

4.2 Aplicação do Código de Defesa do Consumidor

4.2.1 A definição de consumidor

O CDC ao definir o sujeito de direitos que pretende proteger - o consumidor -, não o definiu em um único artigo, mas em 4 dispositivos diferentes, quais sejam o art. 2º, *caput* e parágrafo único, o art. 17 e o art. 29. Assim vejamos:

TÍTULO I - Dos Direitos do Consumidor.

CAPÍTULO I - Disposições Gerais

(...)

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

dependente e para o trabalho”, não estaria exigindo que o deficiente demonstrasse essas duas formas de incapacidade. A se entender dessa maneira, o incapaz para “vida independente” seria apenas aquele com vida absolutamente vegetativa, dependente do auxílio de terceiros para cumprir exigências mínimas, tais como higiene e alimentação. Com essa compreensão de deficiência, a incapacidade para o trabalho seria algo verdadeiramente supérfluo de se colocar na lei. Com efeito, quem tem vida simplesmente vegetativa, por evidente não tem mínima condição de trabalhar. Por conseguinte, a incapacidade para a vida independente deve ser entendida em consonância para o trabalho. XI - Prejudicada a preliminar referente ao cabimento de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal em sede de ação civil pública. Acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva da União Federal. Rejeitadas as demais preliminares. Recurso de apelação do INSS parcialmente provido. Agravos de instrumentos prejudicados. (TRF - 3ª Região, 10ª Turma, Ação Civil Pública nº 0002519-68.2000.403.6000, Relator Juiz Federal Convado David Diniz Dantas, julgado em 29/07/2008). *O raciocínio que dirigiu o julgado, afastando-se de critérios formalistas para aferição da aptidão financeira de núcleo familiar, é o mesmo que sustenta a interpretação da cláusula sobre doença preexistente a respeito da cobertura securitária.*

10 DWORKIN, Ronald, *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 291.

11 DWORKIN, Ronald, *Uma questão de princípio*, São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 103.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

(...)

SEÇÃO II - Da Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

CAPÍTULO V - Das Práticas Comerciais

SEÇÃO I - Das Disposições Gerais

(...)

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

O artigo 2º do CDC instituiu um *conceito de consumidor stricto sensu*, ou seja, *toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*. A lei, portanto, não distingue o adquirente do usuário, nem tampouco o objeto da relação, produto ou serviço. *Para o CDC o adquirente e/ou usuário de produto e/ou serviços, desde que como destinatário final, é consumidor*.

As demais hipóteses legais, ou seja, a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (parágrafo único do art. 2º); todas as vítimas dos fatos do serviço (art. 17) e todas as pessoas determináveis ou não às práticas comerciais (art. 29), contemplam o denominado consumidor por equiparação.

Essa equiparação do conceito de consumidor tem como intuito a extensão do campo de aplicação do CDC. Isto porque, muitas pessoas, mesmo não sendo consumidores nos moldes como previstos no art. 2º, podem ser atingidas ou prejudicadas pelas atividades dos fornecedores de produtos e serviços no mercado.

Vejamos, com mais detalhes, essas três hipóteses de equiparação de consumidor nos ensinamentos de CLÁUDIA LIMA MARQUES¹²:

O parágrafo único do art. 2º do CDC é das normas de extensão a mais geral, equiparando a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. Assim, apesar de não se caracterizar como consumidor “*stricto sensu*”, a criança, filha do adquirente, que ingere produto defeituoso e vem a adoecer por fato ou produto, é consumidor-equiparado e se beneficia de todas as normas protetivas do CDC. A importância do parágrafo único do art. 2º é seu caráter de norma genérica, interpretadora, aplicável a todos os capítulos e seções do Código (MARQUES, Comentários, p. 87).

A proteção deste terceiro, “*bystander*”, que não é destinatário final de produtos e serviços do art. 2º do CDC, é complementada pela disposição do art. 17 do CDC, que, aplicando-se somente à seção de responsabilidade pelo fato do produto e do serviço (art. 12 a 16), dispõe: “*Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento*”. Logo, basta ser “*vítima*” de um produto ou serviço para ser privilegiado com a posição de consumidor legalmente protegido pelas normas sobre responsabilidade objetiva pelo fato do produto presentes no CDC – não é necessário ser destinatário final, ser consumidor concreto, basta o acidente de consumo oriundo deste defeito do produto e do serviço que causa o dano. (...) Por sua vez, o art. 29 é uma disposição especial, que abre o capítulo V do Código sobre “*Práticas comerciais*”, aplicável, portanto, a todas as seções do capítulo, quais sejam a seção sobre oferta (arts. 30 a 35), sobre publicidade (arts. 36 a 38), sobre práticas abusivas (arts. 39 a 41), sobre cobrança de dívidas (art. 42), sobre bancos de dados e cadastros de consumidores

¹² BENJAMI, Antônio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, págs. 79/81.

(arts. 43 e 44), e que se diz aplicável também ao capítulo posterior, o Capítulo VI, dedicado à “Proteção contratual”. Trata-se atualmente, da mais importante norma extensiva do campo de aplicação da lei.

O art. 29 supera, portanto, os estritos limites da definição jurídica de consumidor para imprimir uma definição de política legislativa! Para harmonizar os interesses presentes no mercado de consumo, para reprimir eficazmente os abusos do poder econômico, para proteger os interesses econômicos dos consumidores finais, o legislador colocou um poderoso instrumento nas mãos daquelas pessoas (mesmo agentes econômicos) expostas às práticas abusivas. Estas, mesmo não sendo “consumidores de responsabilidade social no mercado, sua nova ordem pública, para combater as práticas comerciais abusivas.

In casu, no que tange à relação entre autora e CEF, o que temos nos autos é que ela, juntamente com seu marido falecido, pactuaram com a CEF o contrato de mútuo para o financiamento da casa própria e, conseqüentemente, o contrato de seguro, de modo que *a requerente pode ser considerada como consumidora em sentido estrito*, nos termos do art. 2º, *caput*, do CDC.

Assentado que a requerente pode ser considerada como consumidora, analisemos, agora, se a CEF encontra-se sujeita às disposições do CDC.

4.2.2 Aplicabilidade às instituições financeiras

Sobre a aplicabilidade ou não do Código de Defesa do Consumidor sobre o contrato bancário, essa questão já foi enfrentada pelo Colendo STJ, que firmou o entendimento que os contratos bancários submetem-se às disposições do Código de Defesa do Consumidor, “não porque ele [banco] seja fornecedor de um produto, mas porque presta um serviço consumido pelo cliente, que é o consumidor final desses serviços, e seus direitos devem ser igualmente protegidos como o de qualquer outro, especialmente porque nas relações bancárias há difusa utilização de contratos de massa e onde, com mais evidência, surge a desigualdade de forças e a vulnerabilidade do usuário.” (extraído do voto proferido pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no recurso especial 57.974-0, cuja ementa - que tem sido constantemente invocada quando a matéria discutida refere-se à natureza jurídica do contrato bancário (v. REsp. 175.795) - está assim expressa:

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. BANCOS. CLÁUSULA PENAL. LIMITAÇÃO EM 10%.

1. Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no artigo 3º, parágrafo segundo, estão submetidos as disposições do Código de Defesa do Consumidor. A circunstância de o usuário dispor do bem recebido através da operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor final dos serviços prestados pelo Banco.

2. (...)

(REsp 57.974/RS, 4ª Turma, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, v.u, decisão de 25.04.1995, publicado no DJ de 29.05.1995, pág. 15.524)

O Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão determinando que as instituições bancárias se curvassem ao Estatuto do Consumidor. Embora não tenhamos a íntegra do julgamento da ADI-2591, o serviço de consulta da Suprema Corte fornece-nos informações

precisas acerca do julgado:

Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONSIF contra a expressão constante do § 2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei 8.078/90) que inclui, no conceito de serviço abrangido pelas relações de consumo, as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária (Lei 8.078/90: “Art. 3º ... § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”) – v. Informativos 264, 417 e 425. Entendeu-se não haver conflito entre o regramento do sistema financeiro e a disciplina do consumo e da defesa do consumidor, haja vista que, nos termos do disposto no art. 192 da CF, a exigência de lei complementar refere-se apenas à regulamentação da estrutura do sistema financeiro, não abrangendo os encargos e obrigações impostos pelo CDC às instituições financeiras, relativos à exploração das atividades dos agentes econômicos que a integram – operações bancárias e serviços bancários -, que podem ser definidos por lei ordinária. (v. Informativo 430 ADI-2591, título “Aplicação do CDC aos Bancos – 6”)

Em suma, *as instituições bancárias devem se submeter às regras do Código de Defesa do Consumidor.*

4.2.3 Princípio hermenêutico da vulnerabilidade do consumidor

O Código de Defesa do Consumidor, como uma lei de ordem pública, trouxe significativas modificações nas relações jurídicas privadas, notadamente no que diz respeito à interpretação dos contratos. Sobre essa ótica, compreendemos que real função social (a dos contratos) não é tão somente a segurança jurídica, mas, atender aos interesses da pessoa humana, permitindo-se a imposição de limites à vontade das partes, desde que se procure preservar e implementar direitos fundamentais (v. g. a dignidade da pessoa humana).

Dessa forma, abandona-se o espírito dogmático-formalista, segundo o qual tudo deve ser resolvido por meio de preceitos normativos expressos, com raríssimas referências à equidade, à boa-fé, à justa causa. Ademais, com o princípio da eticidade deixa-se de acreditar na plenitude do direito positivo, preferindo, em determinados casos, a utilização de critérios ético-jurídicos, que permitam chegar-se à concreção jurídica, conferindo-se maior poder ao juiz para encontrar a solução mais justa.

Nesse contexto, os contratos devem ser interpretados de acordo com o meio social onde estão inseridos, não trazendo onerosidade excessiva às partes contratantes, garantindo que a igualdade entre elas seja respeitada, mantendo a justiça contratual e equilibrando a relação onde houver a preponderância da situação de um dos contratantes sobre a do outro.

Valoriza-se, com essa postura hermenêutica, a equidade, a razoabilidade, o bom senso e a *vulnerabilidade do consumidor* prevista no art. 4º, inciso I, do CDC, *verbis*:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (*Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995*)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

Ora, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor é que justifica o caráter protetcionista do CDC, legitimando sua aplicação. Essa vulnerabilidade pode ser: técnica, fática e jurídica. A *vulnerabilidade técnica* se resume estar diante da ignorância do consumidor em face do produto ou serviço adquirido, podendo o consumidor ser enganado quanto às características do produto, uma vez que se presume que o fornecedor tenha todo o conhecimento do produto. Já a *vulnerabilidade jurídica ou científica* não se limita somente em conhecimentos jurídicos, mas também em conhecimentos contábeis e econômicos determinando assim sua incapacidade de compreensão da relação que se estabelece. Por derradeiro, *a vulnerabilidade fática, que se resume em diversas situações concretas de reconhecimento da debilidade do consumidor, ou seja, o consumidor é o elo fraco da corrente.*

Não resta dúvida de que o *princípio da vulnerabilidade* é o mais importante da relação de consumo, de modo a ser considerado o vetor hermenêutico do direito do consumidor, uma vez que é fundamento para toda a legislação defensiva para aquele que se encontra em desigualdade na relação de consumo.

É a partir desse ângulo de visão que analisaremos o pedido formulado na inicial, vale dizer, sob o manto do CDC e das suas importantes conseqüências, especificamente quanto à vulnerabilidade do consumidor.

4.3 Princípio da boa-fé

A boa-fé é princípio basilar de nosso direito. Além disso, é um princípio moral. Com isso, ilumina com ética tanto o direito público, como o direito privado (particularmente, o direito contratual).

Releva exame mais metuculoso da boa-fé no direito, de modo a afirmá-la como princípio¹³.

Importante ressaltar que *“o princípio da boa-fé, apesar de consagrado em norma infra-constitucional, incide sobre todas as relações jurídicas na sociedade.* Configura cláusula geral de observância obrigatória, que contém um conceito jurídico indeterminado, carente de concretização segundo as peculiaridades de cada caso”¹⁴.

Note-se que Judith Martins-Costa retira da boa-fé qualquer qualidade de princípio geral¹⁵, tese¹⁶ com a qual, *data venia*, veementemente discordamos.

13 Ao conceituar a boa-fé, é mister que se atente para a distinção entre seu viés subjetivo e objetivo. Nas palavras de Judith Martins-Costa: “A expressão ‘boa-fé subjetiva’ denota ‘estado de consciência’, ou convencimento individual de obrar [a parte] em conformidade com o direito [...]. Diz-se ‘subjetiva’ justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem. Já por ‘boa-fé objetiva’ se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da *common Law* – modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade. Por esse modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, *não se admitindo uma aplicação mecânica do standard, de tipo meramente subsuntivo.* A boa-fé subjetiva denota, portanto, primariamente, a idéia de ignorância, de crença errônea, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância escusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância [...], seja numa errônea aparência de certo ato [...].”

14 PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil – Contratos*, v. III, 12^a ed. Rio de Janeiro, Forense: 2007, pp. 20-21.

15 MARTINS-COSTA, *op. cit.*, 412.

16 Ressalte-se ter sido a obra escrita antes do novo Código Civil, pugnando pela necessidade de adoção das cláusulas gerais (nes-

Entendemos não ser incompatível a idéia da boa-fé, como um princípio, com a sua positividade em uma cláusula geral do Código de 2002, no âmbito do direito obrigacional. Isto apenas reforça sua imprescindibilidade e obrigatoriedade para aqueles mais descrentes de sua eficácia como, por que não, um princípio orientador de todo o direito¹⁷, e não puramente do direito civil, como demonstraremos a seguir, pelo qual todas as relações jurídicas devem se pautar, de modo até a se viabilizar o convívio em sociedade. Se não existisse a necessidade de que todos desejassem se comportar conforme o direito, respeitassem a palavra dada e atuassem com honestidade, lealdade e cooperação, condutas estas tão caras ao conceito de boa-fé, como estaria a sociedade senão no estado de natureza hobbesiano, em que predomina o medo, a insegurança e a guerra de todos contra todos?

Em análise acerca dos códigos oitocentistas e da normatividade dos princípios jurídicos em estudo versando justamente sobre a boa-fé, Jorge César Ferreira da Silva¹⁸, apoiado em Ronald Dworkin e Robert Alexy, defende a normatividade da boa-fé e seu poder de ser fonte direta de eficácia jurídica, em razão de estar vinculada à idéia de princípio. Isso mesmo após o Código de 2002, em que aparece positivada.

Aduz o autor que, progressivamente, foi-se degenerando o “mundo da segurança” criado pelo movimento codificatório-oitocentista, pautado na concepção de direito como um sistema fechado e auto-referente, tendo como ápice de sua queda as transformações ocorridas na sociedade do pós-Primeira Guerra. A anatomia do sistema foi modificada, público e privado encontravam sua fonte de validade unificada na Constituição, dando novo destaque aos princípios: “[...] as normas constitucionais, mais abertas que são aos fatos políticos, passaram, de um lado, a ser redigidas atribuindo aos *princípios jurídicos* função decisiva na resolução de problemas práticos e, de outro, a consagrar implicitamente *valores (morais)* a serem seguidos ou buscados na aplicação de todo o ordenamento. Os princípios jurídicos, que até então haviam exercido somente papéis coadjuvantes, passam a disputar a primazia de atenção jurídica. Cumpriu à doutrina, então, melhor estudá-los, sobretudo do ponto de vista jusfilosófico”¹⁹.

Nesse ensejo, a melhor doutrina tem sido a de Dworkin, que define princípio como “[...] um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”²⁰.

Na esteira de Dworkin, Robert Alexy²¹ aduz que, para a compreensão dos princípios (em Dworkin), é mister atentar para a semelhança que guardam com o valor (moral). Dessa forma, princípios e valores seriam a mesma realidade, considerada ora no seu aspecto deontológico (os princípios) ora no axiológico (os valores). Portanto, se estamos de acordo que a honestidade, a lealdade entre as pessoas, são valores caros ao convívio, temos na boa-fé um princípio que prestigia esses valores, armando-os com o reconhecimento pelo Estado da lisura, correção dos particulares quando se relacionam, seja no mundo privado, seja naquele das relações Estado x cidadão²².

tas se incluindo a da boa-fé) para a realização de um modelo jurídico aberto e da integração da compreensão ética, deixando margem à atuação dos juízes e da doutrina.

17 Opinião esta vislumbrada nas considerações de Caio Mário expostas acima, *vide* pp. 1 e 2.

18 SILVA, Jorge Cesa Ferreira da, *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 37.

19 SILVA, *op. cit.*, pp. 40-41.

20 DWORKIN, Ronald, *Levando os direitos a sério*, 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 36.

21 ALEXY, *Sistema jurídico, principio jurídico y razón práctica*, *apud* SILVA, *op. cit.*, p. 45.

22 Na lição de Silva, *a boa-fé deve ser considerada princípio*:

“A concretização dos princípios no caso, portanto, passa por tornar juridicamente devido aquilo que, em outras instâncias, seria considerado bom, justo ou correto. Em uma palavra, *os princípios, nesta concepção, são pautas de dever-ser (normas)*”

Resta, pois, inegável o *status* de princípio da boa-fé, com base constitucional, e passível de irradiação sobre *todas* as relações jurídicas, devendo sempre norteá-las²³.

Já na petição inicial observamos que o falecido marido da autora procurou a Caixa Econômica Federal em agosto de 1998 para conseguir informações a respeito do contrato de financiamento para aquisição de casa própria e, por conseguinte, do seguro habitacional, consoante se verifica da planilha de cálculo de financiamento juntada às fls. 18. Com efeito, as tratativas comerciais efetuadas com o banco tiveram início, pelo menos, 9 (nove) meses antes do diagnóstico provisório de insuficiência hepática de Raul.

Observamos, ainda, que, de acordo com o questionário médico de fls. 110/111, respondido pelo Dr. Cezar A. R. Sicchieri, o diagnóstico provisório da doença se deu em 11 de maio de 1999, vale dizer, 08 (oito) dias antes da celebração do mútuo e do seguro habitacional. É importante assinalar aqui que foi com base nesse questionário que a seguradora negou a cobertura securitária sobre a alegação de doença preexistente (v. termo de negativa de cobertura de fls. 132). No entanto, destacam-se outras informações importantes relatadas pelo profissional de medicina: a) o diagnóstico não era definitivo; b) não se podia atestar sobre a gravidade e evolução da enfermidade e; c) havia perspectiva de controle e boa qualidade de vida para Raul.

Pois bem. Esse conjunto de provas relevantes – que sequer foram impugnadas pelas requeridas – denotam a boa-fé do falecido Raul ao pactuar com a CEF visto que não omitiu informações sobre eventual doença preexistente. Ora, até naquele momento ele e o próprio médico que o atendeu, quando da consulta, não possuíam informações precisas, concretas e seguras sobre o real estado de saúde. Essa é a constatação porque o diagnóstico não era definitivo. Ademais, na data de 11 de maio de 1999, não havia elementos suficientes para se aferir a gravidade e a evolução da doença, nem tampouco que a enfermidade poderia causar a morte de Raul. Destaque-se, ainda, que foi apontado pelo próprio médico que examinou o marido falecido da autora que havia uma perspectiva de controle da doença hepática e de boa qualidade de vida.

Por essa linha de argumentação, não nos parece crível que Raul, diante do quadro apontado acima, tivesse, no momento da contratação do seguro habitacional, vale dizer, apenas 08 (oito) dias após ser atendido pelo médico, a exata compreensão do seu estado clínico para apontar ao banco que possuía uma eventual doença preexistente.

fundadas em valores morais não necessariamente positivados conforme os padrões corriqueiros de produção de normas gerais. Esta característica pode ser bem verificada no princípio da boa-fé” (SILVA, *op. cit.*, p. 45).

Atente-se, ainda, para o papel essencial da boa-fé, sobretudo do seu elemento da confiança, como *reduzora de complexidade social*, segundo a teoria de Niklas Luhmann:

“A sociedade envolve um número incontável, imensamente complexo e formalmente imprevisível de relações sociais, não se podendo, por isso, prever o conjunto de ocorrências futuras. A *confiança*, assim, age no sentido de diminuir tal complexidade, reduzindo, para o sujeito, a *insegurança quanto ao futuro*. Com ela, o sujeito tem condições de projetar sua atuação conforme um conjunto relativamente pequeno de possibilidades, excluindo do seu planejamento aquilo que confia – mais do que espera – que não acontecerá” (SILVA, *op. cit.*, p. 49).

Ademais, o fundamento constitucional do princípio da boa-fé, para Teresa Negreiros está no princípio da solidariedade:

“[...] Mais especificamente, é possível reconduzir o princípio da boa-fé ao ditame constitucional que determina como objetivo fundamental da República a construção de uma *sociedade solidária*, na qual o respeito pelo próximo seja um elemento essencial de toda e qualquer relação jurídica” (NEGREIROS, Teresa, *Teoria do Contrato – novos paradigmas*, 2ª ed., São Paulo: Renovar, 2006, p. 117).

23 Acerca disso se manifesta o Ministro do STJ Paulo Medina, no RMS 18.121-RS, com fundamento em Vicente Ráo:

“O direito se aperfeiçoa, diz Ripert, {a medida que leva em conta a boa-fé. Os autores que a erigem em princípio geral dizem: “a boa-fé não deve ser considerada apenas como princípio geral informador das leis, senão, também, como princípio criador que, de fatos, faz surgir direitos” (A. Valenski, *Essai d'une Définition du Droit Basée sur l'Idée de Boné Foi*, 1929)/ou, ainda, sustentam consistir a boa-fé em um princípio a que se deve reconhecer a *força de um postulado moral* e de segurança das transações (D'Atienza, *Efectos Jurídicos de la Buena Fé*, 1935)’. Tenho na presunção da boa-fé um *valor pelo qual deve se orientar toda relação de Direito*, sobretudo a relação de trabalho entre o agente público e o Estado.”

Entendo, ainda, que Raul não só agiu de boa-fé no sentido subjetivo, como ainda procedeu com boa-fé objetiva, esta sendo padrão de comportamento que implica deveres de honestidade, probidade, informação, lealdade, cooperação, cuja observância extrapola o campo do direito civil e se estende a todas as relações jurídicas.

Em outras palavras, a boa-fé de Raul se evidencia pelo seu comportamento. A boa-fé, com essa atitude, dispensa indagações de cunho psicológico, anímico, pois, revela-se no comportamento liso, escorreito. Acolher o pedido, para o fim de determinar a cobertura securitária, harmoniza-se com o princípio da boa-fé.

4.4 *Princípio que veda o enriquecimento sem causa*

Os códigos modernos dão tratamentos diversos a esse problema, de modo que “reina uma certa desorientação a respeito, seja no conceituar, seja no disciplinar, seja no admitir o Direito positivo a teoria do enriquecimento indevido”.²⁴ Isso teria se dado em razão da falta de desenvolvimento sistemático da matéria no direito romano.

Todavia, o princípio já estava contido nas máximas “é justo por direito da natureza que ninguém enriqueça com dano e prejuízo de outro” (Pompônio) e “os preceitos do direito são estes: viver honestamente, não lesar os outros e dar a cada um o que é seu” (Ulpiano), ambas contidas no Digesto.

Por conseguinte, coube aos juristas modernos a elaboração de doutrina geral²⁵, tendo os romanos vislumbrado os conceitos fundamentais.

É importante não confundir o instituto analisado com a idéia de ilícito, posto que não exige comportamento culposo de qualquer das partes, bastando o fato objetivo²⁶.

Consiste, pois, na *obtenção de um proveito alheio, sem um título jurídico idôneo (causa) que justifique o enriquecimento*. Pode se dar tanto em relação à transferência patrimonial, quanto à exploração de bens, trabalho ou direitos alheios. Tem como requisitos o enriquecimento e a necessidade de que se dê à custa de outrem²⁷.

Se lançarmos um olhar panorâmico sobre o ordenamento jurídico, podemos perceber a larga utilização do princípio da vedação ao enriquecimento indevido, que, como ficou demonstrado, também encontra raízes já no direito romano e se consagra em máximas dos célebres juristas clássicos, nas mais diversas áreas, inclusive no direito público. Assim se dá no direito tributário, em que o tributo indevido deve ser restituído ao contribuinte pelo Fisco, segundo dispõe o art. 165, I do Código Tributário Nacional. Assim se dá no âmbito trabalhista, em que o empregador deve pagar verbas ao empregado por seu trabalho, pois do contrário auferiria vantagem indevida em detrimento deste. Assim também ocorre no direito previdenciário,

24 PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil – teoria geral das obrigações*, v. II, 21ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 319.

25 Partiram-se, pois, as legislações em três sentidos: de um lado, as que atribuíram ao enriquecimento indevido a generalidade de todas as hipóteses em que falte ou venha a faltar a causa eficiente da aquisição, instituindo como consequência o dever de restituir; de outro, as que seguiram a noção de que o pagamento indevido gera obrigação de restituir, de maneira semelhante a um contrato; e por fim, as que não desenvolveram a teoria do enriquecimento sem causa, mas tão-somente asseguraram a faculdade de repetição do pagamento por erro. Cf. PEREIRA, *op. cit.*, pp. 320-321.

26 WALD *apud* PEREIRA, *op. cit.*, p. 323.

27 O Código Civil brasileiro de 1916 adotou a teoria do pagamento indevido, não unificando o enriquecimento sem causa, mas sem que, com isso, permitisse o enriquecimento à custa de outrem. Reza o art. 964: “todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir”. No Novo Código, o enriquecimento sem causa ganha capítulo próprio (arts. 884 a 886), sendo o pagamento indevido disciplinado separadamente (arts. 876 a 883).

quando um benefício é pago a mais, devendo, portanto, ser restituído pelo beneficiário aos cofres públicos, por meio, inclusive, de descontos de outros benefícios recebidos do INSS, nos termos do art. 115 da lei 8213/91.

Outrossim, embora positivada em alguns dispositivos legais, *a vedação ao enriquecimento sem causa pode ser considerada princípio na perspectiva pós-positivista*, posto que fundada, por sua essência, em valor moral: o enriquecimento em detrimento de outrem, sem uma causa moral, legítima, que o permita, é de todo reprovável na convivência em sociedade, posto que desrespeita o *alter*, o igual, a dignidade do outro. Seria, conseqüentemente, derivado do princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado na Constituição, em seu art. 1º, III, sob a ótica aqui dos “deveres individuais e coletivos”²⁸.

Voltando ao estudo do caso. Não há que se falar em enriquecimento para descrever a percepção da cobertura securitária pela requerente a que faz jus. As suas condições financeiras modestas, e o valor do seguro revela que sua utilização permitirá quitar o débito perante o banco federal, sem qualquer acréscimo patrimonial que nos autorizasse falar em enriquecimento. Por isso, fora de propósito falar-se em enriquecimento sem causa.

4.5 Princípio da solidariedade

O princípio da solidariedade (tradução em termos cristãos de “fraternidade”) possui dignidade constitucional de alcance fundamental. Como anota Zagrebelsky, “el deber de solidaridad significa que se puede endosar a alguien una carga en atención al bien de outro”. Continua o citado constitucionalista italiano que “el principio constitucional de solidaridad permite al menos situar el comienzo de la discusión em el âmbito de um valor objetivo y sustraerla a la pura pasión subjetiva. Con todo, el principio aún no encierra la solución, siendo evidente la importância que tienen em ella lãs valoraciones concretas: sobre todo, la comparación del bien general que se quiere alcanzar com la entidad del bien individual puesto em peligro. El derecho “por principios” muestra así com claridad su esencial dimensión concreta y la ineludible llamada que contiene a la prudência de quien debe hacerlo vivir sin embalsamarlo o hacerlo absoluto como um fetiche²⁹”.

Começemos pelo *princípio da solidariedade*, consagrado na Constituição Federal como objetivo da República (art. 3º, I: “construir uma sociedade livre, justa e solidária”), mas também implícito na convivência em comunidade, que implica o respeito ao próximo, o auxílio mútuo para reduzir o sofrimento do outro, o sentimento de união, a cooperação. A solidariedade recomenda, destarte, que se minimize o sofrimento da requerente, que não só perdeu o cônjuge, como ainda está na condição de devedora das parcelas que venceram após o óbito do seu marido, haja vista a execução promovida pela CEF em apenso. A noção de solidariedade envolve a compreensão da situação peculiar da autora, cujos contornos foram longamente

28 Embasando esse pensamento, coloca-se Serpa Lopes (SERPA LOPES, Miguel Maria de, *Curso de Direito Civil – fontes contratuais das obrigações – responsabilidade civil*, v. V. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p. 69): “Um preceito moral, na verdade, nos proíbe enriquecer com a fortuna alheia. Mas por que razão há êsse ditame moral? E a resposta só pode ser técnica e consiste em que seria uma *injustiça* desequilibrar-se um patrimônio contra a vontade de seu titular, sem lhe proporcionar os meios indispensáveis a obter o seu reequilíbrio. Assim, não nos ligamos exclusivamente a um aspecto técnico da obrigação senão a um *princípio superior de ordem moral, mas que lastreia, de um modo geral, todo o Direito*, e não particularmente o instituto de que estamos cogitando. Critica-se a teoria da equivalência das prestações, acusando-a de nos dar um aspecto matemático. Não é verdade. O desequilíbrio se traduz em fatos materiais que serão apreciados através de um sentimento de Justiça”.

29 Cf. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, 3ª edição, tradução do italiano para o espanhol de Marina Gascón. Madrid, Editorial Trotta, 1999, p. 144.

traçados nesta decisão, e o mínimo custo para a sociedade como um todo quando se compara com o benefício que a autora terá, pois a dívida não será mais cobrada.

Conseqüentemente o seu pleito está em consonância com o vetor jurídico e moral da solidariedade.

4.6 Princípio da igualdade

A igualdade, enquanto princípio de moralidade política, também lança um olhar diferenciado ao caso. De fato, a isonomia não é apenas uma determinação para que não haja discriminação injustificada, sem critério objetivo, pelo legislador ao regulamentar as relações sociais. Possui um outro ângulo que é mais genérico, e que torna essa determinação ao legislador um caso particular. Esse ângulo mais genérico é o seguinte: o Governo, por meio de todos os seus órgãos, em particular a CEF, deve tratar a todos os contribuintes/segurados/cidadãos com igual respeito e consideração. O Governo deixa de tratar um cidadão com consideração quando lhe impõe um ônus que ultrapassa os limites da justificação moral. Quando exige o cumprimento de uma regra que obriga esse cidadão a ter dificuldade de sobrevivência para cumprir a regra. Por isso que no âmbito tributário existem princípios, como o princípio da capacidade contributiva. Na hipótese em estudo, a exigência de que a autora devolvesse as parcelas que recebeu a título alimentar é uma exigência que denota falta de consideração por parte do Governo para com uma pessoa que não se locupleta a custa dos cofres públicos, mas que apenas custeia a sua existência no plano meramente físico, com o benefício que recebia.

Por conseguinte, percebemos a incidência do *princípio da igualdade*, num sentido ligado mais propriamente à justiça social, à dignidade humana, ao mínimo existencial. Igualdade referente à igual consideração que devem gozar todos os membros de uma comunidade. Igualdade atrelada à possibilidade de participação de todos na riqueza social coletiva, mesmo daqueles que para esta não puderam contribuir com seu trabalho, seja pelas mais diversas razões, tais como deficiências, doenças, idade avançada e incapacidades de toda a sorte. A justiça distributiva determina que esses membros sejam igualados na medida de suas desigualdades. A igualdade exige, ainda, que o Estado trate a todos com os mesmos respeito e consideração, sendo isto devido aos seres humanos enquanto pessoas morais, livres e iguais. Assim, no caso em tela, a proposição (candidata a norma em concreto) guarda coerência com a igualdade, na medida em que, ao obrigarmos a seguradora a pagar a cobertura securitária permitimos que a autora mantenha sua dignidade humana, e, portanto, não se desigale dos outros membros da comunidade. Tal certamente aconteceria caso a requerente tivesse que arcar com a dívida decorrente do mútuo.

A proposição também se coaduna, diante de tudo isso, com um *princípio de justiça*. O justo, na concepção de Aristóteles, é o equitativo, o meio-termo. De todas as virtudes, a justiça é a única que consiste no bem de um outro, “pois, de fato, ela se relaciona com o próximo, fazendo o que é vantajoso a um outro, quer se trate de um governante ou de um membro da comunidade”.³⁰ O bem da apelada será, portanto, proporcionado com a prevalência da proposição defendida.

Ante o exposto, será mesmo possível se falar em arranhão ao *princípio que veda o enriquecimento sem causa*? Sendo *evidente a máxima coerência da proposição* com princípios tão basilares ao direito, entendo que tal princípio *não foi violado*, uma vez que deve ser enca-

³⁰ *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 105.

rado, não isoladamente, mas em *conjunto* com todos os demais, sobretudo os anteriormente explicitados.

5. A coerência do Estado-juiz

Entendemos que o Estado, representado pelos juízes, deve ser vislumbrado como um ser personalizado que, analogamente a uma pessoa, deve manter coerência entre suas convicções e ações. Destarte, o juiz, na busca pela resposta correta ao problema concreto que se lhe coloca, procura, na integridade do direito, aquela que maximiza, torna superlativo, o conjunto de princípios reprodutores da ordem jurídica; aquela solução que guarda a maior coerência possível com os princípios orientadores do direito. É desse contexto que se extrai a importância da jurisprudência e dos precedentes, uma vez que demonstram o entendimento adotado pelo Estado através de seus juízes, que buscaram as respostas corretas. Importante, portanto, é privilegiarmos o sólido posicionamento do Estado-juiz neste caso, ajudando a manter, dessa forma, sua coerência. Outrossim, a boa-fé do beneficiário e a ausência de exames prévios de Raul no momento da contratação do seguro habitacional faz com que a seguradora assumo o risco da atividade, não podendo esquivar-se do pagamento da indenização.

Nesse sentido cito os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL. SEGURO. AÇÃO DE COBRANÇA. OMISSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO, INEXISTÊNCIA. ALEGAÇÃO DE DOENÇA PREEEXISTENTE. AUSÊNCIA DE EXAME PRÉVIO. INEXISTÊNCIA DE COMPROVADA MÁ-FÉ.

I - Consoante dispõe o artigo 535 do Código de Processo Civil, destinam-se os Embargos de Declaração a expungir do julgado eventuais omissão, obscuridade ou contradição, não se caracterizando via própria ao re julgamento da causa.

II - É ilícita a recusa da cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente à contratação do seguro-saúde, se a seguradora não submeteu o segurado a prévio exame de saúde e não comprovou má-fé. Precedentes.

III - Agravo Regimental improvido.

(AgRg no Ag 1.076.923/RS, Rel. Min. SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/9/2010, DJe 24/9/2010)

AGRAVO REGIMENTAL. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA. DOENÇA PREEEXISTENTE. BOA FÉ E AUSÊNCIA DE EXAME PRÉVIO. RECUSA. ILÍCITA. DECISÃO UNIPessoAL. ART. 557, CPC.

- É lícito ao relator negar seguimento a recurso que esteja em descompasso com a jurisprudência do STJ.

É ilícita a recusa da cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente à contratação do seguro-saúde, se a Seguradora não submeteu a segurada a prévio exame de saúde e não comprovou má-fé. Precedentes.

(AgRg no Ag 973.265/SP, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/2/2008, DJe 17/3/2008)

Como no caso sequer a seguradora ou mesmo o banco trouxeram aos autos qualquer exigência de exames prévios de Raul para constatar a doença preexistente no momento da celebração do contrato de seguro, não há como se furtar ao pagamento da indenização.

Trata-se, portanto, de um *raciocínio principiológico de interpretação do direito*, que prima pela coerência das decisões judiciais, com fulcro, no caso em tela, na vasta jurisprudência

do Superior Tribunal de Justiça.

6. Conclusão

Ante o exposto, *acolho o pedido formulado na inicial* para condenar as requeridas ao pagamento da cobertura securitária a que faz jus a autora, em razão da morte do cônjuge, com o fim de quitação do mútuo na data do óbito de Raul Moreira Castro, e o faço com resolução do mérito, nos termos do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

Condeno os requeridos ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios que fixo, moderadamente, em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), na proporção de 50% (por cento) para cada um dos réus, nos termos do art. 20, § 4º c.c art. 23, ambos do Código de Processo Civil, corrigidos monetariamente até a data do efetivo pagamento, conforme o vigente Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal.

Defiro à autora os benefícios da assistência judiciária requerida, nos termos do art. 4º da Lei nº 1.060/50.

Promova a secretaria o traslado de cópia desta sentença para os autos dos embargos à execução nº 0007125-17.2006.403.6102 e da execução nº 0008499-05.2005.403.6102 em apenso.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Ribeirão Preto, 18 de março de 2013.

Juiz Federal DAVID DINIZ DANTAS

PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL**0055972-93.2010.4.03.6301**

Autora: MARIA DE FATIMA DA CONCEIÇÃO JOAQUIM

Réus: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS E OUTRO

Origem: 4ª VARA CÍVEL DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: FERNANDO HENRIQUE CORRÊA CUSTODIO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/04/2013

SENTENÇA

Cuida-se de pedido formulado pela Sra. MARIA DE FATIMA DA CONCEIÇÃO JOAQUIM, pleiteando a concessão do benefício previdenciário de pensão por morte na condição de ex esposa e companheira do falecido na data do óbito.

É o relatório. Decido.

Quanto ao mérito, o pedido do benefício pensão por morte encontra respaldo legal no artigo 74 da Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991, que assim prevê:

Art. 74. A pensão por morte será devido ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar:

I - do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste;

II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior;

III - da decisão judicial, no caso de morte presumida.

Três são os requisitos necessários à obtenção do benefício de pensão por morte: *óbito do instituidor, qualidade de segurado daquele que faleceu e condição de dependente do requerente.*

No tocante ao falecimento, restou este devidamente comprovado pela certidão de óbito acostada aos autos, não havendo controvérsia. O mesmo se diga da qualidade de segurado, já que o benefício é atualmente pago em favor da Sra. Marlene de Jesus Rocha na condição de companheira do falecido.

Passo a examinar a alegada condição de dependente da autora.

Após todo o trâmite processual, dos documentos anexados ao feito e dos depoimentos pessoais colhidos da autora e da corré, bem como dos testemunhos colhidos, tenho que restou devidamente demonstrado o seguinte: i) que o falecido, Sr. Luis Carlos da Silva, casou-se com a autora em 1976, com quem teve 02 filhos, tendo se separado de fato em meados de 1983, em razão de traições sofridas; ii) que em 1983 o falecido foi morar com a corré Marlene, com quem também teve dois filhos, mas que também visitava a ex esposa e os filhos tidos com ela; iii) que a corré brigava com o falecido, em razão de problemas dele com excesso de bebida, oportunidades nas quais ele saía de casa e voltava a morar com sua mãe; iv) que o falecido era visto tanto com a ex esposa, ora autora, como com a corré; v) que o falecido, após vários anos, passou a ter sérios problemas de saúde, razão pela qual tinha que ser levado para atendimento médico inúmeras vezes, bem como teve que se submeter a diversos internamentos em hospitais, tudo isso até o óbito; vi) que a autora e seus filhos sempre se “deram bem” com a corré companheira e seus filhos, bem como todos com a família do falecido, sendo de conhecimento de todos os dois relacionamentos ocorridos e seus desdobramentos; vii) que o

falecido começou a ficar doente, em razão dos problemas com bebida, problemas estes que foram piorando e faziam com que o falecido tivesse que procurar ajuda médica, inclusive, demandando algumas “temporadas” de internação em hospitais; viii) que a autora e a corré se revezavam na ajuda ao falecido, inclusive, acompanhando-o nos internamentos, sendo que era a autora quem acompanhava mais de perto a sua situação de saúde, até mesmo em razão de alegado conhecimento e experiência para tanto.

Veja, portanto, que mais próximo ao óbito, não era de se esperar e exigir do falecido alguns dos teóricos deveres de matrimônio, também aplicáveis ao instituto da união estável, notadamente aqueles voltados à procriação e aos deveres sexuais.

Agora, os deveres de convivência, de auxílio mútuo, de assistência moral e financeira, estes permaneceram e devem ser comprovados para efeitos de reconhecimento tanto de um quanto de outro instituto, como instituidor de verdadeira unidade familiar.

E, o que vejo nesta ação, após todo o seu trâmite, é que, na verdade, mais próximo ao final, tanto a autora quanto a corré se desincumbiram de tais deveres, e anuíram - mesmo que de forma não expressa - e se submeteram ao fato de que o falecido tinha as duas como suas esposas de fato, situação conhecida por todos os integrantes dos dois núcleos familiares mais próximos, e com bom relacionamento entre todos, de mútuo conhecimento e cooperação.

Assim, a meu ver, na data do óbito, tanto a autora quanto a corré eram verdadeiras companheiras do falecido. Mas isso em termos fáticos.

Resta saber se tal situação fática é corroborada e amparada pelo atual ordenamento jurídico pátrio.

Não obstante este magistrado tenha ciência de que boa parte da jurisprudência pátria seja atualmente contrária a tal reconhecimento, por estender ao âmbito previdenciário os conceitos civilistas, caso em que restaria inviável, em termos civis, o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas, por alegada quebra do dever de fidelidade, imposto ao matrimônio, o fato é que, a meu ver, *a lógica de raciocínio previdenciária é diversa, de cobertura da parte hipossuficiente por um sistema de proteção social, voltado à efetivação da dignidade da pessoa humana.*

Ou seja, no caso em tela, não obstante as vedações constitucionais existentes na esfera civilista constantes do artigo 226, da Constituição Federal de 1988, tenho que, para o deslinde da controvérsia, há que se atentar para o sistema protetivo construído pelos artigos 194 a 204, da Lei Maior, notadamente para o princípio da Seguridade Social da “universalidade da cobertura e do atendimento” (art. 194, § único, inciso I) voltado para a cobertura da contingência social “morte” (art. 201, inciso I) em favor do “companheiro” (art. 201, inciso V), isso como medida de garantia do fundamento da República Federativa do Brasil da “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, inciso III).

Portanto, a meu ver, diversamente da esfera civilista, onde realmente não há como se reconhecer a existência de casamentos concomitantes, ou de uniões estáveis concomitantes, na esfera previdenciária, protetiva das pessoas inseridas em estado de grande necessidade material e social, creio ser possível tal reconhecimento, o que, aliás, já havia de há muito sido reconhecido pelo extinto Tribunal Federal de Recursos por meio de sua antiga Súmula nº 159, que assim rezava: “É legítima a divisão da pensão previdenciária entre a esposa e a companheira, atendidos os requisitos exigidos”.

Não obstante, de forma surpreendente o Colendo Superior Tribunal de Justiça parece partir para interpretação oposta, com a qual, com todo o respeito, não coaduno.

Prefiro ficar com os ensinamentos dos Colegas e Professores Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Júnior, para quem “Em nossa opinião, o inciso V do art. 201 da Lei

Fundamental consagra o direito de pensão ao companheiro ou companheira, conceito que sem dúvida é mais amplo do que o de união estável”, conforme afirmado em sua obra coletiva “Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social”, Editora Livraria do Advogado, 7ª Edição, 2007, pág. 95.

Ou então com a brilhante passagem do Professor Fábio Zambitte Ibrahim, para quem:

Qualquer manual de direito previdenciário, ao tratar dos dependentes, os define como pessoas que dependem economicamente do segurado, de modo que o sistema protetivo possa garantir um mínimo de sobrevivência a tais indivíduos. Para tanto, a lei, ao disciplinar o tema, assume, por comodidade, conceitos de uso contínuo, como o de companheiro(a), mas *sem necessariamente impor uma submissão plena aos preceitos civilistas da matéria.*

Na seara protetiva, *uma companheira ou companheiro é pessoa que possui animus de convivência com o segurado, dividindo vida em comum e buscando uma sociedade conjugal, por afinidade de espírito e busca da plena realização. Se são impedidos, por lei, de contrair núpcias, é tema de total desimportância no meio previdenciário.* Nunca é demais lembrar da possibilidade de criar conceitos próprios para fins previdenciários - como a figura do equiparado ao filho - ou mesmo adaptar alguns já existentes, como o(a) de companheiro(a).
(..)

Deste modo, *não há impedimento legal expresso à concessão de benefício à cônjuge e “companheira(o)” do segurado(a) (sic).* Embora tal situação, pela lei civil, seja de mero concubinato (art. 1.727, CC), a *normatização previdenciária, específica em matéria previdenciária, admite a possibilidade, sem escapar a seu sentido literal possível.*

Assim, filiando-me a tal orientação, reconheço a possibilidade de proteção previdenciária às companheiras simultâneas, desde que comprovada faticamente a existência de uniões estáveis concomitantes.

E tal é o caso dos autos, razão pela qual julgo procedente a ação, reconhecendo em favor da autora o direito de perceber o benefício previdenciário de pensão por morte, em desdobro com a corrê, que também comprovou a existência de união estável com o falecido.

DISPOSITIVO:

Posto isso, *julgo PROCEDENTE o pedido*, com resolução de mérito do processo nos termos do art. 269, inc. I, do CPC, para condenar o INSS a conceder a MARIA DE FÁTIMA DA CONCEIÇÃO JOAQUIM o benefício de “PENSÃO POR MORTE”, a contar de 26/10/2010.

E, conforme cálculos elaborados pela contadoria judicial, fica a RMA FIXADA em R\$ 840,19 (50%), em valores de 06/2012.

Fica o réu obrigado ao pagamento das prestações vencidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora, ambos nos moldes da Resolução nº 134/10 do CJF e alterações posteriores, cujo montante, conforme fixado pela contadoria judicial, é de R\$ 24.255,64 (VINTE E QUATRO MIL, DUZENTOS E CINQUENTA E CINCO REAIS E SESSENTA E QUATRO CENTAVOS), atualizado a 07/2012.

Quanto aos valores devidos a partir de 01/07/2012, deverão ser pagos administrativamente pelo INSS mediante *complemento positivo.*

Sem a condenação nas custas e despesas processuais, bem como em honorários.

Nos termos do decidido acima, estando a autora sem receber o benefício, ANTECIPO A TUTELA para determinar ao INSS que implante e pague o benefício ora concedido em nome da parte autora. Desta forma, *oficie-se ao INSS* para que, no prazo de 45 (*quarenta e cinco*) dias, implante e pague o benefício em nome da parte autora, *observando-se o necessário desdobro*

entre ela e a corré Marlene de Jesus Rocha a partir de 26/05/2011, sob pena de multa diária no importe de R\$ 100,00 (cem reais) em caso de descumprimento.

Saliento desde já que não cabe se falar em cobrança de valores em face da corré, já que o recebimento dos valores sem o desdobro se deu de boa fé, em razão de indevido indeferimento administrativo do benefício pelo INSS.

P. R. I.

São Paulo, 19 de abril de 2013.

Juiz Federal FERNANDO HENRIQUE CORRÊA CUSTODIO

MANDADO DE SEGURANÇA**0007274.25.2011.4.03.6106**

Impetrante: ESTILO COUNTRY CONFECÇÕES LTDA - EPP
Impetrado: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP
Juiz Federal: DASSER LETTIÈRE JÚNIOR
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/04/2013

SENTENÇA**RELATÓRIO**

Trata-se de mandado de segurança em que a impetrante busca provimento judicial que determine à autoridade impetrada que não solicitem ao Banco Central do Brasil e nem a qualquer outra instituição financeira, ou caso já tenha solicitado, não utilize para qualquer efeito, as informações e documentos bancários sigilosos que constam do termo de intimação fiscal lavrado em 26/08/2011, relativo ao Mandado de Procedimento Fiscal nº 08.1.07.00-2011-01237-7, sem prévia ordem judicial, bem como que se abstenha de adotar qualquer medida administrativa ou fiscal contra a impetrante almejando obrigá-lo a apresentar as citadas informações e documentos bancários sigilosos.

Com a inicial, vieram documentos (fls. 81/360).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 364). Dessa decisão a impetrante interpôs agravo de instrumento perante o E. TRF da 3ª Região (fls. 369/441) ao qual foi negado seguimento (fls. 463/464).

A União Federal requereu seu ingresso no feito (fls. 443) o que foi deferido às fls. 462.

Advieram informações, com preliminares. No mérito, sustenta a legalidade do ato guerreado (444/456).

Foi apresentada réplica na qual houve o requerimento de reconsideração do indeferimento da liminar (fls. 470/559).

O indeferimento foi mantido (fls. 560) e dessa decisão a impetrante interpôs novo agravo de instrumento perante o E. TRF da 3ª Região (fls. 564/659).

O Ministério Público Federal opinou no sentido da desnecessidade de sua intervenção (fls. 661/663).

Novamente foi negado seguimento ao agravo de instrumento interposto pela impetrante (fls. 665), todavia, por meio de agravo regimental, a decisão foi reformada (fls. 736/741).

É a síntese do necessário. Passo a decidir.

FUNDAMENTAÇÃO

Trata-se de Mandado de Segurança preventivo para proteger o sigilo bancário da impetrante que se viu intimada a apresentar ao fisco – impetrado – informações daquele jaez.

Embora haja legislação complementar autorizando a obtenção de tais informações sem o concurso do Poder Judiciário (Lei Complementar 105) a jurisprudência se encaminha no sentido da sua inconstitucionalidade por violação do artigo 5º X e XII da CF, cujo teor transcrevo;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Este juízo mesmo inúmeras vezes se pronunciou sobre a inafastabilidade do controle judiciário sobre a quebra de sigilo das comunicações telefônicas, mas o sigilo de dados bancários, embora esteja inserido na esfera da intimidade e da dignidade da pessoa (CF, artigo 5º, X), só está inserido no sigilo de comunicações enquanto elas ocorram. Sim, o inciso XII da Constituição Federal é hialino em proteger a comunicação – epistolar, digital (leia-se de dados), telefônica e só ressalva sua violação pelo Poder Judiciário no último caso – comunicações telefônicas, sem sequer aventar o seu conteúdo. Portanto, para este juízo, o sigilo de dados só tem proteção constitucional absoluta na hora de sua transmissão/recepção, ou seja enquanto ocorre a comunicação¹, ou se preferimos, fixa regra de interceptação de comunicações. Fora dessa hipótese – interceptações - o sigilo, a proteção constitucional da informação em si, do conteúdo, (leia-se que não mais está sendo objeto de comunicação) se faz com espeque no inciso X e de forma subjetiva, resguardando a intimidade, a vida privada a honra e a imagem das pessoas em interpretação harmônica com os demais princípios constitucionais, dentre eles o objetivo de criar uma sociedade livre e justa.

Em verdade, a interpretação do inciso XII se esquecendo de que protege as pessoas de interceptações, mas não torna seus conteúdos invioláveis gera inúmeras distorções, seja de doutrinadores – que entendem que em determinados casos a interceptação de outras comunicações além da telefônica pode ser permitida², bem como entendem ao avesso o condicionamento constitucional à ordem judicial para a interceptação telefônica, para concluir, por exemplo, que a correspondência entre presos pode ser interceptada (STF – HC 70.814-5/SP).

Daí seguem posicionamentos misturando a clara vedação de interceptação de comunicações do inciso XII com a relativa e harmônica proteção de valores da pessoa, previstos no inciso X, desaguando em conclusões equivocadas por misturarem duas proteções constitucionais diferentes: uma de meio (liberdade de se comunicar, independentemente do conteúdo) e outra de fim, o resguardo dos valores inerentes à condição humana, dentre eles a privacidade. Tal confusão, desnatura completamente a proteção constitucional das comunicações, que se justifica por outros elementos de cunho democrático como a liberdade de expressão. Também desse equívoco decorrem interpretações negando por exemplo ao MPF legitimidade para acessar dados pessoais e bancários (que são nitidamente tocados somente pelo inciso X) como se

1 Dicionário Houaiss: COMUNICAÇÃO - substantivo feminino ato ou efeito de comunicar(-se)

1 ação de transmitir uma mensagem e, eventualmente, receber outra mensagem como resposta. Ex.: <a c. entre uma base terrestre e um míssil> <a ciência tenta manter c. com os golfinhos>

1.1 Rubrica: comunicação. processo que envolve a transmissão e a recepção de mensagens entre uma fonte emissora e um destinatário receptor, no qual as informações, transmitidas por intermédio de recursos físicos (fala, audição, visão etc.) ou de aparelhos e dispositivos técnicos, são codificadas na fonte e decodificadas no destino com o uso de sistemas convencionados de signos ou símbolos sonoros, escritos, iconográficos, gestuais etc.

2 Moraes, Alexandre de – Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional – 5. Edição – fls. 240 (item 5.31 – sigilo de correspondência e de comunicação)

a proibição de interceptações lhes afetasse o acesso aos dados. Ora, embora não tenha o MPF autorização constitucional para interceptar comunicações telefônicas (inciso XII) cuja atribuição é exclusiva do Poder Judiciário, não há qualquer restrição de acesso a dados ou cadastros desde que respeitados os limites do inciso X!

Não bastasse, a vingar a tese de que a proibição de interceptação de comunicações do inciso XII abrangesse o seu conteúdo, os dados não seriam acessíveis sequer por autorização judicial, vez que a exceção constitucional atinge somente a comunicação telefônica, as demais não - *salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*. Então, por coerência à ressalva expressa do inciso XII da Constituição Federal, quem entende que este protege conteúdos e não somente o ato de se comunicar, deve ser coerente e também entender que nem o Poder Judiciário tem acesso aos dados, vez que a permissão constitucional se dá apenas – e claramente – às comunicações telefônicas.

Portanto, os dados de transações bancárias já registrados nas instituições respectivas não são alcançados pelo inciso XII vez que não é necessária violação ou interceptação de qualquer tipo de comunicação para obtê-las e penso que esse equívoco - de que ele proteja informação em si e não somente a sua transmissão – é o que gera todos os demais equívocos que desaguam em conclusões que deixam atônito qualquer cidadão. Sim, porque a vingar a interpretação de que o inciso XII protege não a comunicação, mas também a informação já comunicada, ou seja, o seu conteúdo, também será necessário concluir que a exceção constitucional somente feita às comunicações telefônicas irá tornar inalcançável inclusive do Poder Judiciário os demais conteúdos.

Embora estreito o tempo e limitado ao alcance da questão posta neste feito, tenho que as ponderações acima lançadas autorizam interpretação segura no sentido de que a Lei Complementar 105 não afeta de qualquer forma o artigo 5º inciso XII da Constituição na medida em que não disciplina uma linha sequer sobre interceptações, versando somente sobre o acesso e utilização de dados bancários. Estes, como visto, têm proteção nos limites traçados pelo inciso X do artigo 5º, e não no inciso XII.

Não trata o presente processo de tentativa de interceptação de dados (que não tem previsão sequer de autorização judicial conforme interpretação literal do artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal). Por outro lado, não vislumbro a inconstitucionalidade da Lei Complementar 105 por violação aos direitos da privacidade previstos no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal vez que mantida pelo legislador a sigilidade dos dados obtidos e, portanto, respeitada a manutenção da privacidade do indivíduo.

O apanágio do sigilo de dados bancários é um embuste que não possui sequer previsão constitucional e assusta somente àqueles que têm a esconder. Com a devida vênia, prefiro a visão pragmática, literal da Constituição Federal, que em momento algum, mesmo implicitamente, patrocina o interesse pessoal do sigilo frente aos valores da honestidade e retidão. O Judiciário tem o dever de salvaguardar os direitos e garantias individuais, mas estes não podem servir de combustível ao ilícito. Havendo indícios de ilegalidade, o Estado tem o dever de investigar sem tornar públicos os dados do indivíduo em preservação àquela esfera de dignidade junto aos seus pares, mas só. Basta não interceptar comunicações (inciso XII) e manter o sigilo das informações obtidas, para não violar os direitos inerentes a dignidade da pessoa (inciso X). Isso a Lei Complementar 105 faz.

Em conclusão, e sem me afastar da interpretação gramatical e lógica do texto constitucional, o contribuinte não pode simplesmente se negar a fornecer informações de movimen-

tações bancárias à Receita Federal desde que resguardada sua privacidade nos exatos termos da Lei Complementar 105 e sua regulamentação, bem como, conseqüentemente, tenho que não há direito líquido e certo do cidadão em obter proteção do Poder Judiciário para escondê-la.

DISPOSITIVO

Destarte, como consectário da fundamentação, DENEGO A SEGURANÇA, extinguindo o processo com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil.

Não há honorários (art. 25 da Lei 12.016/2009).

Custas pelo impetrante.

Considerando a existência de agravo de instrumento, comunique-se o julgamento do feito.

Publique-se, Registre-se e Intime-se.

São José do Rio Preto, 2 de abril de 2013.

Juiz Federal DASSER LETTIÉRE JÚNIOR

AÇÃO ORDINÁRIA

0000109-48.2012.4.03.6119

Autora: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
Réu: TITULAR DO 2º TABELIÃO DE PROTESTO DE LETRAS E TÍTULOS DE GUARULHOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE GUARULHOS - SP
Juiz Federal: TIAGO BOLOGNA DIAS
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/04/2013

SENTENÇA

Relatório

Trata-se de ação de rito ordinário, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, ajuizada pela *Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT* em face do *Titular do 2º Tabelião de Protesto de Letras e Títulos de Guarulhos*, objetivando sua condenação a se abster de manter ou efetuar qualquer contratação ou utilizar-se de seus próprios funcionários para prestação de serviços postais, consistentes na entrega de objetos qualificados como carta (avisos de intimação aos devedores), compreendidos na exclusividade posta a cargo da autora. Pleiteia, ainda, o estabelecimento de multa diária, em caso de descumprimento da obrigação, bem como a condenação do réu ao pagamento das despesas processuais, honorários advocatícios e demais encargos legais.

A autora aduz que a despeito da previsão legal acerca da exclusividade do serviço postal relativo à entrega de “carta, cartão-postal e correspondência agrupada”, o réu vem promovendo a violação do denominado “monopólio estatal”, pois, apesar de alertado, vem se utilizando do serviço de outras empresas e/ou de funcionários do próprio cartório para a entrega de objetos de correspondência, cuja prestação é de exclusividade da autora.

Postula lhe sejam concedidas as prerrogativas processuais concernentes aos prazos e isenção de custas, tendo em vista que a ECT é ente público equiparado à Fazenda Pública, consoante os termos do art. 12 do Decreto-lei nº 506/69.

Com a inicial juntou os documentos de fls. 32/42.

Às fls. 46/48, decisão que indeferiu o pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita, bem como indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela e determinou que a parte autora providenciasse o recolhimento das custas, no prazo de cinco dias, sob pena de indeferimento da inicial.

À fl. 52, a parte autora comunicou a interposição de agravo de instrumento em face da r. decisão de fl. 46/48.

Às fls. 139/143, comunicação eletrônica acerca da r. decisão proferida no agravo de instrumento nº 0010588-27.2012.403.6119 em que se concedeu parcialmente o efeito suspensivo ativo pleiteado, somente para deferir à agravante (ECT) isenção de custas e as prerrogativas do art. 188, do CPC.

Devidamente citado (fl. 160), o réu apresentou contestação às fls. 166/178, alegando que as correspondências postadas por ele não se amoldam ao conceito jurídico de carta, uma vez que a Lei nº 6.538/78, que regula os procedimentos postais (arts. 9º e 47) excetua os

serviços prestados pelo réu, sendo situação de exceção ao monopólio postal da União. Desse modo, não subsiste qualquer prática de ilícito penal ou civil, conforme art. 236 da CF, Lei nº 8.935/94 - que regulamenta o artigo em questão - e na Lei 9.492/97, que define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida.

Aduz, ainda, que normas administrativas da Corregedoria Geral da Justiça (Provimento nº 58/89) e Leis Estaduais que dispõem que o serviço de entrega de intimações poderá ser realizado por empresa diferente da autora (Lei nº 11.331/02). Por fim, assevera que a jurisprudência invocada pela autora não se aplica ao caso em questão, devendo a ação ser julgada totalmente improcedente.

Vieram-me os autos conclusos para sentença (fl. 179).

É o relatório. Passo a decidir.

Preliminares

Afasto a preliminar de inépcia do pedido de expedição de ofício ao Ministério Público Federal para apuração de ilícito penal, pois, independentemente de sua formulação expressa, constatando o juízo indícios de crime deve representar por sua apuração, ainda que de ofício.

No mais, presentes as condições da ação e os pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo, não havendo outras preliminares processuais pendentes, passo ao exame do mérito.

Mérito

O cerne desta lide diz respeito à eventual frustração do privilégio de exclusividade na prestação do serviço público postal de que goza a autora, pela entrega de avisos de intimação realizada diretamente pela ré ou por terceiros a seus serviços.

Tal *privilégio de exclusividade* foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de ADPF, conforme a seguinte ementa:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. EMPRESA PÚBLICA DE CORREIOS E TELEGRÁFOS. PRIVILÉGIO DE ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIAS. SERVIÇO POSTAL. CONTROVÉRSIA REFERENTE À LEI FEDERAL 6.538, DE 22 DE JUNHO DE 1978. ATO NORMATIVO QUE REGULA DIREITOS E OBRIGAÇÕES CONCERNENTES AO SERVIÇO POSTAL. PREVISÃO DE SANÇÕES NAS HIPÓTESES DE VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL. COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL VIGENTE. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 1º, INCISO IV; 5º, INCISO XIII, 170, *CAPUT*, INCISO IV E PARÁGRAFO ÚNICO, E 173 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE INICIATIVA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. ARGÜIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO CONFERIDA AO ARTIGO 42 DA LEI Nº 6.538, QUE ESTABELECE SANÇÃO, SE CONFIGURADA A VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL DA UNIÃO. APLICAÇÃO ÀS ATIVIDADES POSTAIS DESCRITAS NO ARTIGO 9º, DA LEI. 1. O serviço postal - conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado - não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público. 2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade

econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar. 3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 20, inciso X]. 4. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo decreto-lei nº 509, de 10 de março de 1.969. 5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. 6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal. 7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade. 8. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 42 da Lei nº 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º desse ato normativo.

(ADPF 46, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-01 PP-00020)

Nessa esteira, o serviço postal tem natureza de *serviço público absolutamente vedado aos particulares*, prestado de forma exclusiva pelo Estado, mediante a empresa pública autora, o que tem amparo na Constituição, ao prescrever que “Art. 21. Compete à União: (...) X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;” sem as ressalvas atinentes a concessão, permissão, delegação ou liberdade de exploração privada em paralelo ao Estado que constam expressamente acerca de outros serviços público.

Quanto à delimitação desta exclusividade, após amplo debate e por maioria decidiu a Corte Suprema que abarca os serviços descritos no art. 9º da Lei nº 6.538/78:

Art. 9º - São exploradas pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais:
I - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de *carta e cartão-postal*;

II - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de *correspondência agrupada*;

III - fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal.

§ 1º - Dependem de prévia e expressa autorização da empresa exploradora do serviço postal;

a) venda de selos e outras fórmulas de franqueamento postal;

b) fabricação, importação e utilização de máquinas de franquear correspondência, bem como de matrizes para estampagem de selo ou carimbo postal.

§ 2º - Não se incluem no regime de monopólio:

a) transporte de carta ou cartão-postal, efetuado entre dependências da mesma pessoa jurídica, em negócios de sua economia, por meios próprios, sem intermediação comercial;

b) transporte e entrega de carta e cartão-postal; executados eventualmente e sem fins lucrativos, na forma definida em regulamento.

Os conceitos de carta, cartão-postal e correspondência agrupada, por seu turno, são trazidos pelo art. 47 da mesma lei:

Art. 47º - Para os efeitos desta Lei, são adotadas as seguintes definições:

CARTA - objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário.

CARTÃO-POSTAL - objeto de correspondência, de material consistente, sem envoltório, contendo mensagem e endereço.

CORRESPONDÊNCIA - toda comunicação de pessoa a pessoa, por meio de carta, através da via postal, ou por telegrama.

CORRESPONDÊNCIA AGRUPADA - reunião, em volume, de objetos da mesma ou de diversas naturezas, quando, pelo menos um deles, for sujeito ao monopólio postal, remetidos a pessoas jurídicas de direito público ou privado e/ou suas agências, filiais ou representantes.

Comprova a autora que a ré vem realizando intimações de protesto de títulos entregues por outros meios que não os serviços daquela, fls. 37/42.

A questão posta é se esta postura da ré seria contrária à referida exclusividade, vale dizer, se as intimações de protesto estariam abarcadas no conceito de carta e sua entrega no conceito de correspondência.

Trata-se de questão tormentosa, sem amparo jurisprudencial significativo, ressaltando-se que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não tem precedentes com este exato objeto, enquanto nos Tribunais Regionais há apenas alguns julgados na 1ª e 5ª Regiões, em sentidos opostos.

Além disso, a postura da ré, *ao menos quanto à remessa por portador próprio*, tem amparo legal direto, no art. 14 da Lei nº 9.492/97, “art. 14. Protocolizado o título ou documento de dívida, o Tabelião de Protesto expedirá a intimação ao devedor, no endereço fornecido pelo apresentante do título ou documento, considerando-se cumprida quando comprovada a sua entrega no mesmo endereço. 1º A remessa da intimação poderá ser feita por portador do próprio tabelião, ou por qualquer outro meio, desde que o recebimento fique assegurado e comprovado através de protocolo, aviso de recepção (AR) ou documento equivalente”, de forma que o acolhimento do pleito inicial depende de sua declaração de inconstitucionalidade e, como resta claro na ementa supra, não houve exame nesse sentido pelo Supremo Tribunal Federal, de forma que este caso não pode ser simplesmente enquadrado na orientação jurisprudencial da ADPF nº 46, tampouco nos demais precedentes que tratam de avisos de cobrança, boletos, impressos e encomendas.

De fato, não há comparação das *intimações de protesto realizada por titular de serviço notarial* com tais objetos, pois têm elas natureza e regime jurídico peculiares.

Com efeito, assim como o serviço postal, o serviço notarial é de *natureza pública* e goza também de *exclusividade*, não franqueado ao livre mercado, embora delegado a particulares em colaboração com o Estado, sob *fiscalização do Poder Judiciário*, o que, da mesma forma, *tem amparo constitucional* no art. 236:

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, *por delegação do Poder Público*.

§ 1º - Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e *definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário*.

§ 2º - Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3º - O ingresso na atividade notarial e de registro *depende de concurso público de provas e títulos*, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

Como o serviço postal, tem *regulamentação legal própria*, Lei nº 8.935/94, para a atividade notarial e de registros em geral, e Lei nº 9.492/97, para os atos notariais relativos ao protesto.

Nessa esteira, *a intimação de protesto* não pode ser confundida com mera correspondência, visto que *exige especial forma, fé e procedimento, sob responsabilidade e competência privativa do notário*, o que não se verifica ordinariamente no serviço postal, como se extrai dos seguintes dispositivos legais:

Lei nº 8.935/94:

Art. 1º Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa *destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos*.

Art. 2º (Vetado).

Art. 3º Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, *dotados de fé pública*, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.

Art. 4º Os serviços notariais e de registro serão prestados, de modo eficiente e adequado, em dias e horários estabelecidos pelo juízo competente, atendidas as peculiaridades locais, em local de fácil acesso ao público e que ofereça segurança para o arquivamento de livros e documentos.

§ 1º O serviço de registro civil das pessoas naturais será prestado, também, nos sábados, domingos e feriados pelo sistema de plantão.

§ 2º O atendimento ao público será, no mínimo, de seis horas diárias.

(..)

Art. 11. Aos tabeliães de protesto de título compete privativamente:

I - protocolar de imediato os documentos de dívida, para prova do descumprimento da obrigação;

II - *intimar os devedores dos títulos para aceitá-los, devolvê-los ou pagá-los, sob pena de protesto*;

III - receber o pagamento dos títulos protocolizados, dando quitação;

IV - lavrar o protesto, registrando o ato em livro próprio, em microfilme ou sob outra forma de documentação;

V - acatar o pedido de desistência do protesto formulado pelo apresentante;

(..)

Art. 22. *Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia*, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos.

Art. 23. A responsabilidade civil independe da criminal.

Art. 24. A responsabilidade criminal será individualizada, aplicando-se, no que couber, *a legislação relativa aos crimes contra a administração pública*.

Parágrafo único. A individualização prevista no *caput* não exime os notários e os oficiais de registro de sua responsabilidade civil.

(..)

Art. 38. *O juízo competente zelará para que os serviços notariais e de registro sejam prestados com rapidez, qualidade satisfatória e de modo eficiente, podendo sugerir à autoridade competente a elaboração de planos de adequada e melhor prestação desses serviços*,

observados, também, critérios populacionais e sócio-econômicos, publicados regularmente pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

Lei nº 9.492/97

Art. 1º *Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.*

Parágrafo único. Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas. (Incluído pela Lei nº 12.767, de 2012)

Art. 2º Os serviços concernentes ao protesto, *garantidores da autenticidade, publicidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta Lei.*

Art. 3º *Compete privativamente ao Tabelião de Protesto de Títulos, na tutela dos interesses públicos e privados, a protocolização, a intimação, o acolhimento da devolução ou do aceite, o recebimento do pagamento, do título e de outros documentos de dívida, bem como lavrar e registrar o protesto ou acatar a desistência do credor em relação ao mesmo, proceder às averbações, prestar informações e fornecer certidões relativas a todos os atos praticados, na forma desta Lei.*

(...)

Art. 14. Protocolizado o título ou documento de dívida, *o Tabelião de Protesto expedirá a intimação ao devedor, no endereço fornecido pelo apresentante do título ou documento, considerando-se cumprida quando comprovada a sua entrega no mesmo endereço.*

§ 1º *A remessa da intimação poderá ser feita por portador do próprio tabelião, ou por qualquer outro meio, desde que o recebimento fique assegurado e comprovado através de protocolo, aviso de recepção (AR) ou documento equivalente.*

§ 2º *A intimação deverá conter nome e endereço do devedor, elementos de identificação do título ou documento de dívida, e prazo limite para cumprimento da obrigação no Tabelionato, bem como número do protocolo e valor a ser pago.*

Conforme o regime legal supra, a *intimação em tela é apenas um ato do procedimento mais amplo do protesto*, que compreende ainda a protocolização, o acolhimento da devolução ou do aceite, o recebimento do pagamento, do título e de outros documentos de dívida, bem como lavrar e registrar o protesto ou acatar a desistência do credor em relação ao mesmo, proceder às averbações, prestar informações e fornecer certidões relativas a todos os atos praticados.

Não obstante, como todos os demais, *lhe é inerente*, ou seja, sem a intimação não há protesto válido e eficaz, não se realiza este múnus do notário, o que evidencia sua particularidade.

O próprio ato da intimação tem efeitos oficiais especiais, “*prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida*”, sendo, assim, *ato típico dos serviços notariais*.

É descabido, portanto, compará-la a avisos de cobrança ou boletos enviados pelos credores a seus devedores, *sem os rigores do protesto*, tanto que se cambiáveis fossem não haveria motivo para a existência deste serviço notarial.

Ademais, ao contrário dos serviços públicos concedidos em regime de mercado, como iluminação e telecomunicações, cujos boletos de cobrança só podem ser entregues pela autora, *os serviços notariais não se sujeitam ao livre mercado, sendo exercidos apenas por aqueles delegados pelo Estado, nos limites do edital de concurso para sua titularidade, da legislação especial e das orientações do juízo competente à sua fiscalização, inclusive quanto ao local de atuação e emolumentos, não havendo, portanto, que se falar em exploração econômica*

de serviço público não franqueado ao mercado, esta a principal razão da restrição constitucional do art. 21.

Trata-se, a rigor, de circunstância que *muito se assemelha à atuação dos oficiais de Justiça em citação por mandado, mas não se cogita que estes estejam frustrando a exclusividade dos serviços postais, o que destaca a impertinência da tese.*

Nessa ordem de idéias, a intimação de protesto e o serviço postal são ambos serviços públicos que não se confundem, com regimes jurídicos e âmbito de atuação paralelos, que sequer concorrem entre si, ambos com amparo legal e constitucional.

Por fim, até mesmo sob o ponto de vista meramente jurídico-formal não prospera a pretensão inicial, pois da íntegra dos votos do julgamento da ADPF em tela depreendo que os *Eminentes Ministros entenderam que o alcance do conceito de serviço postal, e, portanto, a delimitação de sua exclusividade, se extrai da legislação ordinária, não da Constituição, que lhe confere apenas a mínima densidade normativa inerente ao conteúdo semântico da expressão*, tendo o Ministro Joaquim Barbosa afirmado que “a possibilidade da quebra do regime de privilégio deve ser tratada pelo legislador ordinário”, enquanto o Ministro Gilmar Mendes declarou que se “demanda completa reinterpretação ou reconfiguração pelo legislador daquilo que se entende como manutenção do serviço postal”, tendo se mencionado ao longo dos votos projeto de lei nesse sentido.

Ressalto que o objeto da ADPF era discutir a recepção da Lei nº 6.538/78 pela atual Constituição, não implicando sua aceitação afirmar que não pode ser revogada ou derogada por lei superveniente.

Pois, ainda que se entenda que há alguma incompatibilidade entre este diploma e a Lei nº 9.492/97, o que se admite apenas para argumentar, esta restaria superada tanto pelo critério cronológico quanto pela especialidade na solução de conflito aparente de normas.

Todavia, aqui se contesta a entrega das intimações pelo portador do próprio tabelião ou *por empresa privada terceirizada para este fim, mas apenas a primeira forma é conforme o acima exposto.*

Isso porque o referido art. 14, 1º, fala, além do portador do próprio tabelião, em “*qualquer outro meio*”. Outro meio, *não “qualquer outra pessoa”, não há nesta expressão autorização para delegação do ato notarial de intimar do protesto para terceiros.*

Logo, este “outro meio” dever ser entendido como “*outra forma de remessa lícita*”, *no que não se insere a contratação de empresas privadas que prestam serviços análogos aos dos correios, sob regime de mercado e livre concorrência, sem qualquer prerrogativa ou dever públicos que recaem sobre o notário ou mesmo sobre os Correios.*

Note-se que a lei fala em “outro meio”, mas se o meio postal for o escolhido, ao invés da intimação por seus agentes, ou de outros meios, como o eletrônico, deve ser por quem pode realizá-lo, vale dizer, *somente os Correios.*

Uma coisa é o próprio serviço notarial, por agente próprio, sob sua direta subordinação, realizar diretamente ato que lhe compete legalmente, sob o regime jurídico próprio que lhe cabe, remunerado por emolumentos, não sob livre mercado, na execução do procedimento do protesto, que lhe é privativo. Outra bem diversa é empresa privada, no exercício de exploração econômica, em regime de mercado, em concorrência com outras empresas e, indevidamente, com os próprios Correios, realizar tal ato.

Que fique claro, quem pode realizar o ato, isto é, se insere em todas as particularidades e regime jurídico até aqui tratados, de natureza pública especial, é o notário e seus agentes

com vínculo direto, não particulares. Quando contrata terceiro, que presta serviços no mercado, já não é mais o serviço notarial quem age, mas sim o particular, a quem não se aplica nada do quanto acima exposto.

Posto isso, merece parcial amparo a pretensão da autora, apenas para obstar a terceirização da intimação de protestos a pessoas privadas.

Quanto ao pedido de representação para fins penais, não constato indícios de dolo da ré, dado o caráter controvertido da questão, pelo que nada há a representar.

Dispositivo

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido formulado nesta ação, extinguindo o processo com resolução do mérito (art. 269, I, do CPC), apenas para condenar o réu à obrigação de não terceirizar a intimação de protestos a pessoas privadas.

Sucumbência em reciprocidade.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Juiz Federal TIAGO BOLOGNA DIAS

MANDADO DE SEGURANÇA**0002943-57.2012.4.03.6108**

Impetrante: ASSOCIAÇÃO JARDIM FLAMBOYANT
Impetrado: SUBDELEGADO DA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉ-
GRAFOS EM BAURU - SP
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE BAURU - SP
Juiz Federal: JOSÉ FRANCISCO DA SILVA NETO
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/02/2013

SENTENÇA

Extrato: Correios – Ação mandamental para entrega postal nos específicos endereços dos moradores de condomínio fechado, tanto quanto para cadastro de CEP individualizado para cada uma das ruas de dito condomínio – Pacificado o descompasso entre a norma de lei e suas pretensas regulamentações – CEP como de exclusivo uso da ECT – Parcial procedência, insuficiente a entrega postal em “portaria”.

Vistos etc.

Trata-se de ação mandamental, fls. 02/17, com pedido de liminar, impetrada pela Associação Jardim Flamboyant, qualificação a fls. 02, em face do Subdelegado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos em Bauru/SP, por meio da qual busca a concessão de segurança para que as correspondências sejam entregues, no condomínio, diretamente nas respectivas residências, sem que sejam deixadas na portaria, procedendo, ainda, a ECT ao cadastro individualizado de Códigos de Endereçamento Postal (CEP) para cada uma das ruas do condomínio.

Sustenta a parte impetrante terem seus membros sofrido com extravios de correspondências, bem como com a recusa de porteiros em receber talonários de cheques, cartões de crédito, notificações e citações judiciais, além de outros documentos e de produtos adquiridos por “sites” da Internet.

Juntou documentos, fls. 18/41.

Indeferida a liminar pleiteada, fls. 43/44.

Apresentou informações a autoridade impetrada, fls. 55/86, alegando, preliminarmente, inadequação da via eleita, pois alega não ter sido carreada aos autos prova pré-constituída capaz de comprovar, de plano e cabalmente, que a impetrada agiu em desacordo com a lei ou com abuso de poder, não admitindo o *mandamus* dilação probatória, insurgindo-se contra a medida liminar pleiteada e pugnando pela denegação da segurança.

Manifestação ministerial, fls. 100.

Réplica a fls. 104/111.

Tutela parcialmente deferida, às fls. 113/120.

Agravo de instrumento interposto pela impetrada, às fls. 129/157.

Manifestação do Ministério Público, à fl. 159, reiterando o quanto disposto à fl. 100.

Decisão convertendo o agravo de instrumento em retido, às fls. 161/164.

Contra-minuta ao agravo retido, apresentada pela impetrante, às fls. 167/170.

A seguir, vieram os autos à conclusão.

É o relatório.

DECIDO.

Insta destacar-se consubstanciar o “mandamus” a ação adequada para apuração do núcleo de irresignação da impetrante: com efeito, o rito compacto, célere e impediante de dilação probatória, inerente ao mandado de segurança, calca-se, em sua essência, para prosperar, na revelação de certeza fática, condutora da presunção ou não da liquidez do direito invocado.

Efetivamente, afigura-se suficiente a afirmação do direito líquido e certo da impetrante e, em plano probatório, exclusivamente documental, faz-se elementar, para que o necessário convencimento jurisdicional surja a respeito.

Ora, patente que dilação probatória não se faz necessária, seja em tese em esfera pericial e até através de inspeção judicial ou direta a respeito, no rumo da compreensão sobre os fatos a envolverem a ora impetrante, em seus misteres cotidianos, como assim almejado através desta demanda, esta exatamente a via adequada, como o consagram os pretórios da Nação, ante a índole do Mandado de Segurança, de ter por base provas pré-constituídas, de inadmitir dilação temporal probatória e de implicar na pré-existência de certeza fática sobre o que se afirma.

Ou seja, cuida-se, no caso vertente, de hipótese dotada da simplicidade, como se constata, o tema em cena.

Assim, afastada a alegação de inadequação da via eleita.

Realmente, a v. jurisprudência adiante destacada pacifica o indesculpável descumprimento regulamentador, pelo ente postal em questão, ao comando emanado do artigo 22 da Lei 6.538/78, seja pelo artigo 91 do Decreto 83.858/79, seja pelo artigo 6º da Portaria 311, nuclearmente porque ambos instituem permissivos de entrega postal quando ausente a capital posituação em lei sobre dito elastério, em relação aos mais recentes modos de habitação em ambientes cercados e dotados de portaria como no caso vertente (chame-se a isso ou não de um condomínio em lei regrado ou de um condomínio de fato, sem interferência na substância do debate, com efeito).

Deveras, desfrutando os substituídos da parte impetrante de domicílios dotados de máxima precisão, com elementos como o bairro, a rua, o número e o CEP, não dispõe a parte impetrada da autonomia que imagina para a econômica entrega, *data venia*, de todas as postais correspondências sem a física conduta de fazer, dever este a ser exercido perante as residências dos associados/moradores de dito condomínio, algo fundamental e que cabalmente inatendido, nos termos dos autos.

Neste exato sentido, os aqui antes referidos v. julgados:

TRF1 – AMS 200001000606274 – AMS – APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 200001000606274 – ÓRGÃO JULGADOR: QUINTA TURMA – DJ DATA: 22/03/2007 PÁGINA: 39 – RELATOR: JUIZ FEDERAL MARCELO ALBERNAZ (CONV.) MANDADO DE SEGURANÇA. ECT. ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIA NO INTERIOR DE CONDOMÍNIO. POSSIBILIDADE.

1. O serviço postal se qualifica como serviço público, devendo, por isso, atender ao princípio constitucional da eficiência (art. 37, CF/88), o qual impõe como regra a entrega das correspondências nos endereços de seus destinatários.

2. O art. 91 do Decreto 83.858/79 e o art. 6º da Portaria 311/99 do Ministério das Comunicações não respaldam o ato impugnado neste mandado de segurança, visto que as coletividades neles referidas são apenas aquelas que apresentam dificuldade considerável para a entrega individualizada das correspondências, geralmente pela presença de várias pessoas numa mesma edificação.

3. Remessa oficial e apelação da ECT não providas.

TRF4 – AC 200471100027074 – AC – APELAÇÃO CIVEL – ÓRGÃO JULGADOR: QUARTA TURMA – FONTE: DJ 18/10/2006 PÁGINA: 583 – RELATOR: EDGARD ANTÔNIO LIPP-MANN JÚNIOR

ECT. ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIA EM BLOCOS NO INTERIOR DE CONDOMÍNIO. INCIDÊNCIA DO CDC. Atendidas as exigências do art. 4º da Portaria nº 311/1998, do Ministério das Comunicações, descabe a alegação da ECT da impossibilidade da distribuição da correspondência no interior do condomínio. A ECT oferta e executa seus serviços mediante contraprestação pecuniária, amoldando-se perfeitamente ao conceito de fornecedora de serviço, previsto no art. 3º, § 2º da Lei nº 8.078/90. A distribuição da correspondência no interior do conjunto residencial torna-se imperiosa em virtude do dever de eficiência, ao qual está inexoravelmente adstrita a empresa pública demandada, a qual deve atender da melhor forma possível a população utente de seus serviços.

TRF5 – AMS 200280000053675 – AMS – Apelação em Mandado de Segurança – 83772 – Órgão julgador: Primeira Turma – DJ – Data: 29/08/2008 – Página: 581 – Nº: 167 – Relator: Desembargador Federal José Maria Lucena

APELAÇÃO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CORREIOS. ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIA. CAIXA RECEPTORA ÚNICA. LOTEAMENTO.

Trata-se de Mandado de Segurança contra ato do dirigente da EBCT, qual seja, a suspensão da entrega individual das correspondências nas residências englobadas pela Associação dos Proprietários do Jardim do Horto.

As correspondências passaram a ser entregues por meio de caixa receptora única, devido ao seu reputado enquadramento na previsão da Lei nº 6.538/79 e da portaria do Ministério das comunicações nº 311/98. Nesta lei há referência à prestação do serviço postal de forma concentrada apenas quanto a determinados edifícios não residenciais ou a condomínios verticais com mais de um pavimento.

A dificuldade de acesso às áreas internas de uma coletividade ou sua estrutura física não gera a instituição de um condomínio, ou seja, de uma pessoa jurídica, instantaneamente. Além do mais, a comunidade em tela possui feições de loteamento, possuindo escolas, Igrejas, vias internas, residências, afora os diversos códigos postais.

Poder-se-ia, sim, falar na entrega em caixa receptora única quanto às correspondências da própria associação, mas não as das residências pertencentes aos proprietários que a compõe, uma vez que esta pessoa jurídica tão-somente representa os interesses comuns daquela comunidade.

Evidenciada está a extrapolação do Poder Regulamentar na Portaria 311/98, em seu art. 6º, quando se refere a qualquer coletividade, pois há extensão da previsão normativa da Lei 6.538/78 que trata de forma taxativa as situações ensejadoras desta espécie de entrega única. Apelação e remessa obrigatória improvidas.

TRF3 – AC 200661100140029 – AC – APELAÇÃO CÍVEL – 1374030 – Órgão julgador: TERCEIRA TURMA – DJF3 CJ1 DATA: 04/08/2009 PÁGINA: 119 – RELATOR: JUIZ VALDECI DOS SANTOS

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. MONOPÓLIO POSTAL. ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIAS NO INTERIOR DE CONDOMÍNIO OU CONJUNTO FECHADO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.

...

4. No caso dos autos, os carteiros da ECT entregam a correspondência dos residentes no parque residencial na portaria da Associação de Moradores e esta se desincumbe da entrega

em cada uma das casas. Ora, trata-se de loteamento fechado, com condições de acesso e segurança para os empregados da ECT, ruas com denominação própria e casas numeradas, sendo perfeitamente possível a entrega individualizada da correspondência aos seus destinatários.

5. O disposto no artigo 6º da Portaria nº 311/68, não se aplica aos loteamentos ou condomínios horizontais, compostos de imóveis residenciais ou mistos e identificados por número próprio e quase sempre localizados em logradouros nominados e pavimentados, não oferecendo dificuldade para que a ECT desempenhe a atividade de entrega da correspondência, aliás, atribuição que lhe é própria, sendo inadequado transferi-la para ser cumprida por empregado do condomínio.

6. O simples ato de identificação de quem entra no condomínio não enseja qualquer prejuízo à ECT, mesmo no caso de rodízio de empregados ou contratação de novos, devendo a empresa fazer a entrega individualizada da correspondência em cumprimento ao contido no princípio da eficiência e por se tratar de dever legal.

7. Agravo retido não conhecido, apelação e remessa oficial, tida por submetida, a que se nega provimento.

Em outras palavras, tanto a Carta, vigente ao tempo daqueles preceitos de lei e regulamentador, quanto a atual Lei Maior (respectivamente artigos 85, II, e 87, parágrafo único, II), limitam a atuação do Executivo aos expressos limites da lei a respeito, indesculpável o constatado desando, como visto, superior se põe a procedência ao pedido, para o estabelecimento da entrega postal nos específicos endereços dos associados demandantes.

No que tange ao pedido de cadastramento individualizado de CEP, para cada uma das diferentes ruas do condomínio, o pedido não merece prosperar.

O CEP – Código de Endereçamento Postal – foi criado em 1971 única e exclusivamente para uso dos Correios, fls. 81, sendo que a coletividade Condomínio Flamboyant foi inserida na base de dados da ECT sob o nº 17213-350, fls. 83, segundo parágrafo, por ter sido incluído na categoria de “grandes usuários” pela Empresa Pública Federal, fls. 83, quarto parágrafo.

Em tudo e por tudo, pois, considerando o mais que dos autos consta, *ratificando-se a liminar* de fls. 113/120, *concedo em parte a segurança*, para determinar que a parte impetrada proceda à entrega das correspondências no condomínio, diretamente nas respectivas residências, não mais em sua portaria, na forma aqui estabelecida, desnecessário maior recolhimento de custas, fls. 41, ausente sujeição sucumbencial, face à via eleita.

Sentença sujeita a reexame necessário.

P.R.I.

Juiz Federal JOSÉ FRANCISCO DA SILVA NETO

AÇÃO ORDINÁRIA

0012226-31.2012.4.03.6100

Autor: LUIZ CARLOS MARTINS

Réus: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CREMESP E CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - CFM

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: JOÃO BATISTA GONÇALVES

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/02/2013

SENTENÇA

Vistos.

Trata-se de ação de rito ordinário ajuizada por LUIZ CARLOS MARTINS em face do CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CREMESP e CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - CFM, para declarar a nulidade da decisão proferida nos autos do Processo Administrativo Disciplinar n 6.215-306/04 que determinou a aplicação de penalidade de suspensão do exercício profissional por 30 (trinta) dias, prevista na letra “b” do artigo 22, da Lei nº 3.268/57.

Informa o autor tratar-se de renomado especialista em cirurgia plástica, premiado e reconhecido internacionalmente por suas técnicas desenvolvidas de gluteoplastia, sendo o autor do livro “Atlas da Gluteoplastia de Aumento”, onde tal técnica foi divulgada com teor científico.

Ocorre que no ano de 2002 concedeu entrevista para a revista denominada “Plástica & Beleza”, ocasião em que na qualidade de cirurgião discorreu a respeito da cirurgia plástica de aumento de glúteo, tratando de assunto de grande interesse público, divulgando-se informações médicas para esclarecer e educar a coletividade, e não com o fim de propaganda pessoal.

Em razão da mencionada entrevista, o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo instaurou processo administrativo disciplinar, apontando infração aos artigos 4º, 45, 104, 131, 132 e 142 do Código de Ética e Medicina Médica, por entender que a matéria não condizia com os preceitos éticos da medicina.

No julgamento administrativo, o relator teria se utilizado de palavras ofensivas, desviando-se dos princípios da motivação e da finalidade administrativa, deixando de observar ainda o disposto no artigo 22, parágrafo primeiro, da Lei nº 3.268/57, que impõe a gradação das penas.

Uma vez que a condenação à pena de suspensão do exercício profissional por 30 dias revestiu-se de nulidade, o autor recorreu ao Conselho Federal de Medicina, que, no entanto, manteve a penalidade que o autor entende abusiva e inconstitucional.

Esclarece que jamais foi alvo de condenação por erro médico ou conduta profissional atécnica, e que os outros processos éticos disciplinares mencionados no julgamento administrativo em análise referem-se à mesma entrevista, que foi fracionada e publicada em números subsequentes da revista.

Acrescenta que a paralisação de suas atividades profissionais pelo prazo de 30 dias, em razão de suposta publicação com caráter de autopromoção, configura pena excessiva, desproporcional, subjetiva e não condiz com a legislação aplicável à matéria.

Por fim, argumenta a urgência da medida pleiteada, em respeito aos seus pacientes,

sejam aqueles com cirurgia marcada, ou aqueles que já realizaram a cirurgia e dependem do autor para o seu pronto restabelecimento, considerando ainda a preservação do seu ilibado histórico profissional.

Às fls. 863/864 requereu a juntada da intimação, informando a suspensão do seu exercício profissional a partir de 01/08/2012.

Tutela antecipada indeferida às fls. 865/867. Houve interposição de agravo de instrumento nº 0022806-87.2012.403.0000 com efeito suspensivo deferido até a prolação da sentença (fls. 900/902).

Citado, o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo - CREMESP apresentou contestação e documentos, às fls. 909/933, sustentando não haver ilegalidade a ser sanada pelo Poder Judiciário no processo ético-disciplinar.

O Conselho Federal de Medicina - CFM às fls. 944/1301 contestou argüindo que o autor praticou os ilícitos éticos apurados e a decisão atacada encontra-se devidamente fundamentada e proporcional à gravidade dos fatos.

Os réus não requereram a dilação probatória (fls. 1313/1314 e 1315).

O autor ofereceu sua réplica, às fls. 1316/1321.

É o relatório. Decido.

Presentes os pressupostos processuais e condição da ação e não suscitadas preliminares, passo à análise de mérito dos pedidos conjuntamente.

A Constituição Federal estabelece, no inciso XIII do artigo 5, que é livre o exercício de qualquer profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. O exercício legal da medicina somente pode ser realizado por médico inscrito no respectivo Conselho Regional de Medicina (artigo 17 da Lei nº 3.268/57), que tem, dentre outras atribuições, a competência para fiscalizar o exercício da profissão e conhecer, apreciar e decidir os assuntos atinentes à ética profissional, tendo competência para aplicar aos profissionais penalidades cabíveis (artigo 15, *c* e *d*, da Lei nº 3.268/57).

No desempenho de suas atribuições, o CREMESP instaurou o processo disciplinar nº 6.215-306/04 para apuração de suposta conduta infracional do autor, conforme sindicância instaurada em 2002 (expediente 55.005/02 - fls. 1013 e 1024/1028). Uma vez notificado, o autor protocolou, em 16.03.06, defesa prévia (fls. 1055/1061) e, após processamento, em 22.08.09, foi lavrado Acórdão pela Câmara "C" de Julgamento do CREMESP, condenando o autor à "pena de suspensão do exercício profissional por 30 (trinta) dias" (fl. 1171). O autor interpôs, em 18.12.09, recurso ao E. Conselho Federal de Medicina, ao qual foi negado provimento, conforme Acórdão proferido em 07.12.11 (fls. 1240/1245), publicado no D.O.U. em 10.05.12 (fl. 1249).

Dispensável aprofundada análise dos fatos, na medida em que o autor não nega a sua ocorrência, divergindo apenas quanto às conclusões do julgamento. O mérito da lide, assim, restringe-se à avaliação quanto às conclusões, que o autor não considera razoável ou proporcional.

É de se considerar que nas infrações administrativas, cujos conceitos abertos admitem elasticidade, permite-se discreta margem de discricionariedade na interpretação do regramento ético estabelecido, o que deve ser convenientemente motivado.

Cabe ao Poder Judiciário, quando acionado, apreciar os limites da legalidade do julgamento. Considere-se, porém, que há parâmetros na apreciação dos atos discricionários, sob pena de se ferir o convencimento íntimo do julgador, que deve ser respeitado. Não é recomendável, assim, que o Poder Judiciário imponha-se, sem fundamentos inquestionáveis, como substituto

dos órgãos julgadores corporativos. Sobre os limites da discricionariedade e seu controle pelo Poder Judiciário, Maria Sylvia Zanella di Pietro leciona:

Com relação aos atos discricionários, o controle judicial é possível mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei.

Isto ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal. Daí por que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto. A rigor, pode-se dizer que, com relação ao ato discricionário, o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade; neste caso, pode o Judiciário invalidar o ato, porque a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade. (*Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 206)

Ao tratar das penalidades por práticas infracionais, a Lei nº 3.268/57 estabelece:

Art. 22. As penas disciplinares aplicáveis pelos Conselhos Regionais aos seus membros são as seguintes:

- a) advertência confidencial em aviso reservado;
- b) censura confidencial em aviso reservado;
- c) censura pública em publicação oficial;
- d) suspensão do exercício profissional até 30 (trinta) dias;
- e) cassação do exercício profissional, ad referendum do Conselho Federal.

§ 1º *Salvo os casos de gravidade manifesta* que exijam aplicação imediata da penalidade mais grave a imposição das penas obedecerá à gradação deste artigo. (g.n.)

A aplicação da penalidade administrativa, no caso dos autos, devidamente motivada na ética médica, decorre de ato discricionário do Conselho de Fiscalização Profissional, que tinha competência legal para tanto. A Lei nº 3.268/57 prevê as penas aplicáveis, mas delega ao órgão responsável a averiguação da gravidade da conduta para dosagem da sanção. A aplicação das penas não é algo de escalonamento rígido, como pretende o autor, na medida em que a lei expressamente ressalva a aplicação imediata de penalidade mais severa, quando o julgador assim entender, proporcionalmente aos casos de maior gravidade.

Em instância administrativa, o CREMESP abriu sindicância, colheu provas pertinentes e determinou as conclusões que lhe pareceram adequadas, resultando na ordem de suspensão do exercício profissional, o que posteriormente foi confirmado pelo CFM. Na medida em que os fatos são incontroversos e as infrações existentes, cabe apenas a verificação da razoabilidade e proporcionalidade da sanção aplicada.

Nesse sentido, lembro os seguintes precedentes jurisprudenciais:

CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. APLICAÇÃO DE MULTA EXCESSIVA. MAJORAÇÃO POR RESOLUÇÃO. ILEGALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. INEXEQUIBILIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO. (...) 3. Não cabe ao Judiciário dosar a penalidade imposta, sob pena de invadir o mérito do ato administrativo

discricionário, o que conduz, necessariamente, à conclusão de que a Certidão de Dívida Ativa carece de exequibilidade. 4. Apelação e Remessa Oficial improvidas. (TRF1, 8ª Turma, REO 200001991167811, relatora Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, d.j. 20.03.04)

DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROCESSO ÉTICO DISCIPLINAR. JULGAMENTO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. REDUÇÃO DA PENALIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 22, § 1º, LEI 3.268/57. PROPORCIONALIDADE DA MEDIDA. “GRAVIDADE MANIFESTA”. PODER DISCRICIONÁRIO DO ÓRGÃO JULGADOR. IMPROVIMENTO. 1. O tema em discussão diz respeito à possível invalidade da aplicação da penalidade de censura no âmbito do Conselho Federal de Medicina (CFM), (...) 2. A ação civil pública foi proposta com objetivo de proteção de interesses coletivos referentes ao direito à saúde da população, bem como à aplicação escorreita da Lei nº 3.268/57 referente à organização e funcionamento dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina no território brasileiro. O Ministério Público Federal, na condição de instituição que defende a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis, deve sempre atuar e intervir nas causas em que se apresente o interesse público. (...) 4. A norma jurídica não define, aprioristicamente, o conceito ou a noção de casos de gravidade manifesta, atribuindo maior grau de discricionariedade ao julgador na avaliação do caso concreto. Na realidade, a regra é exatamente a observância da gradação prevista no *caput* do referido art. 22. 5. Em se verificando infração funcional, podem ser aplicadas as seguintes penalidades ao médico profissional: a) advertência confidencial em aviso reservado; b) censura confidencial em aviso reservado; c) censura pública em publicação oficial; d) suspensão do exercício profissional até 30 (trinta) dias; e) cassação do exercício profissional ad referendum do Conselho Federal. 6. Não se trata de escolha arbitrária por parte do julgador, mas atentando-se à proporcionalidade quanto aos fatos que ensejarem a punição ético-disciplinar. Assim, o raciocínio deve ser o da necessária e bem fundamentada decisão para excepcionar a regra do *caput* do art. 22, da Lei n 3.268/57 e, assim, permitir a aplicação da pena mais grave (a saber, a cassação d ação no sentido da observância da proporcionalidade prevista no art. 22, *caput*, porquanto, a despeito do reconhecimento da gravidade dos fatos imputados aos apelados, tal gravidade não foi considerada de tal natureza ou de tal ordem a ensejar a penalidade máxima no âmbito do poder disciplinar do Conselho Federal de Medicina. 8. O art. 22, da Lei nº 3.268/57 não autoriza que se restaure o teor do julgamento do CREMERJ quanto à aplicação da penalidade de cassação, eis que nestes casos é obrigatória a submissão do julgamento ao referendo do Conselho Federal (alínea e, do art. 22, *caput*). Não considero que tenha sido violado qualquer princípio constitucional ou de Direito Administrativo a respeito da aplicação da sanção administrativa que, como visto, observou a proporcionalidade e os critérios aplicáveis à imposição de penalidade. (...) 10. Os casos de vício ou defeito dos atos administrativos devem ser tratados de maneira excepcional, eis que há a presunção de legitimidade dos atos da Administração Pública. Assim, não havendo arbítrio, e sim discricionariedade na concretização e reconhecimento dos critérios e parâmetros a serem considerados na dosimetria da penalidade administrativa, não há como acolher a tese de que teria ocorrido violação à teoria dos motivos determinantes, defendida pelo autor da ação civil pública. 11. Remessa necessária e recurso conhecidos e improvidos. (TRF2, 6ª Turma Especializada, AC 200151010121069, relator Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama, d.j. 14.06.10)

ADMINISTRATIVO. CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. PROCESSO ÉTICO-DISCIPLINAR. CREMESP E CFM. ALEGAÇÕES DE NULIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA. LEI Nº 3.268/57, ART. 22, § 1º. FALTA DE MOTIVAÇÃO PARA IMPOSIÇÃO DE PENALIDADE MAIS GRAVOSA. ILEGALIDADES VERIFICADAS. 1. Diante da fundamentação adotada pela relatora do processo disciplinar, que culminou na punição de médico por infringência aos arts. 4º, 77 e 78 do Código de Ética Médica, com imposição da penalidade de censura pública em

publicação oficial (Lei nº 3.268/57, art. 22, c), à qual nada foi acrescido pelo Conselheiro Revisor, tão pouco pelo CFM, é de ser reconhecida a ilegalidade decorrente da inobservância do disposto no § 1º, do art. 22, acima transcrito. 2. Não se desconhece que o Conselho tem o poder discricionário de apurar o mérito administrativo e impor a penalidade correspondente, dentre aquelas elencadas pelo legislador. 3. Porém, no caso da Lei nº 3.268/57, o § 1º, do art. 22 é claro no sentido de que tal imposição deve observar a gradação das penas, salvo casos de gravidade manifesta. 4. Tal o contexto, evidentemente que para impor a penalidade mais gravosa, necessária motivação explícita acerca do ponto e o que se viu da conclusão da Relatora é exatamente o inverso, pois aponta várias atenuantes, como se a gravidade fosse a regra. 5. Ao contrário, a gravidade não se presume, deve ser expressamente salientada e demonstrada, em ordem a justificar a punição mais gravosa, o que não ocorreu no caso, máxime à vista das considerações da própria relatora, que enfatiza mais de uma vez uma culpabilidade minorada. 6. Aqui, portanto, não se cuida de analisar o mérito da mensuração da sanção administrativa, a qual compete exclusivamente ao administrador, pois o Judiciário limita-se à análise da legalidade do ato praticado, o que não foi observado no caso concreto, ante o descumprimento do disposto no § 1º, do art. 22, da Lei nº 3.268/57. (...) (TRF3, AC 200361000289490, relator juiz federal convocado Roberto Jeuken, d.j. 12.08.10)

Nos termos do Acórdão da Câmara “C” de Julgamento do CREMESP, o autor foi julgado culpado, e condenado por unanimidade à pena de suspensão por 30 (trinta) dias. Dispõe o Código de Ética Médica aprovado pela Resolução nº CFM nº 1246/88:

Art. 4º - Ao médico cabe zelar e trabalhar pelo perfeito desempenho ético da Medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão.

(...)

É vedado ao médico:

Art. 104 - Fazer referência a casos clínicos identificáveis, exibir pacientes ou seus retratos em anúncios profissionais ou na divulgação de assuntos médicos em programas de rádio, televisão ou cinema, e em artigos, entrevistas ou reportagens em jornais, revistas ou outras publicações legais.

Art. 131 - Permitir que sua participação na divulgação de assuntos médicos, em qualquer veículo de comunicação de massa, deixe de ter caráter exclusivamente de esclarecimento e educação da coletividade.

Art. 132 - Divulgar informação sobre o assunto médico de forma sensacionalista, promocional, ou de conteúdo inverídico.

(...)

Art. 142 - O médico está obrigado a acatar e respeitar os Acórdãos e Resoluções dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina.

A gravidade da infração está apontada no voto condutor do julgamento da 5ª Turma do Tribunal Superior de Ética Médica do CFM (fl. 1231/1245):

(...)

A justificativa de que não foi procurado pela revista para a aprovação da matéria e que a publicação desta foi alheia a sua vontade e conhecimento carece de comprovação e atesta mais uma vez o descaso para com as normas emanadas por este Conselho. Normas estas já bem conhecidas do apelante, que à época já respondia a outros processos no CRM por fatos semelhantes.

Destarte, a intensidade da pena aplicada, alínea “D”, se justifica plenamente, pois o apelante não é primário, já tendo sido apenado no CRM por infração aos mesmos artigos. (g.n.)

Tenho que a fundamentação expressa pelo CREMESP, e também pelo CFM, são suficientes a demonstrar o cabimento da pena aplicada, guardando razoabilidade e proporcionalidade com a demonstrada gravidade dos fatos apurados, tendo o autor transformado casos profissionais em espetáculo de mídia, o que é vedado pela ética médica.

Os médicos devem obediência ao seu Código de Ética. Deles se espera seriedade, não apenas no âmbito da comunidade médica, como também na conduta pública. O comportamento do autor no presente caso, como explicitado no julgamento, não ficou restrito à comunidade médica, mas se estendeu ao público em geral. A conduta infracional, evidentemente, mostrou-se mais gravosa na medida em que, apoiada em renome e qualificação técnica, foi dotada de potencial para gerar efeitos públicos, vulgarizando a profissão médica. Destarte, pelos fundamentos da decisão lavrada não considero ilegítima a pena aplicada na questionada decisão condenatória.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, nos termos do artigo 269, I do Código de Processo Civil, *julgo improcedente* o pedido.

Condeno o autor no pagamento de honorários advocatícios que arbitro em 20% (vinte por cento) do valor de cada causa, a ser rateado entre os réus. Custas *ex lege*.

Tendo em vista a interposição do Agravo de Instrumento nº 0022806-87.2012.403.0000, comunique-se o teor desta ao E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

P.R.I.C.

São Paulo, 28 de janeiro de 2013.

Juiz Federal JOÃO BATISTA GONÇALVES

