

Sentenças



PROCEDIMENTO COMUM

0017600-09.2004.4.03.6100

Autora: RR DONNELLEY MOORE EDITORA E GRÁFICA LTDA.

Ré: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP

Juíza Federal: ANA LÚCIA PETRI BETTO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/11/2019

SENTENÇA

Trata-se de ação ordinária ajuizada por *RR DONNELLEY MOORE EDITORA E GRÁFICA LTDA.* em face da *UNIÃO FEDERAL*, em que pretende a autora a anulação do crédito tributário consubstanciado no processo administrativo nº 10882.000014/00-36, com o cancelamento da inscrição em dívida ativa nº 80.6.04.047495-07.

Relata, em síntese, que, em 13/01/2000, foi lavrado o auto de infração que deu origem ao processo administrativo nº 10882.000014/00-36, exigindo o recolhimento de CSL relativamente aos meses de março, abril e maio de 1995, acrescidos de multa de ofício de 75% e juros de mora, em razão de compensação indevida de base de cálculo negativa de exercícios anteriores.

Narra que exauriu a via administrativa, sem sucesso.

Pugna pelo reconhecimento da decadência, já que o auto de infração foi lavrado somente em janeiro de 2000. Aponta que a base de cálculo negativa da CSL foi apurada em dezembro de 1992 e informada em janeiro de 1993, na Declaração de Rendimentos entregue pela autora em 28/08/1994. No mérito, requer o reconhecimento do princípio da verdade material. Alega que a exigência não poderia prevalecer, uma vez que a suposta insuficiência de saldo negativo de CSL decorreu de erro cometido pela autora no preenchimento da Declaração de Rendimentos do período-base de 1992. Sustenta que deixou de preencher o Anexo 8 da declaração, bem como quadro 3 do Anexo 4, de maneira que não teria constado da declaração em campo próprio a base de cálculo negativa da contribuição. Ressalta que a base negativa de CSL do período-base de 1992 seria suficiente a suportar a base de cálculo dos meses de março, abril e maio de 1995. Aduz violação ao artigo 195, I da CF e artigos 43 e 110 do CTN, além da Lei 7.689/88. Requer, ainda, o afastamento da exigência de SELIC sobre a multa e o afastamento da utilização da taxa SELIC como índice para cômputo dos juros de mora.

A inicial foi instruída com documentos.

Determinada a citação, a União apresentou contestação (fls. 208/219), apontando que o auto de infração decorre de declaração de rendimentos correspondentes ao ano-calendário de 1995 (DIRJ/96), na qual constatou-se a compensação indevida da base de cálculo da CSL. Aduz que inexistem documentos capazes de atestar a base de cálculo negativa no exercício de 1993, ano-calendário 1992. Sustenta que os juros de mora na multa moratória são calculados conforme permissivo legal, qual seja, o artigo 84 da Lei 8981/94, além de apontar a legalidade da taxa SELIC. Quanto à decadência, afirma que não é possível o seu reconhecimento, uma vez que os fatos geradores aconteceram em 1995, enquanto que o lançamento ocorreu em 2000.

A parte autora manifestou-se em réplica (fls. 249/266).

Foi deferida a produção da prova pericial requerida pela parte autora (fl. 289). Com a juntada da cópia integral do procedimento administrativo, e apresentados os quesitos do autor, quedando-se inerte a ré, os trabalhos periciais foram iniciados.

O perito apresentou laudo às fls. 676/695, concluindo, em suma, que a autora possuía saldo negativo de CSL no ano-base de 1992, tendo havido a falta de preenchimento dos anexos da DIPJ. Por sua vez, aponta que o valor era suficiente para compensar a contribuição devida em 03/1995 e em 04/1995, mas não em 05/1995. Com relação a este período, indica que a própria autora apurou a diferença e efetuou um recolhimento, o qual, segundo suas conclusões, não foi integral. A autoridade fiscal, entretanto, não teria levado em consideração o valor pago pela demandante. Constata, por fim, que foram calculados não só juros sobre os tributos lançados, mas também sobre a multa de ofício.

A parte autora manifestou-se às fls. 842/847.

Sobreveio sentença às fls. 864/866. Interposta apelação pela União o provimento judicial foi anulado, por cerceamento de defesa.

Com o retorno dos autos a este Juízo, a ré manifestou-se às fls. 1145/1148, concordando com alguns pontos do laudo, em especial no que diz respeito à cobrança dos juros na multa de ofício.

O autor, por sua vez, formulou pedido de antecipação de tutela, indeferido às fls. 1183/1184. Foi interposto agravo de instrumento em face desta decisão (fs. 1210/1214). A comunicação da decisão em sede recursal foi juntada às fls. 1224/1227 e 1284/1292.

Prestados esclarecimentos adicionais pelo perito às fls. 1216/1221, os quais foram reificados às 1234/1247, a respeito dos quais as partes se manifestaram (fls. 1303/1373 e fls. 1378/1395).

A decisão às fls. 1396/1398 determinou a conversão do feito em diligência, para realização de nova perícia, uma vez que *“o conteúdo do laudo deixa claro que lastreou suas conclusões apenas no que foi declarado pela autora, o que, à evidência, não satisfaz o questionamento acerca da efetiva escrituração de valores que possam demonstrar que a autora possuía base de cálculo negativa de CSL no período-base de 1992”*.

Foram apresentados quesitos complementares pelo autor (fls. 1403/1405) e réu (fls. 1413/1414).

Apresentado novo laudo pericial às fls. 1436/1479.

Com as manifestações do autor (fls. 1484/1498) e da União (fls. 1531/1536), foram prestados esclarecimentos pelo perito às fls. 1539/1553.

Intimados, a requerente concordou com o laudo (fls. 1556/1557), enquanto que a ré informou sua discordância (fls. 1564/1569).

O perito trouxe novas explicações às fls. 1572/1577, a respeito dos quais houve manifestações das partes às fls. 1582, 1584/1593 e 1596/1600.

Os autos vieram conclusos para sentença.

É o relatório. Decido.

De início, deve-se afastar a decadência alegada pela parte autora.

Nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, nos quais o contribuinte deverá calcular e declarar o quanto deve, antecipando o pagamento, a decadência, em regra, segue o previsto pelo §4º do artigo 150 do CTN:

“Artigo 150 § 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”

Por sua vez, na hipótese do contribuinte não efetuar nenhum pagamento, a decadência será regida pelo artigo 173, I do CTN:

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;”

Nesse sentido, o E. Superior Tribunal de Justiça:

“(...) Havendo pagamento, ainda que não seja integral, estará ele sujeito à homologação, daí porque deve ser aplicado para o lançamento suplementar o prazo previsto no § 4º desse artigo (de cinco anos a contar do fato gerador). Todavia, não havendo pagamento algum, não há o que homologar, motivo porque deverá ser adotado o prazo previsto no art. 173, I, do CTN.” (STJ. 2ª Turma. AgRg no REsp 1277854/PR, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 12/06/2012)

No presente caso, sob qualquer ângulo que se analise a questão, não há que se falar em decadência.

Com efeito, o auto de infração foi lavrado em *janeiro de 2000, exigindo o recolhimento de CSL relativamente aos meses de março, abril e maio de 1995*; portanto, dentro do prazo de cinco anos, qualquer que seja o termo inicial da contagem.

Ademais, ao contrário do que sustenta a demandante, a autuação não determina o recolhimento do tributo relativo ao período-base de 1992. Nesse sentido, conclui que houve a compensação indevida, em março, abril e maio de 1995, de base de cálculo negativa de exercícios anteriores, não informada na declaração de 1992.

Superada a questão prejudicial, passo ao exame do mérito.

O cerne da lide consiste em verificar se, de fato, havia saldo negativo de CSL no período base de 1992, apto a ser utilizado para compensar os créditos apurados em março, abril e maio de 1995.

Nesse sentido, é incontroverso que a insuficiência de saldo negativo de CSL apurada pela fiscalização decorre de erro cometido pela própria autora no preenchimento da Declaração de Rendimentos do período-base de 1992, ao deixar de completar o Anexo 8 da declaração, bem como o quadro 3 do Anexo 4.

A reconstituição seria possível a partir da apresentação, pela autora, dos documentos contábeis, em especial o Livro Diário/Razão.

Entretanto, como alega em sua petição inicial, o estabelecimento que continha os livros foi destruído por incêndio, em 1995, conforme Boletim de Ocorrência (fls. 101/102). Oportuno destacar que o evento foi noticiado à praça em jornal de grande circulação (fl. 103) e informado à Secretaria da Receita Federal (fl. 77).

Assim, resta indagar se, a partir dos outros dados contidos nas declarações enviadas dos anos-base de 1992 e 1993, seria possível reconstituir os elementos que deveriam ter constado do Anexo 8 e do quadro 3 do Anexo 4.

A Lei 7.689/88 define a base de cálculo da CSL, que, por ocasião do fato gerador, tinha a seguinte redação:

“Art. 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo:

- a) será considerado o resultado do período-base encerrado em 31 de dezembro de cada ano;
- b) no caso de incorporação, fusão, cisão ou encerramento de atividades, a base de cálculo é o resultado apurado no respectivo balanço;
- c) o resultado do período-base, apurado com observância da legislação comercial, será ajustado pela: (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)
 - 1 - adição do resultado negativo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)
 - 2 - adição do valor de reserva de reavaliação, baixada durante o período-base, cuja contrapartida não tenha sido computada no resultado do período-base; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)
 - 3 - adição do valor das provisões não dedutíveis da determinação do lucro real, exceto a provisão para o Imposto de Renda; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)
 - 4 - exclusão do resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor de patrimônio líquido; (Redação dada pela Lei nº 8.034, de 1990)
 - 5 - exclusão dos lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita; (Incluído pela Lei nº 8.034, de 1990)
 - 5 - exclusão dos lucros e dividendos derivados de participações societárias em pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil que tenham sido computados como receita; (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)
 - 6 - exclusão do valor, corrigido monetariamente, das provisões adicionadas na forma do item 3, que tenham sido baixadas no curso de período-base. (Incluído pela Lei nº 8.034, de 1990)”

Nesse contexto, foi elaborado o laudo pericial de fls. 1436/1479 e fls. 1539/1553, por “expert” equidistante das partes, o qual concluiu que o montante apurado para a base de cálculo da CSL, caso a documentação juntada pela parte autora seja considerada válida, corresponde ao saldo negativo de Cr\$96.770.073.020,00 (fl. 1476).

Ressalta-se, por oportuno, que o juiz não está adstrito às conclusões do laudo pericial, podendo valorar a prova de acordo com o princípio do livre convencimento motivado (artigo 479 do CPC).

No caso, as próprias conclusões do perito ressaltam que efetuou a mera conferência matemática das demonstrações apresentadas pela autora, cabendo ao magistrado avaliar a suficiência e idoneidade da documentação apresentada.

Com efeito, para a elaboração do seu trabalho, restou evidenciado que o perito utilizou os elementos apresentados pela demandante, em especial o Anexo 7 da Declaração do Ano de 1993 (período-base 1992) e o Anexo 3 da Declaração do Ano de 1994 (período-base 1993).

Entretanto, como bem ressaltado pela parte ré, às fls. 1307/1308, sem a documentação contábil correlata, não há como efetuar o adequado preenchimento do Anexo 8 e do quadro 3 do Anexo 4, uma vez que *os seguintes elementos não existem na Demonstração do Lucro Real (Anexo 7):*

Adições

- Reserva de Reavaliação Baixada e não computada no resultado;
- Parcela dos lucros de contratos de construção por empreitada ou fornecimento celebrados com PJ de direito público;
- Outras adições

Exclusões

- Reversão dos saldos das provisões não dedutíveis
- Parcela dos lucros de contratos de construção por empreitada ou fornecimento

Ainda, às fls. 1590/1593, depreende-se que, com relação às rubricas “provisões não dedutíveis”, “encargos de depreciação/amortização/exaustão/baixa de bens dif. IPC/BNF” e “reversão das provisões não dedutíveis”, não se pode aferir a distribuição mensal dos valores, ante a ausência da escrituração contábil. No mesmo sentido, não é possível indicar os montantes das “outras exclusões conforme livro LALUR” e nem das “outras adições para CSLL”.

Desse modo, muito embora a parte autora requeira a aplicação do princípio da verdade material ao presente caso, é impossível, sem a correlata documentação fiscal, o preenchimento idôneo do Anexo 8 e do quadro 3 do Anexo 4 da Declaração de 1992.

Por outro lado, resta claro que a fiscalização não considerou o pagamento efetuado pela autora, no importe de R\$54.216,17 (fl. 831). Embora alegue que o recolhimento teria sido realizado com o código de pagamento incorreto (fl. 983), tendo em vista que o montante foi efetivamente revertido em favor dos cofres públicos, deve ser levado em consideração pela autoridade fazendária.

Não se vislumbra, a seu turno, ilegalidade na utilização da SELIC para a atualização monetária do crédito tributário, sendo, contudo, vedada a cumulação com qualquer outro índice, já que, por sua natureza híbrida, engloba tanto a correção monetária quanto os juros de mora (REsp nº 111.175).

Quanto ao afastamento da exigência de SELIC sobre a multa, assevera-se que a própria ré aquiesceu com o pleito (fl. 983), não havendo maiores digressões a serem feitas sobre o tema.

Por fim, ressaltando o entendimento anterior deste juízo, é evidente a inconstitucionalidade da percepção dos honorários sucumbenciais por parte dos advogados públicos (artigos 85§19º, do CPC c/c artigos 27 a 36 da Lei 13.327/2016).

Com efeito, a remuneração dos membros da Advocacia Pública ocorre com base no “regime de subsídio”, estabelecido pela Emenda Constitucional 19/1998 (arts. 39, §§4º e 8º c/c art. 135, ambos da CF), o qual prevê que os servidores organizados em carreira devem ser remunerados exclusivamente por meio de subsídio em parcela única, como é o caso dos advogados públicos.

É vedado, assim, o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de remuneração, ou qualquer outra espécie remuneratória, à exceção das verbas indenizatórias e daquelas previstas no §3º do art. 39 da CF (décimo terceiro salário, adicional noturno, salário família, etc).

Por sua vez, ao se falar em parcela única, resta claro que o constituinte derivado proibiu a divisão do subsídio em duas partes, uma fixa e outra variável.

Sob qualquer ângulo que se analise a questão, é absoluta, pois, a incompatibilidade entre o regime de subsídio com o recebimento de honorários sucumbenciais por parte dos advogados públicos.

Afinal, os honorários ostentam nítido caráter remuneratório e de contraprestação de serviços prestados no curso do processo, até mesmo estando sujeitos a incidência de imposto de renda (Lei 13.327/16).

Permitir que tais servidores públicos possam perceber honorários como uma verba privada, diversa do subsídio, conduziria à inevitável conclusão de que os valores não estariam sujeitos ao teto constitucional, fomentando uma situação de privilégio e de desequilíbrios não justificáveis em um contexto republicano.

Ademais, é falaciosa qualquer alegação no sentido de que a verba honorária não seria verba pública, pois sempre ingressou nos cofres públicos sem qualquer condicionamento de posterior restituição ou recuperação de empréstimos ou valores cedidos pelo governo.

Imperioso destacar que é a Administração que arca com todas as despesas físicas e de pessoal necessárias ao desempenho das atribuições dos advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional, Procuradores Federais, do Banco Central do Brasil, havendo nítido conflito de interesses entre o ente estatal e o advogado público.

É certo, ainda, que tais agentes são muito bem remunerados para desempenhar suas funções institucionais, por meio dos subsídios, como previsto pela Constituição.

Não se pode admitir, assim, que a pretexto da execução de uma receita privada, os patronos executem a cobrança em juízo revestidos na qualidade de agentes públicos.

A utilização da estrutura física e de pessoal da Advocacia- Geral de União para o exercício de uma pretensão privada viola, pois, os princípios basilares da Administração Pública, em especial a moralidade e a impessoalidade.

Convém ressaltar que a inconstitucionalidade da destinação dos honorários de sucumbência aos advogados públicos já foi reconhecida no âmbito do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em incidente próprio (autos nº 0011142-13.2017.4.02.0000).

Em conclusão, admitir a percepção dos honorários de sucumbência por parte dos advogados públicos conduziria ao sepultamento do princípio republicano, em uma aberrante sobreposição de interesses particulares sobre o interesse público, com o qual essa magistrada não pode anuir.

Pelo exposto, declaro, “incidenter tantum”, a inconstitucionalidade do §19º do art. 85 do CPC e dos arts. 27 a 36 da Lei 13.327/16, de modo que a quantia devida a título de honorários deverá ser destinada ao Tesouro Nacional.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a demanda, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil, apenas para determinar que a ré considere o recolhimento de R\$54.216,17 (fl. 831) efetuado pela autora e que seja afastada a exigência de SELIC sobre a multa arbitrada no processo administrativo nº 10882.000014/00-36.

Tendo em vista a sucumbência mínima da ré, condeno a parte autora ao pagamento da integralidade de custas e honorários advocatícios, nos termos do art. 86, parágrafo único, do CPC/2015, fixando a verba honorária conforme os percentuais mínimos do artigo 85§3º do CPC/2015, sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, parágrafos 4º, III e 5º do CPC/2015.

Os honorários devidos à parte vencedora deverão ser destinados ao Tesouro Nacional, sendo vedada a destinação da verba a membro da advocacia pública ou ao Conselho Curador de Honorários Advocatícios, nos termos da fundamentação.

Após o trânsito em julgado, oportunamente, dê-se baixa e arquivem-se, observadas as formalidades legais.

Sentença não sujeita ao duplo grau de jurisdição, nos termos do artigo 496, §3º, I do CPC/2015.

P.R.I.C.

São Paulo, de outubro de 2019.

Juíza Federal Substituta ANA LÚCIA PETRI BETTO

PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

0007129-45.2016.4.03.6315

Autora: MAGDA CONCEIÇÃO GALLAO

Ré: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DE SO-ROCABA - SP

Juiz Federal: PEDRO HENRIQUE MEIRA FIGUEIREDO

Disponibilização da Sentença: INTIMAÇÃO 16/12/2019

SENTENÇA

Trata-se de ação proposta por MAGDA CONCEIÇÃO GALLAO em face da UNIÃO (FAZENDA NACIONAL), na qual se pleiteia: (a) a cessação da incidência de imposto de renda, na forma do art. 3º da Lei nº 13.315/2016, sobre seus proventos de aposentadoria; (b) a devolução dos valores retidos mensalmente na aludida sistemática, a título de imposto de renda, desde março de 2016.

Citada, a parte ré ofereceu contestação, em que se opôs à pretensão da parte autora.

É o que basta relatar, à vista do disposto no art. 38 da Lei nº 9.099/1995.

I – FUNDAMENTAÇÃO

Estando presentes os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo e não havendo necessidade de produção de outras provas, passo ao julgamento *antecipado* (*rectius*: imediato) do mérito, nos termos do art. 355, I, do Código de Processo Civil.

O art. 165 do Código Tributário Nacional disciplina as hipóteses autorizadoras de repetição do indébito tributário. Confira-se:

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à *restituição total ou parcial do tributo*, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de *tributo indevido ou maior que o devido* em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - *erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento*;

III - *reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória*.

Quanto à hipótese de inexigibilidade do tributo, vale destacar que, de acordo com o art. 3º da Lei nº 6.830/1980, os créditos fiscais (tributários ou não tributários) constituídos e regularmente inscritos na dívida ativa gozam da *presunção de certeza e liquidez*. Por tal motivo, a impugnação, pelo contribuinte, da validade do crédito pressupõe, para o seu êxito, que seja evidenciada ilegalidade no procedimento adotado pela Fazenda Pública para sua constituição, por meio de prova *inequívoca* (documental e/ou pericial).

No caso concreto, a pretendida declaração de inexigibilidade do Imposto sobre a Renda, com a consequente anulação dos lançamentos fiscais até então empreendidos mediante retenção em seus proventos de aposentadoria e condenação à repetição do indébito, se funda em alegada quebra da isonomia no tratamento de brasileiros residentes no exterior.

Com razão a parte autora.

Em primeiro lugar, verifico que a incidência de Imposto sobre a Renda, retido na fonte, sobre os proventos de aposentadoria da parte autora, à alíquota de 25%, no ano de 2016, violou, a um só tempo, os princípios da *legalidade* e da *irretroatividade* tributária.

Quanto à legalidade, a Constituição da República, em seu art. 150, I, dispõe ser vedado à União “*exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça*”. E, no caso concreto, depreendendo que a fixação da alíquota de 25% sobre proventos de aposentadoria equivalente ao *salário mínimo*, em período anterior à publicação da Lei nº 13.315/2016 (*março a junho*), se deu à míngua de qualquer *ato normativo primário* nesse sentido – com o qual não se confundem os Regulamentos do Imposto sobre a Renda, sucessivamente editados pelo Poder Executivo na forma do art. 84, IV, *in fine*, da Constituição da República.

Com efeito, antes da publicação da Lei nº 13.315/2016, o art. 7º da Lei nº 9.979/1999, ao tratar da tributação diferenciada de brasileiros residentes no exterior, se limitava aos fatos geradores consistentes nos “*rendimentos do trabalho, com ou sem vínculo empregatício, e os da prestação de serviço*”, nada dispondo sobre os *proventos* de qualquer natureza (caso das aposentadorias). Desse modo, à tributação sobre as aposentadorias pelo RGPS usufruídas no exterior deveria ser aplicada a *regra geral*, com observância da faixa de isenção e das alíquotas progressivas (art. 1º, IX, da Lei 11.482/07). Não fosse assim, não haveria sentido na alteração legislativa empreendida pela Lei nº 13.315/2016, que nada mais fez no referido artigo da Lei nº 9.979/1999 que acrescentar as expressões “*aposentadoria*” e “*pensão*”.

No tocante à irretroatividade, é sabido que à União não é dado cobrar tributos “*em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado*” (art. 150, III, *a*, da CRFB). Não obstante, verifico no caso concreto que, mesmo a Lei nº 13.315/2016 tendo estabelecido o início da vigência de seu art. 3º em *1º de janeiro de 2017* (art. 5º, I), restou efetuada a incidência do IRPF, retido na fonte, à alíquota de 25%, já no mês de *julho de 2016*.

Em segundo lugar, ainda que considerado o período de vigência da alteração legislativa (Lei 13.315/16), tenho que a incidência do IRPF nos moldes praticados pelo Fisco sobre a parte autora *carece de amparo constitucional*.

Da leitura do art. 3º da Lei nº 13.315/2016, no trecho pertinente à matéria em exame, verifico que o único *discrímen* utilizado pelo legislador para justificar a taxação diferenciada do IRPF foi o do *local de residência*. Nada tratou sobre capacidade contributiva ou qualquer um dos atributos que, ainda que de forma mediata, integram um dos elementos do aludido tributo sobre a renda.

Desse modo, a tributação efetuada afronta diretamente o que disposto no art. 150, II, da Constituição da República, o qual trata do princípio da isonomia no plano tributário. Segundo o aludido dispositivo legal, é vedado à União “*instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos*”. O simples fato de o contribuinte residir nos Estados Unidos da América (ou em qualquer outro país de qualquer continente) não traduz, por si só, qualquer circunstância juridicamente relevante para fins de tributação diferenciada de sua renda.

Mas há mais.

Ao prever a taxação dos aposentados em *alíquota única*, no elevado patamar de 25%, olvidou o legislador da necessidade de observância do caráter *progressivo* do Imposto sobre a

Renda, de modo a abarcar, com maior espectro, o princípio constitucional da capacidade contributiva. Nesse sentido é expresso o art. 153, § 2º, I, da Constituição da República, ao prever que o Imposto sobre a Renda “*será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei*”.

O caso concreto, aliás, é sintomático e bem representa a nulidade do ato praticado pelo Fisco mês a mês.

É que a parte autora auferia benefício previdenciário no valor de *um salário mínimo*. Assim, o mero fato de residir em país distinto fez com que seus proventos mensais fossem retirados da faixa de *isenção tributária* (art. 1º, IX, da Lei 11.482/07), aplicável a todos os brasileiros e também aos *estrangeiros* aqui residentes, para serem glosados à *alíquota de 25%*.

Beira, pois, a situação de *confisco*, visto que o salário mínimo, como diz a própria nomenclatura, destina-se a garantir um mínimo de dignidade à pessoa humana. Tolher-se *um quarto* de tais valores, sem que se tenha uma justificativa amparada normativamente para a efetuação do *discrimen* em relação aos demais brasileiros na mesma situação socioeconômica, carece totalmente de razoabilidade, desnaturando por completo a própria noção de capacidade contributiva em matéria tributária.

Sobre o tema, colaciono o seguinte julgado:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. INCIDÊNCIA SOBRE OS VALORES DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DO RGPS PAGO A PESSOA RESIDENTE NO EXTERIOR. ALÍQUOTA DE 25%. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO ART. 7º DA LEI 9.779/99. ILEGALIDADE DE SUA COBRANÇA POR ATO NORMATIVO INFERIOR. INCLUSÃO DOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA E PENSÃO PELA LEI 13.313/2015. INCONSTITUCIONALIDADE. APLICAÇÃO DAS MESMAS REGRAS TRIBUTÁRIAS AOS RESIDENTES NO BRASIL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO DAS DIFERENÇAS DEVIDAS.

1. É *ilegal* a retenção do Imposto de Renda na fonte à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor do benefício de aposentadoria previdenciária do RGPS pago a pessoa residente no exterior *antes do início da vigência do artigo 3º da Lei n. 13.315/2015, ocorrido em 01-01-2017*, que alterou o artigo 7º da Lei n. 9.779/99, porque a sua cobrança foi estabelecida por meio de ato normativo inferior, infringindo, desta forma, o princípio da legalidade tributária insculpido no artigo 150, I, da Constituição Federal.

2. A *alteração efetuada no artigo 7º da Lei n. 9.779/99 pela Lei n. 13.315/2015*, que submeteu os rendimentos de aposentadoria e pensão à sua cobrança é *inconstitucional*, porque contraria os princípios da isonomia, da progressividade do Imposto de Renda, da garantia da não confiscatoriedade e da proporcionalidade (150, II e IV, 153, III, e § 2º, I, da Constituição Federal).

3. Declaração de ilegalidade e inconstitucionalidade *incidenter tantum* parcial do artigo 7º da Lei n. 9.779/99, com a redação da Lei n. 13.315/2015, no ponto relativo à cobrança do Imposto de Renda na fonte sobre os proventos de aposentadoria e pensão dos residentes e domiciliados no exterior à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento), a partir de 01-01-2017, por ofensa aos artigos 150, II e IV, 153, III, e § 2º, I, da Constituição Federal.

4. *Aplicação das mesmas regras tributárias aos residentes no Brasil. Repetição de indébito das diferenças devidas.*

5. Recurso provido.

(3ª TR/JEF/SJSC, Rec 5005608-96.2016.4.04.7205, Rel. Juiz Federal João Batista Lazzari, julg. 20/09/2017)

Nesse ponto, destaco, em deferência ao processo legislativo, que não há interpretação possível de ser atribuída ao dispositivo legal em exame (art. 3º da Lei 13.315/16), de modo a

garantir-lhe validade jurídica sob algum aspecto. Cogitar-se interpretação conforme à Constituição, no sentido de se ter a alíquota fixada (25%) como máxima, observada a progressividade estabelecida em ato normativo a todos aplicada em território nacional, implicaria nova afronta ao princípio da isonomia tributária, vez que, invertendo a situação, trataria de modo privilegiado os residentes no exterior em detrimento dos demais, sujeitos à alíquota máxima de 27,5%.

Reconhecida a *ilegalidade* (antes da vigência da Lei 13.315/16) e a *inconstitucionalidade* (após a vigência da Lei 13.315/16) da incidência de IRPF sobre os proventos de aposentadoria auferidos pela parte autora à alíquota única de 25%, de rigor o acolhimento de seu pedido de natureza declaratória e desconstitutiva, de modo que a tributação sobre sua renda se dê *independentemente* do local de sua residência permanente, segundo a lei vigente a todos os brasileiros e estrangeiros aqui domiciliados – no caso, o art. 1º, IX, da Lei nº 11.482/2007.

Quanto à pretensão condenatória, no entanto, o acolhimento é parcial.

Embora o reconhecimento da inexigibilidade da taxaço empreendida pelo Fisco na forma do art. 3º da Lei nº 13.315/2016 e a anulação dos lançamentos até então praticados sob essa sistemática acarrete a *restituição do indébito*, nos termos do art. 165, I, do Código Tributário Nacional, não se pode olvidar da metodologia de arrecadação própria do Imposto sobre a Renda de Pessoa Física.

Sabido que as retenções mensais na fonte consistem em mera *antecipação* do tributo a ser recolhido no ano-calendário seguinte, após o preenchimento de declaração anual de rendimentos *globalmente considerados* (art. 7º da Lei 9.250/95), o reconhecimento da inexigibilidade das aludidas retenções não pode acarretar em restituição pura e simples das glosas efetuadas. É preciso que as declarações, relativas aos anos-calendário 2016 a 2018, sejam ajustadas pelo Fisco, mediante a taxaço (ou reconhecimento da isenção) dos proventos de aposentadoria da parte autora, *em conjunto com os demais rendimentos auferidos nos respectivos anos*, observada a faixa de isenção e as alíquotas progressivas fixadas em lei, a fim de que sejam apurados os tributos *efetivamente (ou eventualmente)* devidos naqueles anos – e, se for o caso, efetuada a restituição de valores em juízo, mediante a quitação de RPV/precatório.

Por fim, acolho o pleito autoral de antecipação dos efeitos da tutela.

A probabilidade do direito da parte autora (*fumus boni iuris*) restou evidenciada ao longo da fundamentação anteriormente exposta. Já o perigo de dano (*periculum in mora*) decorre dos efeitos nefastos imediatamente provocados pela continuidade da incidência do IRPF, à alíquota de 25%, sobre prestação *alimentar* no valor de um salário mínimo. Por fim, ante a natureza do provimento jurisdicional, não há falar em risco de irreversibilidade da medida ora concedida.

II – DISPOSITIVO

Ante o exposto, *JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE A PRETENSÃO* formulada por MAGDA CONCEIÇÃO GALLAO e, com isso, resolvo o mérito da causa, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil, para:

(I) declarar a *inexigibilidade* do Imposto sobre a Renda retido na fonte, apurado na forma do art. 3º da Lei nº 13.315/2016, sobre os proventos de aposentadoria auferidos mensalmente pela parte autora, de modo que, nos próximos lançamentos, seja observada pela UNIÃO (FAZENDA NACIONAL) a tabela progressiva de alíquotas prevista no art. 1º, IX, da Lei nº 11.482/2007;

(II) *anular os lançamentos fiscais* promovidos pela UNIÃO (FAZENDA NACIONAL) desde março de 2016, a título de Imposto sobre a Renda retido na fonte, apurado na forma do art. 3º da Lei nº 13.315/2016, sobre os proventos de aposentadoria auferidos mensalmente pela parte autora;

(III) determinar à UNIÃO (FAZENDA NACIONAL) que proceda ao *ajuste das declarações anuais de rendimento da parte autora*, referentes aos anos-calendário 2016 a 2018, mediante a taxação (ou reconhecimento da isenção) dos proventos de aposentadoria da parte autora, *em conjunto com os demais rendimentos auferidos nos respectivos anos*, observada a faixa de isenção e as alíquotas progressivas fixadas em lei, a fim de que sejam apurados os tributos *efetivamente (ou eventualmente)* devidos naqueles anos – e, se for o caso, efetuada a restituição de valores em juízo, mediante a quitação de RPV/precatório.

Sobre os valores a restituir, incidirão *correção monetária e juros de mora*, desde a data do(s) pagamento(s) indevido(s) e pela taxa SELIC, até a efetiva restituição (STJ, tema RR-905, 11/11/2014).

ANTECIPO OS EFEITOS DA TUTELA ora concedida, determinando a imediata cessação dos lançamentos fiscais promovidos pela UNIÃO (FAZENDA NACIONAL), a título de Imposto sobre a Renda retido na fonte, apurado na forma do art. 3º da Lei nº 13.315/2016, sobre os proventos de aposentadoria auferidos mensalmente pela parte autora.

Sem custas e honorários advocatícios nesta instância (art. 55 da Lei 9.099/95).

Concedo à parte autora os benefícios da *gratuidade da justiça* (art. 98 do CPC).

1. *Expeça-se* ofício à Procuradoria-Seccional da Fazenda Nacional em Sorocaba/SP, comunicando-lhe o teor da presente sentença para fins de cumprimento do que deferido em sede de tutela de urgência e *posterior comprovação nos autos*.

2. Certificado o trânsito em julgado da presente sentença e demonstrado o cumprimento da(s) obrigação(ões) fixada(s), *arquivem-se* os autos, com baixa na distribuição.

Registrada eletronicamente. Publique-se. Intimem-se. Cumpra-se.

Juiz Federal PEDRO HENRIQUE MEIRA FIGUEIREDO

TUTELA CAUTELAR ANTECEDENTE

5000687-83.2018.4.03.6128

Requerente: PAULA NAKANDAKARI GOYA

Requerida: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE JUNDIAÍ - SP

Juiz Federal: FERNANDO CEZAR CARRUSCA VIEIRA

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/01/2020

SENTENÇA

I - RELATÓRIO

PAULA NAKANDARI GOYA move ação declaratória em face a UNIÃO FEDERAL, objetivando que seja declarado o seu direito de exercer sua atividade profissional, em regime de teletrabalho, no exterior, em decorrência de acompanhamento de cônjuge.

A requerente narra ser Procuradora da Fazenda Nacional, matrícula SIAPE 1436921, com lotação atual na Unidade da Procuradoria-Seccional da Fazenda Nacional em Jundiaí, exercendo suas atividades na DIDAU/PSFN/JUNDI, setor este, no qual, segundo alega, quase a totalidade do trabalho é realizada de maneira virtual, por meio da utilização de sistemas que possibilitam o acesso aos processos administrativos, bem como aos requerimentos virtuais dos interessados.

Afirma a Requerente ser casada e possuir duas filhas em idade escolar. Relata que seu cônjuge, colaborador de uma empresa nacional, será transferido para exercer suas atividades profissionais na Inglaterra, a partir do dia 02/04/2018, conforme documentos juntados aos autos.

Aduz que, em 16/02/2018, submeteu requerimento administrativo almejando autorização para o exercício do seu labor mediante regime de teletrabalho em território estrangeiro, pelo prazo que perdurar a remoção de seu cônjuge.

Em prol de sua pretensão, sustenta inexistir vedação legal, tampouco óbices nas normativas internas do órgão a que está subordinada que regulamentam essa modalidade de trabalho, além do que invoca a necessidade premente de proteção da unidade familiar, cujo abrigo encontra-se disciplinado no artigo 226 da Constituição Federal.

Em sede de tutela cautelar antecedente, requereu o reconhecimento do direito de continuar o desempenho de sua atividade profissional, em regime de teletrabalho, no exterior, em razão do acompanhamento de cônjuge, ou, alternativamente, que fosse concedida licença para acompanhamento de cônjuge sem ônus e sem prejuízo de sua remuneração.

O pedido foi deferido (ID 4999574) e foi autorizada a possibilidade de desempenho da sua atividade profissional em regime de teletrabalho à requerente, em território estrangeiro, condicionada ao preenchimento dos demais requisitos previstos na Portaria nº 1.069/2017 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

No documento ID 6244232, a Requerente apresentou seu pedido principal face à efetivação da Tutela Cautelar Antecedente. Informou que, em vista do deferimento da tutela mencionada, houve emissão de Parecer pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, acerca da matéria avençada: trabalho remoto no exterior – Parecer SEI nº 064/2018/ CPN/PGACA/ PGFN-MF.

Em contestação (ID 6916146), a União se insurgiu contra o deferimento da tutela e, no mérito, apontou as regras que regem o teletrabalho no âmbito da PGFN e alegou ser possível desde que preenchidos requisitos legais, não podendo ser encarado como um direito subjetivo do servidor público, mas de uma situação que deve atender ao interesse da Administração Pública.

Esclareceu que “o teletrabalho ou “home office” no âmbito da PGFN, consiste na realização de atividades, de maneira desterritorializada ou não, pelos membros da carreira de Procurador da Fazenda Nacional fora das dependências físicas das Unidades da PGFN, sem alteração de lotação ou de exercício.”

Delimitando a controvérsia sub judice, a União asseverou que “(...) diferentemente do que assevera a parte autora, a questão não é a possibilidade de realização de teletrabalho no âmbito da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Há farto normativo que disciplina a questão. O ponto é saber se a parte autora preenche os requisitos previstos no arcabouço normativo para que ela possa realizar teletrabalho. E não apenas isso, se o arcabouço normativo sobre o tema lhe permite prestar teletrabalho residindo em outro país.”

Inconformada, a União comprovou a interposição do Agravo de Instrumento n. 5008889-03.2019.403.0000 (ID 6917610).

Houve réplica (ID 11370080) e a Requerente requereu a produção de prova testemunhal.

Foi realizada audiência de oitiva das testemunhas da Requerente (ID 15286689) e os autos vieram conclusos para sentença.

É o relatório. Fundamento e decido.

II- FUNDAMENTAÇÃO

O objeto da presente ação tange à controvérsia acerca da *possibilidade ou não da Requerente, titular do cargo de Procuradora da Fazenda Nacional, desempenhar as suas atividades laborais por meio do teletrabalho em domicílio estrangeiro, em decorrência da transferência do local de trabalho de seu cônjuge para o exterior.*

Conforme constou da decisão que deferiu a tutela cautelar antecedente - cujos efeitos jurídicos e fundamentos remanescem hígidos e ora são ratificados - não se trata de saber se a requerente poderia ou não exercer as suas funções por meio remoto ou se é possível o acompanhamento do cônjuge para o exterior, o que, inclusive, já é assegurado pelo artigo 84 da Lei nº 8.112/90, mas de perquirir se *a postulante está adstrita a manter domicílio na localidade da Unidade* de sua lotação para continuar a praticar o seu ofício, ainda que por teletrabalho, consideradas, ademais, as peculiaridades do caso concreto.

Pois bem.

A resposta é que *não* há tal restrição, seja do ponto de vista formal ou material. Explico.

Sobre a possibilidade de execução das tarefas laborais nesta modalidade de prestação de trabalho, no âmbito da Procuradoria da Fazenda Nacional, preconiza o artigo 1º, inciso I, da Portaria PGFN nº 1.069, de 09/11/2017:

PORTARIA Nº 1.069, DE 9 DE NOVEMBRO DE 2017

O PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, no uso da competência que lhe foi delegada pela Portaria MF nº 269, de 31 de outubro de 2007, publicada no D.O.U. de 05 de novembro de 2007, do Ministro de Estado da Fazenda, o Regimento Interno da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pela Portaria MF nº 36, de 24 de janeiro de 2014, e a Portaria MF nº 171, de 2016, ambas do Ministro de Estado da Fazenda, resolve:

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º O teletrabalho no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN passa a ser regulado pela presente Portaria, podendo ser implementado nas seguintes formas:

- Home Office: consiste na realização de atividades, de forma desterritorializada ou não, pelos membros da carreira de Procurador da Fazenda Nacional fora das dependências físicas das Unidades da PGFN, sem alteração de lotação ou de exercício.
- Unidades Virtuais: consistem em Unidades da estruturada PGFN, caracterizadas pela realização de atividades, de forma desterritorializada, pelos membros da carreira de Procurador da Fazenda Nacional, fora das dependências físicas das Unidades da PGFN, com lotação e exercício próprio.

Nesta linha, o denominado “*Home Office*” é uma das formas de teletrabalho disciplinadas pela norma em referência, que estabelece a possibilidade de desempenho das atividades *fora das dependências físicas das Unidades da PGFN*.

Depreende-se, portanto, que a expressão “*fora das dependências físicas das Unidades da PGFN*” permite compreender qualquer localidade, não importando se o trabalho será desempenhado dentro ou fora do território nacional, como é o caso pretendido pela requerente.

É da natureza do trabalho remoto ou à distância, o não comparecimento do agente público à sua Unidade de lotação, para fins de consecução da jornada de trabalho. Claro que, desde que as funções por ele especificamente desempenhadas e concretamente exigíveis sejam compatíveis com esse tipo de labor.

Dito isso, há que se reconhecer, de plano, que o acesso aos autos físicos pelos procuradores perdeu o sentido como elemento essencial da atividade funcional, com a virtualização dos feitos e aumento do espectro de atividades a serem desempenhadas apenas com recurso aos sistemas de informática.

Para o profissional do presente e do futuro faz-se indispensável interagir com mencionados sistemas, cada vez mais avançados e sofisticados, de maneira a desafiar o ser humano a desenvolver e atuar com mais criatividade e inovação e menos repetição. São mudanças inerentes aos setores público e privado.

Quanto aos procuradores da Fazenda, reputo que as funções jurídicas afetas à representação dos interesses jurídicos da Fazenda Nacional podem ser plenamente desempenhadas em regime de teletrabalho, como extrai-se, por oportuno, da prova colhida.

A atuação em feitos judiciais e administrativos, investigação e acompanhamento especial de contribuintes, atividades consultivas são todas, enfim, passíveis de exercício apenas com recurso ao computador e adequado acesso à *internet*. É corolário da atuação do agente público com base em métodos ou processos de trabalho na modernidade.

E no sentido do reconhecimento da *inexistência* de óbice ou impedimento ao exercício de atividades funcionais em regime de trabalho remoto em qualquer local ou horário no âmbito da AGU, inclusive no exterior, registro as análises e conclusões das *Informações 01/2018-VI-CEEAGU/EAGU/AGU (ID 11370714)* e do *Parecer SEI 64/2018/CPN/PGACA/PGFN-MF (ID 11370713)*, elaborados no âmbito da própria AGU e suas especificidades.

É que atualmente experimentamos o incremento de novas formas de comunicação que, além de reduzir distâncias entre as pessoas e instituições, por meio da conexão virtual, possibilitam que as informações são transmitidas e coletadas em tempo real, assim como as reações (atos administrativos ou processuais) às informações, relatórios, registros e fatos documentados, que movimentam a atividade administrativa.

E a implantação de modernos recursos tecnológicos traduz materialização da concretização dos princípios que norteiam os propósitos da Administração Pública, sejam eles os princípios da impessoalidade, da razoabilidade com que os serviços públicos precisam ser prestados de acordo com as suas especificidades, e, principalmente, *o princípio da eficiência que está a exigir mais sob menor custo, afinal desperdício de recursos não se compatibiliza com quaisquer critérios de Justiça*¹.

Com vistas ao interesse público envolvido, a Administração Pública, em todas as esferas de atuação, está e deve estar engajada a implementar novas formas de trabalho, que resultem em redução de custos e despesas com as repartições, redução dos entraves burocráticos em seus sistemas de funcionamento e de otimização dos procedimentos, de modo a se encurtar o tempo despendido nas atividades e aumentar a produtividade e qualidade do serviço prestado.

Dentro deste cenário inovador, que está por alterar substancialmente os paradigmas das relações humanas, institucionais e os resultados alcançados, nota-se que a presença física e o deslocamento das pessoas *não* mais consistem em um fator intrínseco ao resultado dos trabalhos realizados.

Nesta esteira, *a localidade* em que o trabalhador, no caso, a servidora pública federal, se encontra ou fixa seu domicílio, *não* é fator relevante ou obstáculo, *per se*, à consecução remota das suas atividades laborais.

Sob os auspícios da inovação, observe-se que o controle da jornada laboral passa a ser efetivado pelos critérios – produtividade e assertividade, que melhor se adequam à modernização do Estado e à gestão por resultados.

Nessa linha, compulsando os autos, os documentos carreados e o depoimento colhido em audiência de instrução, verifico que está comprovado que a Requerente apresenta histórico de comprometimento com o desempenho de suas atribuições funcionais e que se trata de recurso humano importante para a Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional em Jundiá.

E há de se enfatizar a observação da chefia imediata da requerente, quanto à boa-fé desta, que prepondera desde que soube da necessidade de mudança de domicílio em razão do trabalho de seu cônjuge. Não agiu de forma clandestina e buscou sempre formalizar a sua necessidade, buscando a alternativa legal e eficaz para a manutenção da sua unidade familiar conciliada ao desempenho de sua atividade laborativa, o que está a corroborar os elementos inferidos em seu favor, consoante prova colhida.

E justamente quanto à prova testemunhal, Dra. Luciana Teixeira da Silva Pinto, procuradora seccional à época dos fatos, em depoimento (ID 15286695) prestado em Juízo, expôs que a Requerente atende aos critérios avaliativos do teletrabalho - produtividade e assertividade, relatando que a Requerente:

- Mantém contatos diários com a sua equipe;
- Já atuou como substituta da chefia seccional em razão da sua alta capacitação técnica;
- Desempenha suas atividades com excelência e alto rendimento;
- Possui internet em casa em velocidade superior à da Procuradoria;
- Recebe volume maior de trabalho em comparação com demais Procuradores que exercem trabalho de forma presencial;

1 TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover Direitos Fundamentais: uma perspectiva de Direito e Economia. In: RODAS, João Grandino; ATTÍE JUNIOR, Alfredo (org.). *Trinta Anos da Constituição Federal: Retrospectiva, avanços e desafios*. São Paulo: CEDES, 1ª ed., 2018.

- Profere despachos bem fundamentados. Há baixo índice de impetração de mandados de segurança em face de atos praticados por ela.

Assim, percebe-se que a *inércia* administrativa da estrutura da PGFN (ID 11370728) - em dar seguimento ao exame do plano e da autorização (de acordo) dada pela procuradora seccional ao pedido da requerente (ID 11370715) - *não* encontra amparo em eventual incompatibilidade ou existência de óbice prático ao exercício do teletrabalho.

Assim, e consoante já afirmado em decisão nos autos, cumpre destacar, na hipótese vertente, que não se trata de indevida intromissão do Judiciário no desempenho das atividades típicas do Poder Executivo, porquanto a própria gestão imediata do órgão administrativo *não* se opôs que a Requerente mantivesse a sua atividade profissional por meio remoto e *não* apontou nenhum óbice sobre a localização física da servidora em terras nacionais ou no estrangeiro.

Não se trata aqui de eventual recurso ao mundo dos princípios ou a algum “abracadabra” jurídico.

Muito pelo contrário, é preciso pensar: *qual a finalidade jurídica do regime de teletrabalho na Administração Pública, e aqui, em especial, no âmbito da PGFN, que, como disse sua seccional, necessita da procuradora - requerente no exercício de suas funções e não em licença sem vencimentos?*

É de se pensar, ademais, *qual é de fato a diferença entre o exercício funcional realizado dentro da repartição e aquele realizado em qualquer lugar onde se disponha de adequada rede de acesso à internet?*

Há sentido em sujeitar a requerente à concessão de licença sem vencimentos, quando seu trabalho é reconhecido e considerado importante para a Unidade?

Eis o que sustentou a chefia imediata (procuradora seccional da PGFN em Jundiaí):

“A não concessão da conversão de VPN para o teletrabalho da solicitante significa impor um déficit para esta unidade seccional por período indeterminado, a qual já convive a muito tempo com a sobrecarga imposta pelas diversas licenças e afastamentos supramencionados. Assim, considerando a necessidade desta seccional no que tange a manutenção de todos os seus membros em efetivo exercício para a prestação de um serviço público de excelência e acompanhamento do plano estratégico institucional;

Considerando que a solicitante é uma valorosa colega de trabalho quando consideramos a qualidade do seu serviço e o zelo despendido na sua execução, seja ela presencialmente ou remotamente;

Considerando que a não concessão do direito de teletrabalho iria sobrecarregar os demais membros desta unidade, bem como, impor à solicitante dificuldades inerentes da renúncia de vencimentos para acompanhamento do seu cônjuge e manutenção do seu núcleo familiar;

Considerando que não existe dificuldade técnica que impeça que a solicitante cumpra com todas as suas obrigações atuais de modo remoto;

Considerando que a concessão do teletrabalho importará em redução de gastos com luz, água, taxa de manutenção de estação de trabalho devida ao SERPRO, melhorará o tráfego de dados na rede da PSFN, proporcionalmente a estação de trabalho desativada em virtude do trabalho remoto a ser exercido pela solicitante à suas expensas;

Considerando que não existe na Portaria Regulamentadora do Teletrabalho proibição de seu exercício fora dos limites territoriais da União, mas, somente omissão;

Opinamos pela efetiva conversão da atual VPN em teletrabalho a ser exercido pela solicitante no exterior e, para tanto, promoveremos todo o plano de trabalho imposto pela Norma de Execução PFN nº 4 de 06/09/2016.”

Qual então o óbice para a realização das suas atividades remotamente e *independentemente* do local onde elas são exercidas?

Neste ponto, cumpre registrar e reiterar, tal como afirmado alhures, que sequer se vislumbra impedimento na legislação de regência ao pleito deduzido. A procuradora - requerente encontra-se ligada ao seu trabalho que se ora se desenvolve no mundo virtual.

E não há aqui qualquer conflito com as noções de “local de lotação ou exercício” do servidor. Estes mesmos termos desafiam leituras atualizadas e compatíveis com os novos paradigmas e com a supressão de fronteiras artificiais.

A norma de regência fala em “forma desterritorializada”, sendo certo que a autora requerente continua, em qualquer caso, a desempenhar as funções laborativas em prol e a favor de das demandas de sua unidade original de exercício e lotação.

E a prova colhida, como já mencionada e depreendida dos autos, dá ensejo ao reconhecimento de que a unidade está preparada e em condições de extrair o maior proveito e interesse público da questão em cena.

Há outra questão a ser considerada no caso dos autos. Na sociedade moderna, a manutenção da *unidade familiar* desafia a mulher, que se depara com inúmeras dificuldades para plenamente desempenhar suas funções sociais de esposa, mãe e trabalhadora. Culturalmente e historicamente, dentro de uma realidade familiar concebida, verifica-se que é a mulher quem acaba por sucumbir suas escolhas profissionais em privilégio dos filhos e da família, seja pelas barreiras culturais ainda existentes ou pelo laço afetivo que aflora das responsabilidades de proteção e cuidado doméstico.

Ainda que se verifique que a mulher está alcançando maior destaque no mercado de trabalho², ainda há relevante desigualdade de tratamento nas oportunidades destinadas ao trabalho feminino, exatamente em razão da sua disponibilidade e condições físicas e psicológicas de enfrentamento das questões profissionais.

A maior presença feminina no serviço público é, inclusive, fato notório, incontroverso e essencial para que as políticas públicas, em todas as suas etapas, de fato, sejam expressões representativas e legítimas da sociedade, observando-se o aperfeiçoamento da visão de mundo, tal como proporcionada pela inclusão e igualdade entre homens e mulheres.

É preciso garantir a pluralidade e abertura das arenas de formação e execução do discurso público para o aprimoramento do processo civilizatório, e para a busca do melhor atendimento dos objetivos da República Federativa do Brasil, na linha preconizada pela nossa Constituição.

Sobre o ponto, importa registrar a perfeita referência feita pelo Ministro Edson Fachin, por ocasião do exame e julgamento da ADI 5617/DF, quando fez a seguinte citação das palavras de Bertha Lutz, proferidas por ocasião da Conferência de São Francisco, em 1945, na fundação da Organização das Nações Unidas:

“Nunca haverá paz no mundo enquanto as mulheres não ajudarem a cria-la”.

E, aqui, as condições e inovações tecnológicas se conectam ao Direito como elementos de transformação efetiva da realidade.

O teletrabalho é meio legítimo de inclusão social, especialmente da mulher na Administração Pública.

² Vide matéria publicada no site da revista Exame: <<https://exame.abril.com.br/carreira/desvantagens-de-mulheres-no-mercado-de-trabalho-vao-alem-do-salario/>> Acesso em 16 out. 2019.

À guisa de ilustração, o próprio Poder Judiciário, por meio do Conselho Nacional de Justiça, visando regular a nova modalidade de prestação de serviço público, editou a Resolução nº 227, de 15/06/2016, regulamentando o teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário.

No capítulo II, sob o título “Das condições para a realização do Teletrabalho”, em seu artigo 5º, preconiza que:

“Art. 5º Compete ao gestor da unidade indicar, entre os servidores interessados, aqueles que atuarão em regime de teletrabalho, observadas as seguintes diretrizes:

I – a realização de teletrabalho é vedada aos servidores que:

- a) estejam em estágio probatório;
- b) tenham subordinados;
- c) ocupem cargo de direção ou chefia;
- d) apresentem contraindicações por motivo de saúde, constatadas em perícia médica;
- e) tenham sofrido penalidade disciplinar nos dois anos anteriores à indicação;
- f) *estejam fora do país, salvo na hipótese de servidores que tenham direito à licença para acompanhar o cônjuge; (grifei)*

II verificada a adequação de perfil, terão prioridade servidores:

- a) com deficiência;
- b) que tenham filhos, cônjuge ou dependentes com deficiência;
- c) gestantes e lactantes;
- d) que demonstrem comprometimento e habilidades de autogerenciamento do tempo e de organização;
- e) *que estejam gozando de licença para acompanhamento de cônjuge; (...)*

§ 10. O servidor que estiver no gozo da licença referida no art. 5º, I, f, caso opte pela realização de teletrabalho, deverá dela declinar, para a volta ao exercício efetivo do cargo.”

Como se pode notar, a regulamentação no âmbito do Poder Judiciário priorizou a efetiva prestação do trabalho pelo servidor público, de modo que colocou o critério territorialidade como fator não obstativo da sua execução, permitindo a sua consecução em território estrangeiro.

Esta condição tem efeito direto no fomento da produtividade dos serviços executados e a Administração Pública, em todas as suas esferas, deve propiciar meios que não dificultem a prestação da atividade laboral pelo servidor, que, diante de ajustes no seu meio de vida, acaba se vendo compelido a requerer licenças visando a suspensão temporária do trabalho, o que, em última análise, escapa ao interesse público.

Em prosseguimento, saliente-se que, conforme já exposto na decisão que deferiu a tutela de urgência, o cerne da controvérsia esbarra no preceito de “proteção familiar”, direito consagrado pelo artigo 226 da Carta Magna.

Sob este aspecto, como já decidiu o Pretório Excelso no MS 23.058 (rel. min. Ayres Brito, j. 18.9.2008):

“O entendimento ora perfilhado descansa no regaço do art. 226 da CF, que, sobre a fazer a família a base de toda sociedade, a ela garante ‘especial proteção’ do Estado. Outra proteção à família não se poderia esperar senão aquela que garantisse (...) o direito de acompanhar seu cônjuge, e, assim, manter a integralidade dos laços familiares que os prendem”.

Ainda, importa mencionar que o Estado se faz presente onde ele funciona de forma eficiente.

Para de fato ter alguma finalidade positiva e importância real na *Sociedade do Conhecimento*, o Estado precisa superar antigos e velhos paradigmas meramente burocráticos. Modernizar é preciso.

Toda inclusão é uma exclusão. Na realidade e no histórico da Administração Pública brasileira há, paradoxalmente, diversos casos de ausência de Estado mesmo em locais em que fisicamente presentes os seus agentes³.

Centralizar a noção de presença do Estado no local físico em que se encontra determinado agente ou prédio público é, com a devida licença, uma generalidade *não* lastreada em pesquisas empíricas fundamentadas.

Os riscos e incertezas dos recursos advindos das novas tecnologias devem ser controlados nas práticas e arenas competentes de monitoramento e governança.

Algo essencialmente diverso, no entanto, é obstar a inovação, sem amparo expresso ou com base em leitura paradigmática insuficiente para o mundo contemporâneo.

O presente exige a incorporação de novas práticas que permitam, a um menor custo social, a implementação e desenvolvimento de tecnologias de gestão focadas em competências, inovação, e sofisticação na alocação de recursos humanos e materiais. Tudo em prol de uma Administração de resultados práticos e bem fundamentados, a qual precisa funcionar em todos os seus propósitos de Direito da melhor forma possível.

Por fim, trata-se de observar os vetores incorporados ao nosso ordenamento pela Lei n.º 13.655/2018, que alterou a LINDB, para justamente, dentre outras disposições, estabelecer o postulado da ponderação das consequências práticas, jurídicas e administrativas (art. 20).

Sob este prisma, ausente óbice formal ou material, a leitura e enquadramento jurídico da situação *sub judice* há de considerar as consequências e aspectos já ponderados na fundamentação da presente sentença, atentando-se, pois, à exegese dos comandos normativos em conexão com as peculiaridades fáticas, no sentido que se afigure mais hábil a resguardar o atendimento da finalidade jurídica dos conceitos e institutos afetos e conexos ao teletrabalho, e do que é exercer as atividades e funções inerentes à missão institucional da Procuradoria da Fazenda Nacional, tanto no que se refere a sua dimensão de adequação, quanto ao atendimento dos critérios de justiça que animam o Direito.

Assim, percebe-se que a *inércia* administrativa da estrutura decisória da PGFN (ID 11370728), em dar seguimento ao exame do plano e da autorização (de acordo) já concedida pela procuradora seccional ao pedido da requerente (ID 11370715), a par de *não* encontrar amparo na incompatibilidade ou existência de óbice prático ao exercício do teletrabalho equivale a desconsiderar e *não* ponderar as consequências jurídicas e administrativas envolvidas na espécie, bem como a restringir em excesso o alcance possível nas peculiaridades do caso concreto dos conceitos e institutos envolvidos (“lotação”, “local de exercício”, “desterritorialidade”, entre outros), desbordando, pois, do Direito aplicável.

Por estas razões, *de rigor* o reconhecimento da *procedência* do pedido inicial.

III - DISPOSITIVO

Ante o exposto, *JULGO PROCEDENTE O PEDIDO*, com resolução do mérito, com fulcro no artigo 487, inc. I, do CPC, para *confirmar* a decisão que concedeu a antecipação dos efeitos da tutela de urgência (ID 4999574), bem como para efeito de *declarar* o direito de a Reque-

3 <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/04/no-utero-da-mae-bebe-e-baleado-na-cabeca-na-zona-norte-d>. Acesso em 04 nov. 2019.

rente continuar a desenvolver sua atividade profissional no cargo de Procuradora da Fazenda Nacional, em regime de teletrabalho, para acompanhamento de cônjuge, mesmo em território estrangeiro, na forma da Portaria n. 1.069/2017 da PGFN.

Condeno a União ao reembolso das custas judiciais despendidas e ao pagamento de honorários advocatícios que ora fixo em 10% sobre o valor do proveito econômico obtido, conforme será objeto de liquidação de sentença (art. 85, §4º, inciso II, CPC).

Sentença *não* sujeita a reexame necessário (art. 496, §3º, I, do CPC).

Oportunamente, retifique-se a autuação a fim de que passe a constar a classe “PROCEDIMENTO ORDINÁRIO”.

Comunique-se o teor deste julgado ao E. TRF3 (2ª Turma), com referência ao Agravo de Instrumento n. 5008889-03.2018.403.0000 interposto pela parte autora (ID 6917611).

Interposto (s) eventual (ais) recurso (s), proceda a Secretaria conforme os §§ 1º, 2º e 3º, do art. 1.010, do Novo Código de Processo Civil.

Por fim, com o trânsito em julgado, nada mais sendo requerido, ao arquivo com baixa.

P. R. I.

Jundiaí, 13 de novembro de 2019.

Juiz Federal FERNANDO CEZAR CARRUSCA VIEIRA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

5001296-57.2018.4.03.6131

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF

Réus: RODRIGO ALMEIDA BARROS E RODRIGO ALMEIDA BARROS FARMÁCIA - ME

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BOTUCATU - SP

Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/10/2019

SENTENÇA

Vistos, em sentença.

Cuida-se de ação civil pública, por atos de improbidade administrativa, atribuídos a RODRIGO ALMEIDA BARROS E RODRIGO ALMEIDA BARROS FARMACIA - ME. Aduz-se que os requeridos praticaram atos de malversação de verbas públicas federais oriundas do Fundo Nacional de Saúde, durante o período de abril de 2013 e janeiro de 2014, por meio de vendas simuladas de medicamentos no Programa Farmácia Popular do Brasil, fraude esta constatada pelo DENASUS após a Auditoria n. 16434/2016. História a inicial que a empresa e seu responsável legal, valendo-se da condição de agentes autorizados pelo Programa Farmácia Popular do Brasil, praticaram atos violadores de preceitos constitucionais e legais, por meio dos quais constatou-se enriquecimento ilícito e dano ao erário, no montante de R\$ 77.895,88, o que consubstancia ato de improbidade administrativa, nos termos dos arts. 09, 10 e 11 da Lei n. 8.429/92. Que, supostamente, teriam praticado atos contrários aos princípios da Administração Pública de sua conduta resultou dano ao patrimônio público da União, que se pretende ver apurado e composto por meio da presente demanda.

Em despacho inicial preliminar (id n. 11301916), determinou-se a coleta da manifestação inicial dos requeridos acerca dos fatos descritos na exordial, tendo o prazo decorrido *in albis*. A União Federal, intimada para fins do disposto no art. 17, §2º, da Lei 8.429/92, requereu prazo de 60 dias para manifestar possível interesse em compor o polo ativo da ação, o que restou deferido (id n. 11679739), tendo, ao fim, manifestado não possuir interesse jurídico na presente demanda (id n. 14599819).

A petição inicial da ação foi recebida pela decisão que está registrada sob id n. 14612394.

Regularmente citados, os requeridos apresentam contestação aos termos do pedido inicial, sustentando, em preliminar, que presente ação é via inadequada para a obtenção da tutela jurisdicional vindicada, pois teria sido movida exclusivamente em face de particular(es), e que a pretensão ministerial estaria fulminada pela prescrição. No mérito, aduziu, em resumo, que não há provas suficientes a ensejar a condenação do réu nos termos da inicial (ausência de elemento subjetivo), e que a conduta guerreada não se enquadra no conceito de improbidade, tratando-se de irregularidade formal não causadora de prejuízo ao erário, razão pela qual as penalidades requeridas seriam descabidas.

Réplica do MPF, refutando as preliminares alvitadas pelos requeridos, e, quanto ao mérito, pugnando pela procedência da ação (id n. 17130952).

Vieram os autos com conclusão.

É o relatório.

Decido.

A preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* suscitada pelo requerido em suas razões de resposta não tem como ser acatada. Em se tratando, como no caso, de réus vinculados ao programa Farmácia Popular do Brasil, criado pelo Governo Federal com o objetivo de oferecer alternativas de acesso à população a medicamentos considerados essenciais, não há como deixar de reconhecer que tais pessoas atuam na condição de autênticos *longa manus* do Estado, prestando, ainda que por delegação, assistência farmacêutica à população mais carente, política que compete ao Sistema Único de Saúde – SUS, nos termos do art. 6º, I, ‘d’, da Lei n. 8.080/90, o que, indubitavelmente, os torna equiparados à figura jurídica do agente público. Nesse sentido, o art. 70, par. ún., da CF, estabelece que, *verbis*: “(...) prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”, o que, segundo vejo a questão, confirma a legitimidade passiva dessas partes – agentes públicos equiparados, ou por delegação – para figurarem em lide. Nesse sentido, indico esclarecedor precedente do E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IRREGULARIDADE NO PROGRAMA FARMÁCIA POPULAR. LEGITIMIDADE PASSIVA DO PARTICULAR EQUIPARADO AO AGENTE PÚBLICO. NULIDADE DA R. SENTENÇA. “- O Ministério Público Federal ajuizou a presente ação civil pública em face de Gregori Santos Ishii & Cia. Ltda. - ME e Gregori Santos Ishii pela prática de atos de improbidade administrativa. Alega, em síntese, que a referida empresa aderiu ao programa federal “Farmácia Popular”, que foi instituído pela Lei nº 10.858/2004, que tem por finalidade promover o acesso aos medicamentos essenciais para tratamento de doenças com maior incidência na população. Relata que uma das modalidades de execução desse programa federal é a parceria com a rede privada de farmácias e drogarias. Esclarece que, no momento da venda dos medicamentos subsidiados pela União, o comerciante credenciado deve preencher os dados do paciente, do médico e do medicamento prescrito num sistema informatizado, que calcula o valor que será pago pelo Fundo Nacional de Saúde e o valor remanescente, que, se existir, deverá ser pago pelo paciente. O registro dessas informações e a geração da Autorização para Dispensação de Medicamento (ADM), bastam para que, no mês seguinte, os valores das vendas dos medicamentos subsidiados pela União sejam depositados na conta da empresa conveniada. A referida empresa recebeu diversos pagamentos em virtude de dispensação de medicamentos subsidiados, entre os anos de 2009 e 2010. - Afirma o Ministério Público Federal que, em razão de suspeita de irregularidades na execução do referido programa federal, e no bojo do inquérito civil nº 1.34.016.000381/2011-85, o Departamento Nacional de Auditoria do SUS - DENASUS realizou auditoria no estabelecimento da empresa ré, restringindo sua análise aos medicamentos Glibenek, Cloridrato de Metformina, Multipressim e Captolab. Nessa auditoria foi constatada a ocorrência de dispensação desses medicamentos sem a comprovação de sua aquisição, por meio de notas fiscais, nos meses de julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2009, causando prejuízos, nesses meses, nos valores de R\$ 4.188,99, R\$ 8.522,35, R\$ 8.348,91, R\$ 11.011,77, R\$ 12.655,03 e R\$ 13.230,15, respectivamente. - Os réus são agentes vinculados ao programa Farmácia Popular do Brasil, criado pelo Governo Federal, com o objetivo de oferecer mais uma alternativa de acesso da população aos medicamentos considerados essenciais. O Programa cumpre uma das principais diretrizes da Política Nacional de Assistência Farmacêutica. - A empresa GREGORI SANTOS ISHII & CIA LTDA é uma das empresas conveniadas, aderindo ao “Aqui Tem Farmácia Popular”, pelo qual o Ministério da Saúde arca uma parte do valor dos medicamentos e o cidadão com o restante.

- A empresa age como verdadeiro “longa manus” do Estado, prestando assistência farmacêutica, ação que compete, pela lei, ao Sistema Único de Saúde - SUS (art. 6º, I, ‘d’, da Lei nº 8.080/90). A referida empresa era responsável pela administração da farmácia, inclusive, dos recursos federais recebidos em razão do programa “Aqui Tem Farmácia Popular”, equiparando-se, portanto, a agente público.
- O art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, estabelece que “prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”.
- Legitimidade de GREGORI SANTOS ISHII & CIA LTDA e GREGORI SANTOS ISHII para figurarem no polo passivo reconhecida.
- Não incidência, ao caso, do art. 1.013, § 3º, do Código de Processo Civil, pois a causa não está em condições de imediato julgamento.
- Apelação do Ministério Público Federal parcialmente provida. Sentença anulada” (g.n.). [ApCiv 0003053-89.2014.4.03.6139, DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/03/2019].

Com tais considerações, rejeito a alegação de ilegitimidade passiva *ad causam* dos réus.

As demais questões preliminares incidentes já foram, todas, devidamente analisadas pelo juízo quando da decisão que acabou por concluir pelo recebimento da petição inicial da presente ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Nessa conformidade, remetem-se as partes à leitura do que ali ficou estabelecido, devendo a sentença que ora se proclama revolver o mérito da controvérsia formada no bojo dos presentes autos. Antes, porém, ainda merecem consideração os pontos a seguir, que dizem com os pressupostos processuais e as condições da ação.

DA LEGITIMIDADE ATIVA DO ÓRGÃO DO *PARQUET* FEDERAL.

Cumpra afirmar, *in casu*, a legitimidade ativa *ad causam* sustentada pelo D. Órgão da Procuradoria da República local.

Com efeito, inserem-se entre as atribuições constitucionais do Ministério Público o zelo pelo, *verbis* “efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (CF, art. 129, II).

Ora, não resta a menor dúvida de que a proteção das verbas envolvidas nos serviços sociais relacionados a programa governamental federal, se insere dentro da órbita de atuação do Ministério Público Federal, sendo que o objetivo da lide em pauta é justamente escrutinar a regularidade e a juridicidade dos serviços públicos delegados pela Administração e prestados sob a responsabilidade dos requeridos, no desempenho de importante mister de dispensação de fármacos à população mais carente.

De outro giro, encontro presente a nota essencial da metaindividualidade dos direitos subjetivos aqui em questão, na medida em que se veiculam, *lato sensu*, hipóteses de violação generalizada a interesses individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. Perfaz-se, nessa seara, o requisito da transindivulidade dos direitos discutidos no bojo da presente demanda, donde afigurar-se presente a legitimidade ativa do Ministério Público Federal para os termos da demanda.

Malgrado o despacho registrado sob o id n. 20127191 não tenha sido convenientemente atendido pelos requeridos, porquanto regularizada, rigorosamente, apenas a representação processual da pessoa física (cf. id n. 23079456), entendo possível a extensão da defesa por ela

apresentada aos interesses da pessoa jurídica aqui acionada, não apenas em razão da solidariedade passiva legal que se instaura, com base no art. 3º da LIA – Lei n. 8.429/92, entre réus sujeitos à incidência da legislação de improbidade¹ (nesse sentido: Processo : RESP 200900137428 – RESP - RECURSO ESPECIAL – 1119458, Relator(a) : HAMILTON CARVALHIDO, Sigla do órgão : STJ, Órgão julgador : PRIMEIRA TURMA, Fonte : DJE DATA:29/04/2010), mas também porque, *in casu*, se cuida de litisconsórcio passivo formado entre empresa e empresário individual, não havendo distinção entre a pessoa jurídica e a natural para os efeitos de que cogita a imputação inicial. Nesse sentido, compete indicar precedente do E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. MASSA FALIDA. CITAÇÃO VALIDADE. FIRMA INDIVIDUAL.

“1. A execução fiscal foi proposta em face de Mário Pires de Oliveira Presidente Prudente, firma individual, sendo que nesse caso, não há distinção entre a pessoa jurídica e a natural sob o aspecto da responsabilidade tributária.

2. O empresário individual responde ilimitadamente, com todo o seu patrimônio, pelas obrigações contraídas em decorrência de sua atividade empresarial, sendo desnecessária a inclusão da pessoa física no polo passivo da execução fiscal, já que o titular da firma individual responde solidária e ilimitadamente pelos débitos da empresa.

3. A citação foi realizada por meio de aviso de recebimento no endereço do executado sendo plenamente válida. Também não procede a alegação de que a citação deveria ter sido realizada na pessoa do síndico, pois a empresa já se encontrava em processo falimentar.

4. Observa-se que o embargante não juntou prova do alegado, ou seja, data do início da abertura do processo de falência, nota-se, ainda, que o síndico, devidamente intimado nestes autos, requereu o julgamento antecipado da lide, assim, a alegação de nulidade de restou esvaziada, já que a eventual decretação de nulidade e citação só beneficiaria a massa falida e como se pode averiguar a tal matéria restou superada ante o encerramento da falência.

5. Apelo desprovido” (g.n.).

[ApCiv 0005696-58.2001.4.03.6112, DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/05/2017].

Com tais considerações, considero sanada a irregularidade relativa à representação processual dos aqui requeridos, e, isto bem assentado, verifico que não existem outras preliminares a decidir, nulidades ou irregularidades a suprir ou sanar. Feito bem processado, contraditório preservado, partes legítimas e bem representadas, encontro presentes os pressupostos processuais e as condições da ação. O feito em termos para receber julgamento pelo mérito, porquanto, instadas as partes em termos de especificação de provas nada requereram, limitando-se a reportar suas respectivas argumentações aos documentos já carreadas aos autos, de forma que restou estabilizada a instrução processual, cabendo analisar as provas que constam dos autos. É o que se passa a fazer.

DE PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

Inicialmente, contudo, deve-se refutar a objeção de prescrição da ação aqui em curso. Nesse particular, cumpre destacar, em primeiro lugar, que, na linha daquilo que assentado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, *verbis*: “são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade

¹ O que permite que se aproveite, a todos os demais réus solidários, as exceções opostas por qualquer deles ao credor comum, com base no que dispõe o art. 509, § único do CPC c.c. o art. 281 do CC. Nesse sentido: AI 00211676820114030000, DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/09/2014.

Administrativa” (STF – RE 852475 – Tribunal Pleno. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgado em: 08/08/2018), fundamento esse que, por si só, já rechaça a tese de prescrição avertada na inicial.

Quando não por isso, verifique-se que, na linha daquilo que muito bem observa o DD. *Parquet* Federal promovente, em réplica subscrita pelo Em. Procurador da República Dr. ANDRÉ LIBONATI, *verbis* (id n. 17130952, p. 31):

“Quanto à suposta prescrição da pretensão ministerial em se aplicar as sanções contidas na Lei de Improbidade Administrativa, soberanamente demonstrada sua inocorrência no bojo da argumentação contida na inicial da presente ação, sobretudo porque a prestação final de contas relacionada à improbidade em debate ocorreu justamente no bojo da Auditoria nº 16434/2016, finalizada em 14 de abril de 2016” (g.n.).

Daí, por qualquer ângulo que se analise a questão, irrefutável a conclusão no sentido de que não se consumou a prescrição da pretensão aqui adversada, razão porque rejeito a sua alegação. Passa-se ao exame do tema de fundo dessa demanda.

ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DA IRREGULARIDADE FUNCIONAL À IMPROBIDADE.

Em primeiro lugar, é necessário deixar bem assentada a diferenciação existente entre irregularidade administrativa e ato de improbidade.

A primeira consiste na prática do ato administrativo em desacordo com o figurino legal. Em se tratando de Administração Pública, e presentes os cânones da legalidade estrita, a prática do ato em desacordo com a lei se sujeita às sanções próprias constantes do ordenamento jurídico.

Encarece a doutrina que o ímprobo é o desonesto, o desleal, o imoral. É essa a nota distintiva da improbidade. Mais do que a comprovação da prática do ato viciado em si mesmo, deve-se caracterizar, para fins de enquadramento do sindicado nos ditames da improbidade, a falta ao dever ético de conduta de parte do servidor, a falta ou desvio de caráter da ação a qualificar a nulidade como ato imoral, ímprobo.

Sobre esse ponto, ensina a doutrina de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:

“Quando se exige probidade ou moralidade administrativa, isto significa que não basta a legalidade formal, restrita da atuação administrativa, com observância da lei; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública”.

[Direito Administrativo, 15 ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 670].

Nesse sentido, também tem se posicionado a jurisprudência do Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, que, em julgado conduzido pelo voto do Eminentíssimo Ministro LUIZ FUX, então integrante dos quadros daquela Corte, assim se pronunciou:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. (PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92, ART. 11. EXIGÊNCIA DE CONDUTA DOLOSA)

“1. Os embargos de declaração visam conceder efeitos infringentes do julgado sob a invocação de que o elemento subjetivo do tipo não logrou ser examinado.

2. O aresto embargado, nos itens 3 e 4, versou acerca do elemento subjetivo do tipo, *verbis*: A doutrina do tema é assente que “imoralidade e improbidade devem-se distinguir, posto ser a segunda espécie qualificada da primeira, concluindo-se pela inconstitucionalidade da expressão culposa constante do *caput* do artigo 10 da Lei 8.429/92” (Aristides Junqueira, José Afonso da Silva e Weida Zancaner). É que “estando excluída do conceito constitucional de improbidade administrativa a forma meramente culposa de conduta dos agentes públicos, a conclusão inarredável é a de que a expressão ‘culposa’ inserta no *caput* do art. 10 da lei em foco é inconstitucional. Mas, além da questão sobre a possibilidade de se ver caracterizada improbidade administrativa em conduta simplesmente culposa, o que se desejou, primordialmente, foi fixar a distinção entre improbidade e imoralidade administrativas, tal como acima exposto, admitindo-se que há casos de imoralidade administrativa que não atingem as raiais da improbidade, já que esta há de ter índole de desonestidade, de má-fé, nem sempre presentes em condutas ilegais, ainda que causadoras de dano ao erário” (Improbidade Administrativa – questões polêmicas e atuais, coord. Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho, São Paulo, Malheiros, 2001, pág. 108). Destarte, “somente nos casos de lesão ao erário se admitiria a forma culposa — cumulativamente com a dolosa — de improbidade administrativa, porquanto teria o legislador silenciado quanto às hipóteses em que não houvesse prejuízo ao patrimônio público. Com efeito, a forma culposa de lesão aos princípios que regem a atuação dos agentes públicos, por si só, sem o correspondente prejuízo patrimonial efetivo, não basta para justificar incidência das sanções de improbidade administrativa, ante o princípio da reserva legal” (Improbidade Administrativa, Fábio Medina Osório, Porto Alegre, Síntese, 1997, pág. 82).

3. Consectariamente, são inacolhíveis os embargos de declaração com finalidade unicamente infringente, porquanto inócua qualquer omissão (precedentes)” (g.n.).

[Processo: EDcl no REsp 939142 / RJ – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL 2007/0071808-o, Relator(a): Ministro LUIZ FUX, Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA, Data do Julgamento: 18/09/2008, Data da Publicação/Fonte: DJe 20/10/2008]

No voto condutor do Recurso Especial donde manejados os embargos acima indicados, Sua Excelência bem pontua que:

“A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada cum *granu salis*, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além de que o legislador pretendeu. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador.

À luz de abalizada doutrina: “A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, §4º). A probidade administrativa consiste no dever de o “funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer”. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem (...)” in José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 24ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p-669”.

[RECURSO ESPECIAL nº 797.671 – MG (2005/0179387-o)]

Em outro precedente, o mesmo Em. Ministro, que, atualmente, compõe o C. STF, assim se pronuncia a respeito desse tema:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO. RECURSOS DO PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR (PNAE). MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ.

“1. A atipicidade dos fatos, à luz da prova produzida na fase de defesa prévia da ação de improbidade, decorrente da análise das atividades do prefeito, conducentes à rejeição da ação, interditam a cognição do Tribunal na forma da Súmula 7/STJ.

2. *In casu*, a instância *a quo* concluiu que: “AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO. NÃO RECEBIMENTO DA INICIAL. 1. Os fatos, cujo enquadramento é proposto no art. 11, I, demais não caracterizarem a figura do desvio de poder, qualificam-se como meras irregularidades, incapazes de configurar improbidade administrativa, instituto inseparável da presença de desonestidade. 2. A verificação na aquisição de merenda escolar, de aquisições superiores a 3% do valor de mercado, não é hábil, só por si, para configurar o tipo do art. 10, XII, da Lei 8.429/92. 3. Inicial não recebida” Sra. Presidente, quanto à questão da lei de improbidade, que é uma lei da máxima relevância, no entanto tenho uma certa preocupação com a aplicação da lei de improbidade. Essa preocupação nasce do próprio conceito de improbidade administrativa. O Professor José Fontes da Silva, quando entrou em vigor a Constituição Federal, se pronunciou pelo conceito de improbidade administrativa como uma ofensa qualificada à moralidade administrativa. De maneira que se pode concluir que uma irregularidade ou uma ilegalidade nem sempre poderá ser considerada improbidade administrativa. Os fatos narrados, a aquisição de produtos alimentícios no valor bem superior ao valor do mercado configuraria, a princípio, a improbidade administrativa. Creio que o fato de uma resolução regulamentar exigir um laudo de controle da mercadoria e, isso não foi realizado pela administração, penso que talvez essa desobediência que se enquadra no art.11, I, não configure o tipo da improbidade. O meu voto é no sentido de receber, apenas, o pedido no que concerne ao art. 10, XXII.. (...) Peço licença para retificar meu voto. Quando recebi a inicial, fi-lo com base no art. 10, XII. É certo que este inciso fala “permitir, facilitar ou concorrer para que terceiros se enriqueçam ilicitamente”. No entanto, assim fazia em face de o inciso V ter um tipo que poderia representar a subsunção de uma das irregularidades narradas, que era “permitir ou facilitar aquisição, permuta ou locação de bens ou serviços por preços superiores ao do mercado”. Considerando que dentro do conjunto do valor global do convênio o suposto excesso de valor de mercado fora de aproximadamente 2% (dois por cento), retifico meu voto acompanhando a maioria e não recebendo a inicial, pedindo vênias ao Relator”.

3. Recurso Especial não conhecido” (g.n.).

[RESP 200501941946, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:13/10/2008].

Essas são as diretrizes de pensamento que, segundo vejo a questão, devem orientar e informar o critério diferenciador entre a prática de uma mera irregularidade administrativa e um ato de improbidade.

Bem de ver, por outro lado, que a constatação da má-fé nas condutas trazidas ao crivo da cognição judicial deve ser cabalmente comprovada pelo interessado.

Por ser a representação do senso médio de honestidade que se deve esperar das condutas em sociedade, é a boa-fé do agente que deve ser presumida no caso concreto, cedendo a presunção apenas quando sobrevier prova incontestável da situação oposta.

Quanto a esse ponto, entendo pertinente que se traga à colação as reflexões de nosso mais notável juriconsulto, o emérito Professor MIGUEL REALE, que deixa bem clara essa posição: a grande baliza do intérprete do Direito é o pressuposto da boa-fé. Em suas próprias palavras:

“Se há algo que me impressiona no evoluir do Direito pátrio é a crescente perda de confiança no homem. Nossa legislação baseia-se, cada vez mais, no pressuposto da má fé. Desconfia-se de tudo e de todos, postos no mesmo plano os honestos e os que o não são, como se fosse possível esperar tudo da lei quando nada se espera da livre e espontânea cooperação do homem. Crê-se na lei, porque já não se crê no homem, quando aquela só vale como expressão objetiva das virtudes humanas”.

[Horizontes do Direito e da História – Estudos de Filosofia do Direito e da Cultura, São Paulo: Editora Saraiva, 1956, p. 10].

Assim, em atenção à exortação da doutrina, deve prevalecer sempre, no espírito do julgador, a orientação que prestigia a presunção da boa-fé nas relações jurídicas. Todas as outras situações devem ficar comprovadas nos autos.

Com isso em mente, passo à análise individualizada da conduta apontada inicial.

DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO AO ERÁRIO. COMPROVAÇÃO. SANÇÕES DE IMPROBIDADE.

Da análise da documentação juntada aos autos no âmbito da instrução processual aqui em encetada, restou claro que está confirmada a tese desenvolvida na inicial da presente ação civil pública, no que, de fato, a empresa ora requerida, através do seu representante legal e responsável RODRIGO ALMEIDA BARROS, executou as ações do citado programa desatendendo às normas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, no que se refere:

a) não comprovação das aquisições por meio de notas fiscais dos medicamentos registrados no Sistema Autorizador de vendas (DATASUS) do Programa Farmácia Popular do Brasil (PFPB), no período de abril de 2013 a janeiro de 2014, e;

b) registro de vendas em nome de pessoas falecidas, restando patente que os requeridos promoveram dispensações fraudulentas dos medicamentos relacionados com o Programa Farmácia Popular, caracterizando vendas simuladas.

Nesse sentido, o DENASUS constatou que os réus não apresentaram a totalidade das notas fiscais de aquisição dos medicamentos auditados para comprovar as dispensações realizadas por meio do Programa Farmácia Popular, contrariando o que dispõe o art. 11 do Dec. n. 1651, de 28/09/1995, bem como os § 2º e 3º do art. 23, da Portaria GM/MS n. 971 de 15/05/2012.

Em face desse panorama probatório documental, alegações genéricas de ausência de dolo desfiadas na contestação oferecida ao pedido inicial não ostentam a mínima condição para serem acolhidas, mesmo porque não veio aos autos nenhum documento hábil a comprovar que, pelo menos, as compras dos medicamentos para o estabelecimento comercial, com a sua posterior venda a terceiros – fato que poderia facilmente ser comprovado por meio de Notas Fiscais – tenham efetivamente ocorrido.

Evidentemente que, fosse o caso, v.g., de um mero erro inocente de digitação quanto ao número de CPF do adquirente do medicamento, provas documentais das efetivas aquisições e subsequentes dispensações dos medicamentos existiriam, ou teriam condições de ser exibidas. À míngua dessa demonstração – que competia à defesa dos requeridos – somos deixados com a conclusão, única possível, de que a aquisição cadastrada na plataforma digital do Programa “Farmácia Popular” efetivamente não aconteceu.

Aqui, entra em consideração a circunstância de que o responsável legal do empreendimento cadastrado, além de diretamente beneficiado pelos repasses de verbas para a aquisição de tais fármacos, era – segundo se denota de suas próprias declarações colhidas no âmbito do inquérito civil – o único responsável pela empresa investigada, a única pessoa que tinha

acesso ao sistema informatizado do DATASUS (utilizado para operar o programa), havendo reconhecido, que, de fato, os registros ali lançados, e apontados como irregulares pelas autoridades da fiscalização, foram por ele realizados.

Daí, possível a inferência de que o réu – pessoa física – não comprovou a aquisição e nem a venda dos medicamentos selecionados pela auditoria, razão pela qual as informações de dispensações inseridas por ele no sistema PFPB são falsas, o que ocasiona locupletamento ilícito em seu favor, uma vez que recebeu repasses indevidos, em prejuízo do erário.

Nesse ponto, cumpre enaltecer, uma vez mais, que o estabelecimento credenciado é remunerado pelo Governo Federal a partir dos lançamentos de dispensações (entrega ao cidadão) de medicamentos efetuadas no Sistema Autorizador do Programa, conforme se depreende dos arts. 17 e 29, da Portaria GM/MS n. 971/2012, vigente à época das dispensações.

Daí, não demonstradas as efetivas transações comerciais envolvendo os medicamentos declarados, na plataforma digital, pelo empreendimento sindicado, e certificado que a única pessoa a manipular o sistema era o responsável legal da empresa, justamente o beneficiário dos repasses das verbas atinentes ao programa, desvela-se, com grande segurança, a conclusão pela autoria do fato imputado na inicial, a substanciar um decreto condenatório de ambos os réus.

Por outro lado, o prejuízo ao erário restou seguramente demonstrado a partir daquilo que se vê do Relatório de Auditoria n. 16434 do DENASUS, devidamente catalogado nos autos do Inquérito Civil n. 1.34.003.000257/2016-73, instaurado no âmbito da DD. Procuradoria da República no Município de Bauru, ambos conclusivos no sentido de que a empresa administrada pelo requerido não apresentou documentos fiscais comprobatórios de aquisição dos medicamentos dispensados, por meio do Programa “Farmácia Popular”, dando conta que o estoque era inferior às dispensações informadas.

Mais, constatou o procedimento de fiscalização que houve dispensação de medicamentos a pessoas já falecidas, originando-se, de tais condutas, prejuízo de R\$ 77.895,88 ao Fundo Nacional de Saúde. Nesse particular, verifica-se que a contestação apresentada pelos requeridos se apresenta absolutamente lacônica sobre o ponto, no que, em momento algum, se impugna, seja a efetivação das despesas à conta do programa oficial de aquisição de medicamentos, seja o montante a tanto associado – resumindo-se à defesa apresentada ao reconhecimento da ausência de dolo na conduta dos requeridos –, de sorte que, quanto a isso, é de se reconhecer a incidência da norma prevista no art. 341 do CPC, presumindo-se verdadeiras as alegações de fato não especificamente impugnadas pelos réus.

Conflagra-se, portanto, agressão reiterada e sistemática, por meio de diversas condutas praticadas em continuação, de princípios administrativos constitucionais, gerando enriquecimento ilícito do agente público por equiparação, e, por decorrência, prejuízos materiais e lesão ao patrimônio público, a caracterizar assalto aos preceitos informadores da legislação de improbidade estampados nos arts. 9º (incisos XI e XII) e 10 (incisos VI e IX) da Lei n. 8.429/92 – LIA, a sujeitar as partes transgressoras ao conteúdo sancionatório a tanto correlato.

Neste particular, por sinal, insta destacar superadas as antigas discussões doutrinárias e jurisprudenciais respeitantes à constitucionalidade das sanções de improbidade previstas na legislação específica, tendo a matéria sido pacificada no âmbito da Suprema Corte Brasileira, consoante se verifica a partir do seguinte precedente:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI Nº 8.429/1992. PENA DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS. CONSTITUCIONA-

LIDADE. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE DA SANÇÃO. VALORAÇÃO DEPENDENTE DA REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA CONSTANTE NO ACÓRDÃO REGIONAL. PROCEDIMENTO VEDADO NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 5º, LIV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. NATUREZA INFRACONSTITUCIONAL DA CONTROVÉRSIA. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/1973.

“1. O entendimento da Corte de origem, nos moldes do assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal, no sentido da constitucionalidade das sanções impostas pela Lei nº 8.429/1992.

2. A verificação, no caso concreto, da proporcionalidade entre a reprimenda aplicada e a conduta que a ensejou demandaria a reelaboração da moldura fática delineada no acórdão de origem, a tornar oblíqua e reflexa eventual ofensa à Constituição, insuscetível, como tal, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário.

3. Obstada a análise da suposta afronta ao inciso LIV do art. 5º da Carta Magna, porquanto dependeria de prévia análise da legislação infraconstitucional aplicada à espécie, procedimento que refoge à competência jurisdicional extraordinária desta Corte Suprema, a teor do art. 102 da Magna Carta.

4. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada.

5. Agravo regimental conhecido e não provido” (g.n.).

[AI-AgR-segundo - SEGUNDO AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO, ROSA WEBER, STF].

Nestes termos, verificada a plena compatibilidade vertical entre as normas previstas na legislação de improbidade administrativa e o Texto Constitucional, é impositiva a conclusão no sentido de que – em sendo positiva a subsunção dos fatos expostos na inicial à norma de regência que tutela a probidade na Administração – devem ser aplicadas as sanções pertinentes previstas no tipo proibitivo.

Nessa conformidade, e considerando a natureza da conduta praticada, suas consequências, bem assim a magnitude e a extensão do enriquecimento experimentado pelos agentes, da lesão perpetrada ao erário, entendo pertinente a aplicação aos requeridos, solidariamente (art. 3º da Lei n. 8.429/92), das seguintes sanções, previstas no art. 12 da LIA:

(1) o ressarcimento integral do dano praticado contra o erário (Fundo Nacional de Saúde – FNS), estabelecido, em montantes incontroversos, no importe total de R\$ 77.895,88, em valores devidamente atualizados para a data da efetiva liquidação do débito, com incidência de juros moratórios desde a citação (art. 240, *caput*, do CPC) na forma dos arts. 405 e 406, ambos do CC;

(2) a suspensão dos direitos políticos do réu/ pessoa física (RODRIGO ALMEIDA BARROS) pelo período de 08 anos, abrangendo essa suspensão tanto a capacidade eleitoral ativa quanto a passiva;

(3) o pagamento de multa civil multa civil em valor idêntico ao do prejuízo experimentado pela Administração Pública (valor certo de R\$ 77.895,88, montantes atualizados para), a reverter em favor do Fundo previsto no art. 13 da Lei n. 7.347/85;

(4) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 10 (dez) anos.

Estas sanções, por evidente, somente poderão ser executadas após o trânsito em julgado, presente o que dispõe o art. 5º, LVII, da CF c.c art. 20 da LIA (Lei n. 8429/92).

Com estas considerações, julga-se procedente o pedido inicial contida nessa ação civil pública, impondo-se aos réus as sanções aqui discriminadas.

DISPOSITIVO

Isto posto, e considerando o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE o pedido inicial, com resolução do mérito da lide, na forma do art. 487, I do CPC. Nessa conformidade, por incursão no que disciplinam os arts. 9º (incisos XI e XII) e 10 (incisos VI e IX) da Lei n. 8.429/92 – LIA:

(A) CONDENO os réus (RODRIGO ALMEIDA BARROS e RODRIGO ALMEIDA BARROS FARMACIA - ME), solidariamente, a restituir à União Federal (FUNDO NACIONAL DE SAÚDE – FNS), o valor certo de R\$ 77.895,88, devidamente atualizado para a data da efetiva liquidação do débito, acrescido de juros moratórios, desde a data da citação para os termos da presente ação (art. 240, *caput*, do CPC), na forma dos arts. 405 e 406 do CC;

(B) CONDENO os réus, solidaridamente, ao pagamento de multa civil, em valor idêntico ao do prejuízo experimentado pela Administração Pública (valor certo de R\$ 77.895,88), devidamente atualizado, desde a data da citação, para a data da efetiva liquidação do débito;

(C) DECLARO a suspensão dos direitos políticos do réu RODRIGO ALMEIDA BARROS (capacidade eleitoral ativa e passiva), pelo período de 08 anos, a contar da data do trânsito em julgado da presente decisão;

(D) DECLARO a proibição, em relação a ambos os réus, de contratar com o Poder Público, ou dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual os requeridos (pessoa física e/ ou jurídica) sejam sócios majoritários, pelo prazo de 10 (dez) anos.

Atualização monetária nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Arcarão os réus, vencidos, com o pagamento das custas e despesas processuais. Sem condenação em honorária de advogado, tendo em vista que proposta ação pelo Ministério Público Federal.

Ciência ao Ministério Público Federal.

P.I.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE

MANDADO DE SEGURANÇA

5002954-18.2019.4.03.6120

Autor: ADRIANO DE PRINCE LUCHETTI

Réu: REITORA DA FACULDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS - UFMG

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP

Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/10/2019

SENTENÇA

I — FUNDAMENTAÇÃO

Trata-se de mandado de segurança proposto por Adriano de Prince Luchetti contra ato da Reitora da Faculdade Federal de Minas Gerais — UFMG, por meio do qual o impetrante pede que as autoridades impetradas sejam compelidas a matriculá-lo no curso de graduação em História, no período noturno.

Em resumo, a inicial articula que o autor se submeteu ao processo de seleção para vagas no curso de graduação em História na UFMG, por meio do Sistema de Seleção Unificada — SISU, na modalidade de candidatos que (i) estudaram em escola pública, (ii) estão inseridos em grupo familiar com renda bruta mensal per capita igual ou inferior a 1,5 salário mínimo e (iii) se autodeclararem negros (pretos ou pardos). O autor apresentou os documentos que comprovavam o preenchimento das condições e se submeteu a entrevista com comissão responsável pelo procedimento de heteroidentificação, constituída para avaliar os caracteres fenótipos dos candidatos que se autodeclararam negros. Sucede que dita comissão concluiu pelo não enquadramento do autor como pardo, o que resultou na sua exclusão do certame.

O impetrante sustenta ser descabido submeter a autodeclaração a uma comissão, uma vez que não há critério científico e objetivo que permita identificar alguém como negro, pardo ou indígena. Além disso, “[...] ainda que fosse possível a identificação de tal qualidade de uma determinada pessoa, o fato de alguém ser considerado “negro”, pardo”, “branco” ou “amarelo”, não importaria em critério de erradicação das desigualdades sociais, visto que o fato de alguém ser considerado um ou outro não caracteriza motivo determinante de inferioridade ou superioridade intelectual ou social”. Acrescentou que a condição de pardo foi comprovada por meio da certidão de óbito do avô materno, de modo que não há dúvida de que ostenta as características que lhe permitem concorrer às vagas segundo o critério de cotas raciais.

A liminar foi indeferida (Num. 20432464).

Em suas informações (Num. 21347197) a autoridade impetrada arguiu as preliminares de ilegitimidade passiva (a matrícula é ato de responsabilidade exclusiva do Departamento de Registro e Controle Acadêmico) e de ausência de direito de agir (o impetrante não demonstra a existência de direito líquido e certo). No mais, defendeu a decisão que não confirmou a condição racial declarada pelo impetrante, destacando que todo o processo se deu nos estritos termos do edital. Comprovou que a decisão que excluiu o autor foi unânime, assim como a decisão que julgou o recurso interposto pelo candidato.

Em linhas gerais, a manifestação da UFMG (Num. 21412700) encampou as informações da autoridade impetrada, inclusive no que diz respeito às preliminares.

O MPF manifestou-se pela denegação da ordem (Num. 22340240).

É a síntese do necessário.

II — FUNDAMENTAÇÃO

A preliminar de ilegitimidade passiva não procede. Ainda que a matrícula seja atribuição de um departamento específico, é certo que essa unidade está hierarquicamente submetida à Reitoria da instituição. Cumpre rememorar que inicialmente a impetração era dirigida contra três autoridades (a Reitora, o Vice-Reitor e o responsável pelo Departamento de Registro e Controle Acadêmico), mas na primeira decisão proferida restringi o polo passivo à Reitora, com base nos seguintes argumentos:

“(…) a autoridade coatora no mandado de segurança corresponde ao agente que tenha praticado o ato impugnado, do qual emane a ordem para sua prática ou que detenha poderes para modificá-lo. Não poderia ser diferente, pois se o objetivo da impetração é cancelar, alterar ou evitar a prática de um ato, essa pretensão deve ser dirigida a quem detém poderes suficientes para qualquer dessas providências. Ocorre que no caso dos autos a impetração é dirigida a três autoridades que se alinham em provável escala hierárquica, a indicar a superposição de competências. Afinal, é evidente que as decisões do vice-reitor não podem se sobrepor às da reitora, que presumivelmente possui poderes para rever os atos de departamentos a ela vinculados. Sendo assim, entendo que a impetração deve ser dirigida apenas à Reitora da UFMG, restando indeferida a inicial em relação ao Vice-Reitor e ao responsável pelo Departamento de Registro e Controle Acadêmico da instituição. Desnecessário a retificação da autuação, uma vez que apenas a Reitora foi incluída como autoridade impetrada.

Da mesma forma, não há que se falar em falta de interesse de agir. A demonstração cabal de direito líquido e certo não é pressuposto para a impetração do mandado de segurança, mas sim para a concessão da ordem. Dito de outra forma, se a exclusão do autor do certame foi legítima é questão afeta ao mérito, não se confundindo com os pressupostos para o ajuizamento da ação.

Descendo para a questão de fundo, começo pelo resgate dos fundamentos da decisão que indeferiu a liminar.

“No que diz respeito ao objeto da impetração, registro que os estreitos limites cognitivos do mandado de segurança não permitem ingressar no mérito da decisão questionada pelo impetrante, proferida pela comissão de heteroidentificação da UFMG. O fato de a decisão não ter sido juntada (aparentemente nem o autor teve acesso ao parecer que implicou em sua exclusão) é um dos fatores que restringem o objeto de análise, mas não é o mais importante. A maior limitação que se apresenta neste caso decorre do fato de que o mandado de segurança não admite dilação probatória que vá além da apresentação de documentos. Logo, o objeto deste feito deve ficar limitado aos aspectos relacionados à legalidade do ato questionado, não havendo espaço para definir se os fenótipos do impetrante se adequam à autodeclaração como pardo. (...)”

O requisito essencial para a concessão de medida liminar em mandado de segurança é a demonstração de indícios evidentes, próximos da certeza, da prática de um ato ilegal pela autoridade coatora.

Neste mandado de segurança o impetrante questiona a legalidade do sistema de confirmação da autodeclaração dos candidatos que disputam vagas por meio do sistema de cotas raciais adotado pela UFMG. Segundo esse sistema, os candidatos que se autodeclararam negros

ou pardos se submetem a um procedimento de heteroidentificação, realizado por comissão designada pela reitoria da instituição.

De largada cumpre destacar que o autor se contrapõe a regra expressa do edital, no sentido de que “no caso de candidatos que se autodeclararem negros (pretos ou pardos) esta condição poderá ser confirmada por procedimento de heteroidentificação, realizado por Comissão designada pela Reitoria da UFMG para tal fim, por meio do qual serão avaliados os caracteres fenotípicos dos candidatos para aferição da condição racial declarada”¹.

Como se sabe, ao se inscrever em concurso seletivo o candidato aceita tacitamente suas regras, a elas se submetendo. Mudando o que deve ser mudado, aplica-se ao caso a lição clássica de HELY LOPES MEIRELLES² a respeito da força normativa do instrumento convocatório nas licitações. Ou seja, o edital é a lei interna do concurso, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os candidatos como a Administração que o expediu.

A possibilidade de revisão judicial de regras do edital deve ser reservada aos casos em que demonstrada ilegalidade na norma, incongruência ou contradição interna do edital ou ainda nos casos de flagrante falta de razoabilidade na criação da norma ou em sua aplicação.

No presente caso, porém, não vislumbro nenhuma das situações que autorizam a excepcional intromissão do Poder Judiciário nos assuntos da UFMG.

O sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial no processo de seleção para instituição pública de ensino superior foi declarado constitucional pelo STF no célebre julgamento da ADPF nº 186/DF. Dentre outras balizas, nesse precedente se reconheceu a legitimidade da autoidentificação, da heteroidentificação e da combinação de ambos os sistemas (hipótese dos autos) como critérios válidos para o enquadramento do candidato na política de reserva de cotas. A propósito disso, oportuno resgatar a defesa às comissões que avaliam a presença dos caracteres físicos e visíveis para definição do enquadramento do candidato no sistema de cota que consta no voto do Ministro Luiz Fux:

A medida é indispensável para que as políticas de ação afirmativa não deixem de atender as finalidades que justificam a sua existência. Não se pretende acabar com a autodefinição ou negar seu elevado valor antropológico para afirmação de identidades. Pretende-se, ao contrário, evitar fraudes e abusos, que subvertem a função social das cotas raciais. Deve, portanto, servir de modelo para tantos outros sistemas inclusivos já adotados pelo território nacional. A questão também foi abordada no voto da Ministra Rosa Weber, que contribuiu com o seguinte raciocínio a respeito das vantagens do critério fenótipo sobre o genótipo:

Enfim, no que diz com as comissões de classificação formadas pela UnB para avaliar o preenchimento, pelos candidatos às vagas de cotistas, da condição de negro, deve-se considerar que a discriminação, no Brasil, é visual. Expressivo, a propósito, na obra Um enigma chamado Brasil – 29 intérpretes de um país, artigo de Maria Laura Viveiros de Castro Cavalcante, sob o título “Estigma e Relações Raciais na obra pioneira de Oracy Nogueira – paulista de Cunha, falecido em 1996, filho de professores brancos e católicos e com doutorado na Universidade de Chicago, nos Estados Unidos. Fez, Oracy Nogueira, extensas pesquisas entre 1940 e 1955 sobre o preconceito racial no Brasil e nos Estados Unidos, forjando os conceitos, ainda ontem lembrados da tribuna, de preconceito de origem e preconceito de marca. Segundo o seu magistério, enquanto nos Estados Unidos prevalece o preconceito de origem, que elege como critério de discriminação a ascendência, a gota de sangue (qualquer que seja a presença de ancestrais do grupo discriminador ou discriminado na ascendência de uma pessoa mestiça, ela é sempre classificada no grupo discriminado), no Brasil viceja o preconceito de marca, em que o fenótipo, a aparência racial é o critério da discriminação, consideradas não só as nuances da cor como os traços fisionômico. Nessa linha, explicita a articulista, a concepção de branco e não branco varia de indivíduo para indivíduo dentro do mesmo grupo ou da mesma

1 Item 3, alínea ‘c’ do edital complementar ao edital do processo seletivo para acesso aos cursos de graduação da UFMG em 2019 (num. 20368983).

2 Direito administrativo brasileiro. 29 ed. atual. – São Paulo : Malheiros, 2004, p. 268.

família, e atua – insidioso e abominável como qualquer forma de discriminação –, mediante a preterição. Assim, complementa ela, ao concorrer em igualdade de condições, a pessoa “escura” será sempre preterida por uma pessoa mais “clara”, e na hipótese de demonstração, pela pessoa mais “escura”, de inegável superioridade em inteligência e habilidades, o que se permite é que se lhe abra “uma exceção”. A cor, finaliza, como metonímia racial, emerge, pois, como categoria duplamente cultural.

Cumprir registrar que o modelo de heteroidentificação não teve aceitação unânime no Plenário. Apesar de ter julgado improcedente a ação, aderindo à parte dispositiva do voto do relator, o Ministro Gilmar Mendes teceu críticas ao modelo de confirmação da autodeclaração por comitê:

Não é razoável que alguém se invista na universidade neste tipo de poder de dizer quem é branco e quem é negro para essa finalidade. Seria muito mais razoável adotar-se um critério objetivo de referência, de índole socioeconômicas. Porque todos podemos imaginar as distorções eventualmente involuntárias, como esses casos estão a demonstrar, mas também eventuais distorções de caráter voluntário, a partir desse tribunal que, segundo se diz, pelo menos na mídia, opera com quase nenhuma transparência. Então, veja que se conferiu, aí, a um grupo de iluminados esse poder que ninguém quer ter, de dizer quem é branco, quem é negro, numa sociedade altamente miscigenada. Então, temos, Presidente, realmente, um sério problema a despeito da correção do discurso. Ninguém está aqui a negar a constitucionalidade das ações afirmativas, nós temos um número muito razoável de decisões do Supremo Tribunal Federal, em variada ordem, que ressalta a possibilidade de se adotarem critérios diversos. Isso faz parte, inclusive, da velha fórmula que era decantada já por Rui Barbosa: de tratar igualmente a iguais e desigualmente a desiguais. Ou, na crítica de Anatole France, que dizia: a igualdade formal assegurava a pobres e ricos. Mas a referência, aqui, era a pobres e ricos, o direito inclusive de dormir sobre as pontes.

Então, é preciso ter atenção para esse aspecto. Este ponto me parece um ponto crítico do modelo. Eu poderia, também, eu não estranharia a possibilidade, Presidente, de se falar, em princípio, da necessidade de alguma baliza ou parâmetro legal, mas, tendo em vista inclusive essas singularidades, não me parece inconveniente que instituições com essa dose de autonomia possam fazer a modelagem de seus tipos a fim de buscar uma maior efetividade. Mas a mim me parece - e acredito que há um esforço nesse sentido quando nós vemos, será debatido no caso do ProUni, inclusive a questão da lei complementar para fins de isenção ou imunidade, ou também das regras do Estatuto da Igualdade Racial -, mas, a mim me parece que, num país com tantas diversidades, e com tantas instituições dotadas de autonomia, aí as próprias universidades estaduais, federais e, também, as particulares, que estão submetidas a regras básicas, não seria estranho que houvesse pelo menos aquele tipo de lei moldura, de lei quadro, que permitisse balizar os critérios. Mas vamos de novo destacar: o modelo da UnB nas universidades federais tem a virtude e obviamente os eventuais defeitos de um modelo pioneiro feito sem paradigmas anteriores. Então, esse é um ponto importante, não se pode negar a importância de ações que levem a combater essa crônica desigualdade.

(...)

Quando se apontam as distorções, e elas são sérias, tanto a possibilidade de cooptação, ricos que se aproveitam da cota, pervertendo, portanto, o sistema; ou decisões discricionárias ou até arbitrárias de servidores das universidades nesse órgão de seleção racial; já a ideia do tribunal racial evoca a memória de coisas estranhas, Presidente, não é? Enfim, não é um bom modelo, especialmente numa sociedade miscigenada; quer dizer, há uma dificuldade muito grande em relação a isso.

Posteriormente a questão das cotas para negros foi revisitada pelo plenário do STF, agora na perspectiva da reserva de vagas no serviço público. Trata-se da ADC 41/DF, cujo objeto era a Lei 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta.

Como não poderia ser diferente, a Corte assentou a constitucionalidade da norma e, no aspecto que interessa ao presente caso, reafirmou a constitucionalidade do sistema de heteroidentificação, que desta feita integrou a tese do julgamento, que é a seguinte: “É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa”.

Ora, assentado que o critério de heteroidentificação é constitucional, não há como censurar a UFMG por adotá-lo em seu processo seletivo, uma vez que se trata de matéria afeta à autonomia das universidades.

Cabe acrescentar que os indícios de que impetrante possui ascendência parda, manifestada no atestado de óbito do avô materno, não se sobrepõem à decisão da comissão de heteroidentificação da UFMG, uma vez que o critério adotado pela instituição para o acesso de candidatos pelo sistema de cotas raciais não é do genótipo, mas sim do fenótipo.

Penso hoje como pensava ontem, sendo que as informações da autoridade impetrada, a manifestação da UFMG e o parecer do MPF apenas reforçaram minha convicção em relação à matéria.

Por conseguinte, impõe-se a denegação da segurança.

III — DISPOSITIVO

Diante do exposto, DENEGO A SEGURANÇA extinguindo o feito com resolução de mérito, nos termos do art. 487, I do CPC.

Sem honorários advocatícios, em face do disposto no artigo 25, da Lei 12.016/09.

Custas pelo impetrante, que é isento em razão da concessão da AJG.

Caso interposto recurso, intime-se a contraparte para contrarrazões e encaminhe-se o processo ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Ciência ao MPF.

Juiz Federal MÁRCIO CRISTIANO EBERT

PROCEDIMENTO COMUM**5014530-68.2019.4.03.6100**

Autora: LOURDES CASTILHO CECCOLINI

Ré: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 26ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Juíza Federal: SÍLVIA FIGUEIREDO MARQUES

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/09/2019

SENTENÇA

Vistos etc.

LOURDES CASTILHO CECCOLINI, qualificada na inicial, propôs a presente ação contra a União Federal, pelas razões a seguir expostas:

Afirma, a autora, que é Auditora Fiscal da Receita Federal do Brasil, desde 12/01/1981, tendo se aposentado em 19/10/2009.

Afirma, ainda, que obteve o direito de se aposentar em junho de 2004, nos termos da Emenda Constitucional n. 20/98.

Alega que, no ano de 2011, foi instaurado o PAD nº 16302.000153/2011-53, para apuração de fato ocorrido no período compreendido entre 2008 e 2010. Deste, resultou a cassação de sua aposentadoria.

Sustenta que o PAD em discussão é nulo, já que a comissão foi composta por servidores não estáveis, no período em que atuaram, e que a estabilidade dos mesmos somente foi conferida no ano de 2016, após o encerramento do PAD.

Acrescenta que o fato de a portaria, que conferiu a estabilidade, ter indicado que os efeitos eram retroativos não retira tal nulidade.

Sustenta, ainda, que ela já tinha conquistado o direito de se aposentar (contribuição e idade), em junho de 2004, e que os supostos atos praticados são posteriores ao direito adquirido à aposentadoria, assim como a instalação do PAD.

Pede que a ação seja julgada procedente para declarar nulo o PAD n. 16302.000153/2011-53 ou, caso não seja esse o entendimento do juízo, para declarar a nulidade da cassação da aposentadoria da autora. Pede, ainda, que a ré seja condenada ao pagamento de todos os valores dos proventos de aposentadoria, relativos aos últimos cinco anos.

A autora emendou a inicial para excluir o pedido de pagamento dos valores anteriores ao ajuizamento da ação. Comprovou, ainda, a data na qual foi reconhecido seu direito à aposentadoria.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi deferido (id 20898579). Contra esta decisão, a ré interpôs agravo de instrumento.

A União Federal contestou o feito (id 21996112). Apresenta esclarecimentos sobre o PAD. Informa que ao final do mesmo foi aplicada a penalidade de cassação da aposentadoria, por intermédio da Portaria n. 385, de 2017, pela prática de ato de improbidade administrativa e por ter-se, a autora, valido do cargo para obter proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com fundamento no artigo 132, IV e XIII, este último combinado com o artigo 117, IX da Lei n. 8.112/90, com restrição de retorno ao serviço público federal, nos moldes do artigo 137, parágrafo único, do mesmo diploma legal. Quanto às alegações da

autora, afirma que os servidores designados para compor a comissão processante têm que ter estabilidade no serviço público, não nos cargos ocupados. E tal requisito foi cumprido. Afirma, ainda, que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a constitucionalidade da pena de cassação da aposentadoria. Salienta que a perda da aposentadoria não impede que o apenado leve o tempo de contribuição para o Regime Geral da Previdência Social. Pede que a ação seja julgada improcedente.

As partes não requereram a produção de provas. Mas a autora apresentou impugnação à contestação.

É o relatório. Passo a decidir.

Do exame dos documentos existentes nos autos, verifico que a autora preencheu os requisitos legais para aposentadoria em março de 2003, tendo permanecido em atividade, com recebimento do abono de permanência, até sua efetiva aposentadoria, que ocorreu em 19/10/2009, com proventos integrais (Id 20883984).

Verifico, ainda, que o PAD nº 16302.000153/2011-53 foi instaurado para apurar a prática de atos de corrupção e violação de sigilo fiscal, ocorridos no período de junho de 2008 a setembro de 2010. É o que consta do relatório da decisão proferida (Id 20532322).

Ora, os atos tidos como praticados pela autora ocorreram após a aquisição de seu direito de aposentadoria. Em consequência, a cassação da aposentadoria, em razão desses atos posteriores à aquisição do direito, viola o direito adquirido da autora, o que não pode ser admitido.

Com efeito, a Constituição da República, em seu art. 5º, XXXVI, garante o direito adquirido até mesmo contra a Lei nova. A segurança jurídica é um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

O Colendo STF, ao editar a Súmula 359, estabeleceu que há direito adquirido quando preenchidos os requisitos legais necessários à aposentadoria. Confira-se:

“Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários.”

É de se ter em mente, ainda, que a aposentadoria do servidor depende de ter havido contribuição por parte dele durante um determinado período de tempo. Não se trata, pois, de um favor da Administração ao servidor, mas de um direito que ele adquire após cumprir os requisitos previstos na Constituição da República e na Lei. Assim, uma vez que o servidor cumpriu sua parte, a Administração está obrigada a cumprir a dela. Se, depois disso, o servidor praticar crime, responderá por ele perante a Justiça Criminal. Mas não pode perder a aposentadoria por esta razão.

Esse também é o entendimento do Colendo STJ. Confira-se:

DIREITO SANCIONADOR. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. EX-SERVIDOR PÚBLICO. AGENTE DA POLÍCIA FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO. IMPUTAÇÃO DE ATOS INCOMPATÍVEIS COM A ATIVIDADE POLICIAL TAMBÉM CAPITULADOS COMO CRIMES. SANÇÃO DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. INCOMPATIBILIDADE DA LEGISLAÇÃO QUE A ESTABELECE COM O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL POSTERIOR À EC 20/98. INTERPRETAÇÃO CONFORME DO ART. 134 DA LEI 8.112/90, SEM PRONUNCIAMENTO DE SUA INCONSTITUCIONALIDADE. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. SEGURANÇA DENEGADA, COM RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR.

(...)

3. Sob outro enfoque, diante da transformação em contributiva da aposentadoria do Servidor Público, por alteração das disposições jurídico-constitucionais regentes de sua concessão, inseridas na Carta Magna pela EC 20/98 e seguintes, o entendimento jurisprudencial de que é possível a imposição da sanção de cassação da aposentadoria do ex-Servidor Público que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão, apurada em processo administrativo disciplinar, carece de atualização em sua interpretação, a fim de que seja redefinida a própria natureza jurídica da aposentadoria.

4. Antes da EC 20/98, a aposentadoria era reconhecida como um direito concedido ao Servidor, custeado ou bancado pelo Erário, em razão de haver ele alcançado determinado período de tempo na prestação de serviço público. A EC 20/98, dentre outras alterações, extinguiu a aposentadoria por tempo de serviço e criou a aposentadoria por tempo de contribuição: o benefício da aposentadoria perdeu a característica de simples mudança da situação funcional de ativo para inativo, resgatando a característica inerente a qualquer benefício de natureza previdenciária, qual seja, o recolhimento de contribuições para sua efetivação e custeio pelo Servidor em atividade.

5. Assim, a legislação que estabelece a pena de cassação de aposentadoria mostra-se incompatível com o atual ordenamento constitucional positivo, vigente após a edição da EC 20/98, dada a natureza contributiva do direito à inativação, não mais custeado ou bancado pelo Erário.

6. O colendo STF, realmente, não proclamou a inconstitucionalidade da sanção de cassação de aposentadoria do ex-Servidor, prevista no art. 134 da Lei 8.112/91, mas as decisões até então proferidas, no entanto, não analisaram a mudança de natureza da aposentadoria, o que se deu, frise-se, apenas após a vigência da EC 20/98.

7. *Não se deve perder de vista, ainda, que a sanção de cassação da aposentadoria fere o direito adquirido do ex-Servidor Público, além do ato jurídico perfeito, tal como definido nos arts. 60., § 10. da LDB, 186, I, § 10. da Lei 8.112/90, 50., XXXVI e 40, § 10., I da Constituição Federal. Assim, a aposentadoria, sendo efetivada em conformidade com os ditames normativos vigentes à época de sua concessão, incorpora-se ao patrimônio do indivíduo, apenas podendo ser revogada por vício detectado no próprio contexto do ato de sua concessão, o que não se observa no presente caso.*

8. Ademais, a aplicação da sanção de cassação da aposentadoria viola o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que não se pode conceber como justa uma reprimenda que retira a fonte de subsistência do cidadão aposentado. Na verdade, a sanção de cassação de aposentadoria encerra maior dureza que a demissão, pois, além de privar o ex-Servidor dos proventos, o faz quando praticamente é impossível a reinserção no seletivo mercado de trabalho, reduzindo a pó as contribuições e investimentos por ele depositados no decorrer de toda a vida profissional.

9. Acrescente-se aqui, que o egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina já havia assentado esta diretriz, em importante julgado de relatoria do douto Desembargador NEWTON TRISOTTO, do qual se extrai que a pena de cassação da aposentadoria importa em violação não só aos princípios do direito adquirido e, eventualmente, ao princípio da intangibilidade do ato jurídico perfeito, mas também aos princípios da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana (Recurso de Decisão 2009.022346-1, DJU 24.2.2012).

10. No mesmo sentido da orientação firmada no julgado retro citado, confirmam-se, ainda, estes importantíssimos precedentes: TJSP-MS 1.237.774-66.2012.8.26.0000, Rel. Des. PAULO DIMAS MASCARETTI, DJU 18.9.2013; TJPR-7a. Cívél - AC - 14.76.580-7 - Curitiba - Rel. ANA PAULA KALEL ACCIOLY RODRIGUES DA COSTA - Unânime - J. 9.8.2016 e TJSC-Agravo de Instrumento 2015.004902-2, da Capital, Rel. Des. PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA, j. 27.10.2015.

11. Comungo às inteiras com o entendimento acima exposto, mas curvo-me ao posicionamento da 1a. Seção do Superior Tribunal de Justiça, já manifestado em outras oportunidades, quanto à constitucionalidade da pena aplicada, conforme atestam recentes

precedentes. A orientação que hoje prevalece no STJ é a de que é legal a sanção de cassação de aposentadoria (MS 20.470/DF e MS 20.936/DF), de modo que a divergência tem valia apenas como ponto de vista doutrinário minoritário, não suficiente, por enquanto, para servir de fundamento de decisões judiciais.

12. Segurança denegada, com ressalva do ponto de vista deste Relator.”

(MS 19311, 1ª Seção do STJ, j. em 23/11/2016, DJE de 02/02/2017, Relator: Napoleão Nunes Maia Filho - grifei)

Entendo, portanto, que a autora tem razão.

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE A AÇÃO para anular o ato que cassou a aposentadoria da autora, confirmando expressamente a tutela anteriormente concedida.

Condeno a ré ao pagamento de honorários advocatícios que arbitro em 10% sobre o valor dado à causa, devidamente corrigido.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Oficie-se ao Relator do Agravo de Instrumento tirado contra a decisão de tutela, informando a respeito desta sentença.

Juíza Federal SÍLVIA FIGUEIREDO MARQUES