

**AÇÃO ORDINÁRIA (PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO) Nº
2007.72.00.010744-0/SC**

AUTOR : EDUARDO DE MELLO E SOUZA

ADVOGADO : FILIPE LEÃO HORI

RÉU : UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

SENTENÇA

I - RELATÓRIO

O autor, devidamente qualificado à fl. 02, ajuizou ação ordinária em face da União objetivando a declaração de nulidade do ato administrativo por meio do qual foi demitido, com a conseqüente reintegração ao cargo que ocupava junto à ré.

Informou ser Procurador Federal desde 1994, atualmente lotado junto à Procuradoria Geral Federal em Santa Catarina, com destacada atuação profissional.

Disse que, *"... em 06.06.2007, o autor foi notificado pelo Presidente da Comissão de Processo Administrativo Disciplinar designado pela Portaria nº 376, de 31.5.2007, dando conta, ao que parece (as cópias fornecidas ao autor estavam incompletas, desde o início) de que o autor estaria sendo investigado por dois delitos: a) o exercício de advocacia privada, fora, portanto, de suas atribuições funcionais como Procurador Federal; e b) participar da gerência de uma empresa privada (escritório de advocacia)." (fls. 02), o que causou surpresa, "... posto que jamais escondeu de ninguém a sua advocacia privada, nem a sua condição de sócio de firma de advocacia. Era notório para todos, inclusive seus próprios colegas Procuradores, que o autor já exercia tal direito, muito antes da vedação legal expressa, com o advento da lei que regulamentou a carreira de Procurador, em 2002." (idem).*

Esclareceu que a acusação fundamentou-se na transgressão dos artigos 38, § 1º da Medida Provisória 2.229-43, de 06/09/01, e 117, X e XVIII da Lei 8.112/90.

Relatou ainda que, instado a apresentar defesa em 25/07/07, *"... desde então nunca mais ouviu falar no andamento do feito. Até a data de hoje, quando leu no DOU, o texto da Portaria nº 1.129, de 11.9.2007, na qual o Exmo. Sr. Ministro José Antonio Dias Toffoli, simplesmente demitiu o autor." (fls. 03), sem ter "... qualquer acesso à linha de raciocínio do Sr. Ministro, ou outro argumento jurídico qualquer." (fls. 04).*

Prosseguiu sustentando não proceder as imputações, eis que descontextualizadas dos fatos e das normas segundo o tempo em que se produziram, além dos vícios formais no processo e apenamento.

Passou a discorrer sobre "*... como se dava o exercício do cargo de Procurador Autárquico Federal na primeira metade dos anos 90.*" (fls. 04), esclarecendo que participou do Concurso para provimento do cargo de Procurador Autárquico junto à Universidade Federal de Santa Catarina, nos termos do Edital nº 456/DP/UFSC/1992, o qual vinculava o regime dos serviços à Lei 8.112/90 (Regime Jurídico Único no âmbito Federal) e ao Decreto 94.664/87, sem qualquer referência ao Regime da Advocacia Geral da União e à LC 73/93, ficando sua remuneração a cargo da própria Universidade Federal de Santa Catarina, esclarecendo que a LC 73/93 "*... não impôs qualquer prerrogativa ou vedações aos Procuradores Autárquicos, que seguiram em segundo plano no sistema de defesa do patrimônio público federal.*" (fls. 05).

Em continuação, demonstrou ter sido aprovado, com posse em 01/06/94 e exercício em 01/07/94, "*... quando comunicou seu impedimento à OAB/SC e teve registrado em seu prontuário tão somente o impedimento previsto no art. 30, I, da Lei 8.906/94 (EOAB), que restringia sua advocacia privada exclusivamente contra a Fazenda que o remunerava, permitida nos demais casos.*" (fls. 05).

Apontou que o vício formal no processo administrativo disciplinar consistiu na aplicação da pena sem lhe "*... dar conhecimento... pelo menos, dos fundamentos e critérios de dosimetria da pena.*" (fls. 06), agregando que, embora possa ser sucinta, não pode a decisão "*... omitir o silogismo indispensável para compreender os elementos de convicção fática e jurídica do prolator da decisão.*" (idem).

Sustentou ainda a desproporcionalidade da pena de demissão em razão da natureza das imputações de advocacia privada e participação em sociedade de advogados, colacionando precedentes.

Aduziu a inaplicabilidade da LC 73/93, que não lhe impedia o direito ao exercício da advocacia privada, uma vez que os serviços jurídicos das autarquias "*... jamais foram equiparados aos Advogados da União e Procuradores da Fazenda Nacional.*" (fls. 09).

Alegou que a vedação ao exercício da advocacia privada sobreveio apenas com a Medida Provisória 2.229-43, de 29/06/00, que reestruturou a carreira, "*... o que corrobora o argumento de que a LC 73/93 simplesmente não se aplicava aos Procuradores Autárquicos, tanto que exigiu uma revisão expressa, já que o STF já assentara o entendimento de que a administração pública não pode restringir direitos tacitamente, deve ser sempre expressa. Com essa vedação - agora expressa - também o art. 117, XVIII, o RJU passou a ser aplicável aos Procuradores Federais.*" (fls. 11), pugnano então pelo

acolhimento do entendimento segundo o qual *"Se a vedação ao exercício de um direito sobreveio em 2000, não há que se emprestar, dez anos depois, novo sentido retroativo à norma de dez anos antes."* (fls. 12), marcando a existência de direito adquirido em seu favor.

Afirmou que, muito embora tenha realizado a prova da advocacia privada desde 1994, as pessoas indicadas em sua defesa administrativa no processo administrativo disciplinar *"... poderão atestar o exercício de advocacia privada, pelo indiciado, desde a sua posse, em 1994 (alguns deles, inclusive, também o exerciam e poderão atestá-lo, com tranqüilidade)." (fls. 12/13), o que, de outro lado, sequer seria indispensável para demonstrar sua tese, tudo porque possui direito adquirido nos termos do art. 6º da LICC, eis que o direito estaria incorporado em seu patrimônio jurídico independentemente do exercício do direito.*

Esclareceu que foi em razão de tal reconhecimento que só em 2002 o então Procurador-Chefe da Procuradoria Federal junto à UFSC comunicou o impedimento à OAB, que não o acatou, do que foi comunicada a Procuradoria-Geral Federal, a qual restou silente.

Voltou a sustentar que a incidência do princípio da legalidade objetiva na administração pública impõe que as restrições a direitos devem ser expressas, daí porque *"... na eventualidade de se cometer a suprema ilegalidade de ampliar a tipificação lançada na conclusão do Termo de Indiciamento, não escapará ao observador atento que não existem outras normas anteriores que vedem o exercício de tal direito."* (fls. 15), além do que o mesmo princípio *"... também afasta o argumento recorrente da Administração Pública, sempre que se pretende a restrição ao exercício de um direito: inexistência de direito adquirido a regime jurídico. De fato, a própria MP 2.229-43/2000 é clara ao manter os Procuradores Federais vinculados ao mesmíssimo Regime Jurídico que, até então, vinculava os Procuradores Autárquicos. Regime, este que, à época, era único: O RJU. Basta ler o art. 35 da MP, que, ao criar a carreira de Procurador Federal, estabelece que estes servidores serão 'regidos pela Lei nº 8.112, de 1990'." (fls. 16).*

Acusa a Medida Provisória 2.229-43/00 de impropriedade porque, ao transformar o Cargo de Procurador Autárquico em Procurador Federal, não procedeu, *"... como o faz em todas as situações análogas... direito ao exercício de uma opção."* (fls. 16) em relação ao novo enquadramento, oportunidade em que o Procurador Autárquico que recusasse o novo enquadramento seria deixado em "Quadro em Extinção", nos termos da Lei nº 7.596/87.

Por último, sustentou inaplicável a hipótese do art. 117, X, da Lei 8.112/90, isto porque a advocacia não constitui sociedade comercial ou civil, eis que, especificamente em relação a tais sociedades, aplica-se a Lei 8.906/94, em seus artigos 15 a 17, certo que implica *"... mera reunião de profissionais, até porque todo advogado gerencia seu próprio exercício profissional, mesmo que*

não organizado sob pessoa jurídica." (fls. 18), daí que o registro ocorre apenas perante a Ordem dos Advogados do Brasil, sendo o EOAB, inclusive, posterior à Lei 8.112/90 e estando o autor, no momento da criação da sociedade Mello e Souza & Associados, em licença não remunerada, afastado nos termos do art. 102 da Lei 8.112/90, rematando com o entendimento segundo o qual "... quando da criação da sociedade, o indiciado não estava em efetivo exercício, estando, portanto, em pleno gozo do art. 5º, XII, da CF/88. Após seu retorno à ativa, com o fim de sua licença incentivada (outubro de 2002), a alteração do CC, bem como da natureza da sociedade, excluíram-na do rol do art. 117, X, do RJU, não se podendo, portanto, falar em ilicitude no regular exercício de um direito." (fls. 18).

Com fundamento nos art. 273, § 7º c/c 355 e 844 e seguintes, todos do CPC, pediu, cautelarmente, a exibição do inteiro teor do Processo Administrativo Disciplinar, culminando por formular o pedido antecipatório para sustar os efeitos da Portaria nº 1.129, de 11/09/07 e os demais pedidos de fls. 19/20.

Juntou procuração e documentos (fls. 21/601).

Em decisão de fls. 603/608 afastou-se a tese do direito adquirido e apontou-se a necessidade da apresentação integral do processo administrativo disciplinar.

Em fls. 609/613 o autor apresentou aditamento à inicial, apresentando novos documentos que amparariam a desproporcionalidade da pena de demissão, bem como suscitando a aplicação da Súmula 343 do Superior Tribunal de Justiça, aprovada em 14/09/07, no sentido da obrigatoriedade da presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar, e que viria em seu favor *"Na medida em que não houve a presença de seu procurador constituído, e o autor não pode atuar em causa própria (EOAB art. 30, I), exsurge mais uma nulidade formal a ensejar a revogação da portaria de demissão."* (fls. 612).

À decisão de fls. 603/608 foram opostos embargos de declaração (fls. 638/639).

Em decisão em fls. 640/641 foi acolhido o aditamento à inicial, ao tempo em que acolhidos também os embargos de declaração para, cautelarmente, *"... determinar à ré a exibição do Processo Administrativo Disciplinar, na íntegra, em cinco dias..."* (fls. 640), desafiando a decisão novos embargos de declaração (fls. 643/644) que foram rejeitados (fls. 645/646).

Intimada, manifestou-se a União (fls. 649/650 e 656), apresentando na íntegra o Processo Administrativo Disciplinar, o qual foi autuado em Anexos.

Indeferida a tutela antecipadamente (fls. 677/678), interpôs o autor agravo retido (fls. 679/681).

Apresentada contestação em fls. 682/728, onde alegou a União a regularidade do processo administrativo, sem qualquer sonegação do acesso aos autos ao ora autor, esclareceu ainda que "*Não há determinação legal no sentido de que o indiciado seja intimado pessoalmente do relatório final elaborado pela comissão processante.*" (fls. 685).

Sustentou a proporcionalidade da pena em razão da gravidade da conduta, pois a infração constatada e a pena que lhe foi atribuída "*... dirige-se para a repressão da conduta de servidor que deixa em segundo plano suas atribuições institucionais para assumir obrigações em sociedade privada ou estranhas ao cargo, tomando-lhe o tempo que deveria ser despendido na função pública e causando, por essa mesma razão, desprestígio ao serviço público.*" (fls. 688) e o autor permaneceu no exercício da advocacia privada, "*... com regularidade, constância e estabilidade...*" (fls. 689), desde a publicação da MP 2.229-43 até o ato de sua demissão, concluindo que "*... Procurador Público advogar fora das atribuições do cargo gera confusão entre público e privado, em total prejuízo ao interesse coletivo.*" (idem).

Disse ainda que, criado o cargo de Procurador Federal, que substituiu o cargo de Procurador Autárquico Federal, houve incremento na remuneração do autor, em verdadeira compensação à vedação legal que se busca afastar, daí porque "*... não há qualquer justificativa plausível, moral ou legal, para que o autor, de forma acintosa, comprometendo negativamente a ordem organizativo-funcional do Estado, desequilibrando as relações institucionais perante todos os Advogados Públicos Federais, e porque não dizer perante toda a sociedade, continuasse advogando na esfera privada...*" (fls. 690).

Residiu nos fundamentos sobre a inexistência de direito adquirido a regime jurídico de prestação de serviços, esclarecendo que "*... se até antes da publicação da LC 73/93 para os membros da AGU e a MP nº 2.229-43/01 para a nova carreira de Procurador Federal, nada havia sobre o exercício da advocacia privada por membros da Advocacia Pública Federal, a partir de edição das respectivas normas tal atividade restou expressamente vedada e ilegal.*" (fls. 698), dizendo ainda que se cuida de verdadeira incompatibilidade, conforme o art. 27 da Lei 8.906/94.

Alegou a inaplicabilidade da Súmula 343 do Superior Tribunal de Justiça, ressaltando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário e a reiterada prática da administração nos processos administrativos disciplinares, além do contido no artigo 156 da Lei 8.112/90, culminando por demonstrar que "*... o autor não deixou de comparecer, o que mais reforça a não aplicabilidade da Súmula 343/STJ*" (fls. 708), além do que "*... o autor é habilitado a se defender, eis que tem formação jurídica.*" (fls. 709), de modo que não houve prejuízo na defesa exercida perante a administração.

Quanto à gerência da sociedade de advogados, restou apurado que *"... a maioria do capital social da sociedade pertence ao autor, e que era ele quem administrava e gerenciava a sociedade."* (fls. 721), completando-se o que requerido pelo artigo 117, X, da Lei 8.112/90, pois a sociedade de advogados é privada e não poderia o autor integrá-la como administrador, mesmo se a constituiu quando em licença, pois mesmo na licença mantém o vínculo funcional com a administração.

Pediu a improcedência.

Em impugnação à contestação (fls. 730/733), o autor postulou a confissão ficta, inclusive com o reconhecimento da prescrição, em razão *"... da Administração estar ciente, desde a edição da MP 2.229-43, de 06.9.2000, que regulou a carreira de Procurador Federal, de que o autor exercia a advocacia - afinal, sempre exerceu - e era membro de sociedade de advogados. Tal fato, como se sabe, enseja a prescrição do direito da Administração em punir o autor, que, conforme entendimento unânime do STJ é de cinco anos."* (fls. 731).

Disse também que o exercício da advocacia privada não prejudicou o exercício da advocacia pública e que foi violado o princípio da hierarquia das leis, pois *"... supondo-se que pudesse haver alteração do Regime Jurídico Único (lei materialmente complementar à constituição), esta somente poderia se dar por outra norma equivalente, mas jamais por MP!!"* (fls. 732).

Manifestou-se a União em fls. 734/741.

Deferida prova (fls. 742), realizou-se audiência de instrução (fls. 754/765).

Alegações finais do autor em fls. 767/773 e da ré em fls. 774/783, vindo-me os autos conclusos para sentença.

II - FUNDAMENTAÇÃO

Pretende o autor, na presente ação, a declaração de nulidade do Processo Administrativo Disciplinar nº 00435.000111/2007-91, em razão das falhas formais, além de requerer, já em antecipação de tutela, a sustação da Portaria nº 1.129, de 11/09/07, que lhe demitiu das funções de Procurador Federal em razão das infrações do artigo 117, X e XVIII da Lei 8.112/90, c/c os artigos 127, III e 132, XIII da mesma Lei.

O autor deduziu fundamentos na inicial (fls. 02/20), em aditamento à inicial (fls. 609/613), e, finalmente, na impugnação à contestação (fls. 730/733), o que propiciou, por sua vez, mais de uma manifestação judicial e outras intervenções da União para além da própria contestação, denotando-se amplo contraditório e nenhuma violação à ampla defesa, seja do autor, seja da ré.

Passo à apreciação analítica dos argumentos esgrimidos.

1. PROCURADOR AUTÁRQUICO FEDERAL. PROCURADOR FEDERAL. DIREITO ADQUIRIDO AO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA PRIVADA.

Trata-se da tese central da presente ação a discussão quanto ao direito adquirido do autor ao exercício concomitante da advocacia privada e pública, no cargo de Procurador Federal, eis que oriundo o autor dos Quadros de Procuradores de Autarquia Federal.

Quanto ao tema, manifestei-me, com as razões de fls. 603/608, nos seguintes termos:

*"Quanto a esta tese, que diz respeito ao direito adquirido a regime jurídico pelo servidor público sujeito ao regime estatutário, é de longa data o entendimento segundo o qual o servidor público não tem direito adquirido a regime jurídico, tendo em vista que a relação jurídica entre ele e a Administração tem natureza estatutária, e não contratual, valendo referência aos julgados do Supremo Tribunal Federal no Recurso em Mandado de Segurança nº. 21.587/DF, Segunda Turma, Relator Ministro Maurício Corrêa, julgado por unanimidade em 19 de dezembro de 1996, publicado no DJU de 11 de abril de 1997, p. 12.218; Recurso Extraordinário nº. 113.431-3/ES, Primeira Turma, Relator Ministro Moreira Alves, julgado por unanimidade em 5 de junho de 1987, publicado no DJU de 25 de setembro de 1987; Recurso Extraordinário nº. 103.224-3/RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Rafael Mayer, julgado por unanimidade em 19 de abril de 1985, publicado no DJU de 10 de maio de 1985; Recurso Extraordinário nº. 88.012-7/RJ, Segunda Turma, Relator Ministro Aldir Passarinho, julgado por unanimidade em 7 de dezembro de 1982, publicado no DJU de 15 de abril de 1983; Recurso Extraordinário nº. 86.695-7/AM, Segunda Turma, Relator Ministro Leitão de Abreu, julgado por unanimidade em 5 de setembro de 1980, publicado no DJU de 15 de outubro de 1980; Recurso Extraordinário nº. 85.330-8/BA, Segunda Turma, Relator Ministro Moreira Alves, julgado por unanimidade em 12 de dezembro de 1978, publicado no DJU de 15 de fevereiro de 1980, republicado no DJU de 25 de fevereiro de 1980, valendo aqui, para arrematar, o importante precedente no RE 82.881, de 05 de maio de 1976, onde o Ministro Bilac Pinto asseverou que **"O reconhecimento de direito adquirido em matéria estatutária contraria a sistemática de direito administrativo. Tenho sido intransigente na inadmissão do direito adquirido nas relações estatutárias entre o servidor - ativo e inativo - e as pessoas jurídicas de direito público interno, porque a extensão desse instituto ao regime estatutário colocará a administração pública na impossibilidade de empreender reformas nos seus quadros."***

Também a doutrina, ensina que "Nas relações contratuais, como se sabe, direitos e obrigações recíprocos, constituídos nos termos e na ocasião da avença, são unilateralmente imutáveis e passam a integrar de imediato o

patrimônio jurídico das partes, gerando, desde logo, direitos adquiridos em relação a eles. Diversamente, no liame de função pública, composto sob a égide estatutária, o Estado, ressalvadas as pertinentes disposições constitucionais impeditivas, deterá o poder de alterar legislativamente o regime jurídico de seus servidores, inexistindo a garantia de que continuarão sempre disciplinados pelas disposições vigentes quando de seu ingresso. Então, benefícios e vantagens, dantes previstos, podem ser ulteriormente suprimidos. Bem por isto, os direitos que deles derivem não se incorporam integralmente, de imediato, ao patrimônio jurídico do servidor (firmando-se como direitos adquiridos), do mesmo modo que nele se interariam se a relação fosse contratual." (Celso Antônio Bandeira de Mello, in Curso de Direito Administrativo, 19ª ed., p. 235).

De fato, em razão da dinâmica na relação que entretém a administração com seus agentes, a relação profissional se dá sob regime imposto, sendo que os limites de tal alteração não alcançam a pretensão de superar o atual impedimento do artigo 38, § 1º, I da MP 2.229-43/00.

Para o caso, embora oriundo do Quadro de Procuradores Autárquicos, vinculado desde a origem à Universidade Federal de Santa Catarina, atualmente o autor ocupa o cargo de Procurador Federal, nos termos do artigo 39 da referida Medida Provisória, sendo legítima a proibição, com o que imediatamente se detém sobre a tese eminentemente de direito e apta a, desde já, amparar decisão concessiva do pedido antecipatório."

Prossegui, ainda quanto à condição funcional do autor, em fls. 658/671, como segue:

"A organização administrativa também importa no reordenamento do modo de prestação de serviços, ainda que em Carreiras de Estado (art. 131 da Constituição Federal), pelos agentes públicos.

A Advocacia Pública ganhou relevância constitucional, passando-se, a partir da Constituição Federal de 1988, à exigência de prerrogativas próprias ao mister, sendo que o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de assegurar diversas dessas prerrogativas aos Procuradores Federais, carreira criada desde a Lei 2.123/53, como, por exemplo, a proibição de contratação temporária de servidores para exercício dessas atribuições (ADIN 2.125 MC/DF. Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 29/09/00, p. 69), tudo no sentido da profissionalização de seus membros e sistematização de sua atuação, o que, afinal, se logrou no Brasil com a edição da Lei 10.480/02, que, em seus artigos 9 e 10, criou a Procuradoria-Geral Federal, vinculando-a à Advocacia-Geral da União.

Para o caso, inicialmente organizada a defesa das autarquias federais, administração indireta federal, por meio de Procuradorias próprias, integrando o autor o Quadro da Procuradoria da UFSC, no cargo de Procurador Autárquico, houve a transposição de seu cargo original para o cargo de Procurador Federal, o que foi considerado legal pelo Tribunal

Regional Federal da 4ª Região ao apreciar inúmeros pedidos envolvendo tais profissionais, sendo que, para ilustrar, cito o precedente na AC nº 2003.71.00.074575-8/RS, publicada no DJU de 30/08/06, p. 461, e também pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme RESP 818.552/ES.

Ainda, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no âmbito do Processo 4607/2001/COP, decidiu pela constitucionalidade do enquadramento dos titulares dos cargos transformados em cargos de Procurador Federal, devendo-se colher da decisão, por relevante, as considerações no sentido de que "... o que ocorreu foi a extinção de cargos, a criação de um novo, e o enquadramento dos servidores de atribuições iguais no novo cargo, tanto que a redação nova do art. 40 da contestada Medida Provisória 2048/00 substitui o termo 'transpostos' por 'enquadrados', o que é plenamente possível na administração. Verificada, pois, que a questão telada cuida de enquadramento e não de transposição, é de se reconhecer que não há afronta à Constituição Federal. Nesse sentido, a lição de Hely Lopes Meirelles, in Direito Administrativo Brasileiro, p. 363: 'A transformação de cargos é admissível desde que realizada por lei de iniciativa do Executivo. Pela transformação extinguem-se os cargos anteriores e criam-se novos, que serão providos por concurso ou simples enquadramento dos funcionários já integrantes da Administração, mediante apostila de seus títulos de nomeação...!'

No referido precedente citou-se a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADIN 1.591-5/RS, merecendo agora acrescentar-se a menção ao trabalho de Pedro Lenza (Racionalização Administrativa e o Princípio Constitucional do Concurso Público, publicado em RT 857/111), onde se menciona o precedente na Adin 266/RJ, considerado o verdadeiro leading case na diferenciação dos institutos da transposição e transformação de cargos, donde se pode concluir que o caso do autor é, efetivamente, de transposição, e não transformação, como apontado na decisão do Conselho Federal da OAB.

Importa para o caso identificar as atribuições inerentes às carreiras de Procurador Autárquico e Procurador Federal de modo que, exigida para ambos os cargos a qualificação mínima de Advogado e a prévia aprovação em Concurso Público para provimento, evidentemente legal a transposição, eis que o conjunto de atribuições dos cargos, na dicção do artigo 3º da Lei 8.112/90, é a mesma, além de o provimento ocorrer em caráter efetivo.

De fato, ante a identidade das funções, a iniciativa de integração dos Procuradores Autárquicos ao quadros da Advocacia-Geral da União já tinha sido, inclusive, postulada e rejeitada no âmbito do Mandado de Injunção nº 188-0/RJ por falta de condição da ação.

Imposto o novo Regime de Prestação dos Serviços pelos Procuradores Federais, imediatamente vinculou-se o autor aos termos da nova

legislação, sujeitando-se às penas correspondentes às infrações já anunciadas, dentre as quais a demissão."

De fato, em se tratando de legislação sobre servidor público *lato sensu*, logo, sujeito ao regime jurídico administrativo, segundo Hely Lopes Meirelles, *"Desde que o Estado não firma contrato com seus servidores, mas para eles estabelece unilateralmente um regime de trabalho e de retribuição por via estatutária, lícito lhe é, a todo tempo, alterar as condições de serviço e de pagamento, uma vez que o faça por lei, sem discriminações pessoais, visando às conveniências da Administração"*. (in Direito Administrativo Brasileiro, 17^a ed. 1992, p. 398)

Guarda o regime estatutário particularidades, tendo em conta a sua natureza institucional, o que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, significa que *"... o funcionário se encontra debaixo de uma situação legal, estatutária, que não é produzida mediante um acordo de vontades, mas imposta unilateralmente pelo Estado e, por isso mesmo, suscetível de ser, a qualquer tempo, alterada por ele sem que o funcionário possa se opor à mudança das condições de prestação de serviço, de sistema de retribuição, de direitos e vantagens, de deveres e limitações, em uma palavra, de regime jurídico"*. (in Regime dos Servidores da Administração Direta e Indireta, 3^a ed., 1995, p.20)

Em síntese, o Estado fixa um regime jurídico e o impõe ao servidor, que a ele adere.

Evidente que as limitações estão constantes nas Leis e na própria Constituição da República, avultando, dessa última, o respeito ao princípio da irredutibilidade de vencimentos.

Como visto, não pretende a Constituição engessar o Executivo na administração do Serviço Público Federal, sequer quanto à defesa judicial de sua administração direta e indireta, antes, permite reposicionamentos e outros expedientes específicos para determinadas classes de serviços federais, como ocorreu com a presente transposição.

Apenas deve haver a devida motivação, com critérios de pertinência, correlatos logicamente ao setor da atividade pública que se pretende diferenciar.

Para o caso, como já demonstrado, no esforço da profissionalização nos serviços de defesa jurídica do Estado Federal, tudo a partir do artigo 131 da Constituição Federal, a transposição de que se cogita, com a criação da carreira de Procurador Federal, era mesmo desejada, eis que, muito diversas as autarquias federais nos seus objetivos e organização, tais especialidades geravam inúmeras distorções experimentadas entre aqueles que, em última *ratio*, eram advogados públicos.

Basta referir-se às muitas orientações que recebiam tais entes, decorrentes do dever consultivo das Procuradorias, e as diversas teses jurídicas que importavam na dificuldade de traçar-se uma orientação orgânica mínima, incorrendo na dificuldade de administração de tais entes.

Criada com estrutura própria a Advocacia-Geral da União, nos termos da Lei Complementar 73/93, muito embora as Procuradorias de Autarquias não a integrassem, assistiu-se ao primeiro esforço de racionalização dos trabalhos das Procuradorias autárquicas, vinculando-as, e aqui quanto ao aspecto de sistematização dos trabalhos, à Advocacia-Geral da União, nos exatos termos do art. 2º, § 3º c/c art. 17 da referida Lei Complementar.

Continuaram os Procuradores das Autarquias vinculados à Lei 8.112/90, agora com a referida vinculação à AGU.

A garantia constitucional do direito adquirido, constante no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, ganha formulação positiva no art. 6º, § 2º, da LICC, com a seguinte redação:

"§ 2º. Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem."

No serviço público, de caráter eminentemente contínuo, podendo a administração reordená-lo e readequá-lo, sempre com vistas à melhor prestação do serviço, como é cediço, assim, a alteração no modo de prestação persiste permanentemente.

Evidenciada a viabilidade de alteração do regime jurídico do servidor, a discricionariedade do Poder Público, ainda que exercida via legislativa, onde esse Poder é mais amplo, é limitado apenas pela Carta Magna.

Voltando-se ao presente caso, foi legitimamente alterado o regime de prestação dos serviços dos Procuradores Autárquicos, e, como se demonstrará adiante, sem desbordar dos limites constitucionais.

Teve o Tribunal Regional Federal da 2ª Região ocasião de decidir:

"ADMINISTRATIVO. MP 2.136-33/2000. VEDAÇÃO DO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA FORA DAS ATRIBUIÇÕES DO RESPECTIVO CARGO DE PROCURADOR FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO À IMUTABILIDADE DO REGIME JURÍDICO ESTATUTÁRIO.

I - O servidor quando ingressa no serviço público sob regime estatutário recebe o influxo das normas que compõem o respectivo estatuto. Tais normas não são imutáveis, eis que o Poder Público pode (e deve) introduzir alterações com vistas à melhoria dos serviços prestados à população, de forma a obter melhor organização dos Quadros Funcionais e das atribuições dos cargos, o que acarreta a concessão ou extinção de vantagens, de prerrogativas ou de meras faculdades, reverenciando-se o princípio da eficiência na Administração.

II - Noutro giro, deve-se destacar que as normas estatutárias são contempladas em lei, possuindo, por conseguinte, caráter genérico e abstrato, e podem sofrer alterações como ocorre, normalmente, em relação aos demais atos legislativos.

III - Sendo a relação jurídica que o servidor mantém com o Estado de natureza legal ou estatutária, diz-se que a mesma é objetiva, impessoal e unilateralmente alterável pelo Poder Público, eis que a disciplina geral da função pública é considerada inapropriável pelo servidor e, portanto, tida como sujeita à modificação com eficácia imediata tanto no plano constitucional quanto no infraconstitucional.

IV - O exercício da advocacia pelo Procurador Federal, fora das suas atribuições institucionais, não se enquadra como direito adquirido, justamente em razão da inexistência de direito à imutabilidade do regime jurídico.

V - Descabida, outrossim, a alegação de violação ao direito ao amplo trabalho, vez que ao exercer a atividade no cargo de Procurador Federal desempenha o Autor atividade típica de advocacia (art. 37 da MP 2.136-33/2000 c/c o § 1º do art. 3º da Lei 8.906/94), não restando, portanto, suprimido ou esvaziado o direito ao amplo trabalho como advogado, sendo razoável, sob o prisma do devido processo legal substantivo, a vedação legal àquele que já advoga como Procurador Federal, devendo o princípio do amplo direito ao trabalho ser sopesado com o princípio da eficiência na Administração, de forma a melhor ajustar o desempenho das atividades dos servidores ao interesse público, não restando violados, portanto, o art. 5º, inciso XIII c/c o art. 6º, ambos da Lei Maior.

VI - Inexiste, por outro lado, quebra do princípio da isonomia, eis que a vedação do exercício da advocacia privada (fora das atribuições institucionais) alcança todos os cargos transformados em Procurador Federal (art. 38, § 1º c/c o art. 39, ambos da MP 2.136-33/2000) no âmbito da Administração Pública Federal, vale dizer: Procurador Autárquico; Procurador; Advogado; Assistente Jurídico; e Procurador e Advogado da Superintendência de Seguros Privados e da Comissão e Valores Mobiliários, restando, portanto, reverenciado o caput do art. 5º da Lei Maior.

VII - Deve ser rechaçada, por último, a alegação de negativa de vigência à Lei no. 8.906/94, vez que os Procuradores Federais sujeitam-se tanto ao regime previsto no estatuto da Ordem (aplicação subsidiária naquilo que for compatível), quanto ao regime próprio a que se subordinam, como se infere da redação do § 1º do art. 3º do referido estatuto.

VIII- Apelo do Autor a que se nega provimento. Sentença confirmada." (TRF 2ª Região, AC 347.610/RJ. Rel. Juiz Theophilo Miguel. 7ª Turma Especializada. Unânime. DJU 07/01/08).

2. DESPROPORCIONALIDADE DA MP 2.229-43/00. DIREITO DE OPÇÃO.

Acusou o autor a Medida Provisória 2.229-43/00, ainda em vigor por força da EC 32/01, de impropriedade porque, ao transformar o Cargo de Procurador Autárquico em Procurador Federal, não procedeu, "... como o faz em todas as situações análogas... direito ao exercício de uma opção." (fls. 16), daí porque entende que deveria a Medida Provisória ter criado "Quadro em Extinção", e não compeli-lo a integrar o novo cargo.

Nos termos do artigo 39, I da referida Medida Provisória, passou o autor a integrar a Carreira de Procurador Federal, inclusive porque Procurador Autárquico admitido já sob a égide da Constituição Federal de 1988 e mediante Concurso Público.

Diz o referido artigo 39, I:

"Art. 39. São transformados em cargos de Procurador Federal, os seguintes cargos efetivos, de autarquias e fundações federais:

I - Procurador Autárquico."

O artigo 38, § 1º, I da MP 2.229-43/00 criou impedimento àquele que ocupa o cargo de Procurador Federal, nos seguintes termos:

"Art. 38. Os integrantes da Carreira de Procurador Federal têm os direitos e deveres que lhes prevê a Lei nº 8.112, de 1990, e sujeitam-se às proibições e aos impedimentos estabelecidos nesta Medida Provisória.

§ 1º Ao Procurador Federal é proibido:

I - exercer a advocacia fora das atribuições do respectivo cargo."

Assim, expressamente sujeitou-se o autor, Procurador Federal, às cominações das penas indicadas nos dispositivos retro referidos da Lei 8.112/90, cuja matriz se encontra no 41, § 1º, II da Constituição Federal.

Não houve qualquer previsão legal a respeito de direito de opção ou regra de transição.

No que tange ao princípio da proporcionalidade, necessário firmar que tal princípio incide, em relação ao Estado, quando do exercício da função legislativa.

Larga e histórica a posição da Corte Superior no sentido do desvio na atividade legislativa, a partir da ponderação dos valores constitucionalmente consagrados, valendo a referência ao julgamento no RE 18.331, de relatoria do Ministro Orosimbo Nonato, quando este ensinava, que a função legislativa:

"É um poder cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do détournement de pouvoir." (Revista Forense, vol. 145)

Diante de tão pontual lição, releva notar que a Lei terá de obedecer critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.

O Supremo Tribunal Federal, na função de guardião dos valores constitucionais, tem procedido a contrastação da Lei à Constituição sob o prisma da proporcionalidade, chegando, inclusive, no importante precedente da Adin 855-2, a declarar inconstitucional a Lei que, restringindo direitos fundamentais, o fez desconsiderando outras hipóteses mais adequadas e, portanto, proporcionais.

A propósito deste controle, confira-se Gilmar Ferreira Mendes, (Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo Órgão Judicial. In: Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 471).

Para o caso, emerge da inicial que o autor, quando se volta contra a desproporção da pena imposta, em verdade está a dirigir-se contra o "rigorismo"

da própria Lei quanto às penas, buscando que a mesma se adeque ao seu interesse de continuar advogando, e não que o seu interesse em continuar advogando se adeque à Lei.

Pacífico, doutrinária e jurisprudencialmente, que não existem direitos absolutos. Tudo o que se poderia extrair da Constituição Federal, a revelar a inconstitucionalidade por desproporção do dispositivo legal que impede ao Procurador Federal exercer a advocacia privada, é o que se contém no artigo 5º, XIII, da Constituição Federal, que assegura o "**livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão.**"

Contudo, jamais se albergou o entendimento de que o exercício da advocacia privada foi, ou continua sendo, livre ao Advogado Público.

Sofre o Advogado Público inúmeras restrições e impedimentos.

Tais restrições são totais ou parciais, correspondentes às incompatibilidades ou impedimentos, constantes de modo genérico nos artigos 28 a 31 da Lei 8.906/94, porém, evidentemente que aí não cessam, pois cada Lei que regule determinada atividade pública poderá prever outras restrições.

Assim que, genericamente em relação aos servidores públicos federais, a Lei 8.112/90 previu proibições no extenso rol do seu artigo 117, bem como inúmeras Leis cuidaram de restringir a atuação privada do servidor habilitado à advocacia, valendo citar a Lei Complementar 73/93, no que tange à Carreira de Advogado da União, e, agora, a MP combatida, que cuidou da Carreira de Procurador Federal.

A exigência da dedicação exclusiva do profissional não pode ser tida por inconstitucional.

Trata-se, antes, de dispositivo que, revitalizando e fortalecendo esta Carreira, lhe comete prerrogativas à altura de sua missão constitucional e, correlatamente, exige a dedicação exclusiva, colocando por terra a sempre deletéria prática decorrente da herança patrimonialista brasileira de propiciar a confusão entre o público e o privado, sendo fundamental notar que, após a Medida Provisória em comento, deixou o autor de ser Procurador Autárquico para se tornar Procurador Federal, com identidades quanto à qualificação, provimento e atribuições entre os cargos, porém agora com regime próprio e, seguramente mais adequado à prestação dos serviços da defesa do Estado Federal.

Por tais razões, não existe desproporcionalidade na Lei que veda o exercício da advocacia privada ao Procurador Federal, sendo, antes, dispositivo afinado com os princípios que regem os serviços públicos, daí porque o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, *mutatis mutandis*, em precedente no ponto ajustado à presente causa, concluiu que "**... a legislação infraconstitucional**

pode cuidar de impedimentos ou incompatibilidades peculiares a determinados cargos e carreiras, próprios da instituição que integram, constituindo a proibição que atinge os Procuradores da Fazenda e os Advogados da União garantia de moralidade administrativa." (AC 1997.01.00.033469-0/DF. Rel. Juiz Tolentino Amaral, DJU de 04/09/00, p. 07).

Finalmente, não pode passar despercebido que foram inúmeros os Procuradores Autárquicos transpostos à Carreira de Procurador Federal, não se tendo notícia nos autos sobre a continuidade do exercício da advocacia privada por qualquer deles.

Neste ponto é relevante reproduzir o depoimento do Sr. Roberto Ritter Vont Jelita, à época da deflagração do processo administrativo Procurador-Chefe da Procuradoria Federal de Santa Catarina, que esclareceu não ter "... *conhecimento sobre a existência de qualquer Procurador Federal oriundo de Fundação ou Autarquia que ainda continue a exercer a advocacia privada, esclarecendo que não os há em Santa Catarina.*" (fls. 757).

Tal fato demonstra, à toda evidência, o perfeito entendimento entre os Sr. Procuradores Federais oriundos das Procuradorias Autárquicas sobre a correção do superveniente impedimento legal, e aqui não é necessário residir sobre até que ponto haveria restrição anterior por não ser este o objeto da ação.

Partindo o acatamento ao preceito legal de servidores versados em direito, ademais de especialmente qualificados por lograrem ocupar cargo público sob o crivo do Concurso Público, seguro que tal fato não revela pouco, mas antes, confirma a legalidade da restrição.

3. HIERARQUIA DAS LEIS.

Na petição de fls. 7330/733 lançou o autor mais um argumento, consistente em que, se possível a mudança de regime jurídico funcional, o art. 35 da MP 2.229-43 manteve o mesmo regime da Lei 8.112/90, daí que "... *supondo-se que pudesse haver alteração do Regime Jurídico Único (lei materialmente complementar à constituição), esta somente poderia se dar por outra norma equivalente, jamais por MP.*" (fls. 732).

A original redação do artigo 39 da Constituição Federal, vigente ao tempo da promulgação da Lei 8.112/90, era a seguinte:

"Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações."

Nos artigos 37 e 39 colhe-se, dos inúmeros parágrafos, a exigência de Lei no que pertine às prerrogativas e sujeições dos servidores, assim que, na apertada síntese, o regime jurídico do servidor, desde a Constituição Federal de

1988, sempre foi entregue à espécie normativa Lei Ordinária e não Lei Complementar.

A Lei Complementar é *"... aquela que, versando matéria especificada pela Constituição, é aprovada por maioria absoluta de votos, é dizer, pela maioria dos membros de cada uma das Casas Legislativas, conforme o art. 69 da Constituição Federal. É, também, uma espécie normativa autônoma, que trata de matéria subtraída ao campo de atuação das demais espécies normativas do nosso direito positivo."* (Celso Ribeiro Bastos, in Dicionário de Direito Constitucional, ed. Saraiva, 1994, p. 99).

Assim, o que marca a Lei Complementar é o fato de dispor sobre matéria própria expressamente referida na Constituição Federal, o que não é o caso da Lei 8.112/90, bem como o seu *quorum* especial de aprovação.

Apenas torna-se inconstitucional uma Lei Ordinária quando versar sobre assunto cometido direta e expressamente pela Constituição Federal à Lei Complementar, sem que haja, por outra, verdadeira hierarquia entre as espécies normativas.

No ponto, Celso Ribeiro Bastos esclarece que *"... basta, tão-somente, a leitura do art. 59, II e III, da Constituição Federal, indicando que as leis ordinárias encontram seu fundamento de validade no próprio texto constitucional, tal qual as leis complementares, que encontram engate lógico na Constituição. Portanto, não há que se falar em hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária."* (op. cit. p. 99).

A inexistência de vínculo hierárquico-normativo entre as espécies legislativas é defendido pela doutrina (Michel Temes, in Elementos de Direito Constitucional, 20ª ed. item 4, p. 146/148; Luiz Alberto David Araújo/Vidal Serrano Nunes Júnior, in Curso de Direito Constitucional, 9ª ed., p. 355/356; Guilherme Pena de Moraes, in Direito Constitucional - Teoria e Constituição, 2003, p. 195; e, finalmente, Aires F. Barreto, para quem *"A lei complementar não é uma lei hierarquicamente superior à lei ordinária. Como ensina Souto Borges, lei complementar e lei ordinária têm campos de atuação absolutamente diversos; a matéria (o conteúdo) é diferente. Os campos de atuação de uma e outra são absolutamente diversos, mas isso não quer dizer que a lei complementar seja hierarquicamente superior à lei ordinária."* (ISS na Constituição e na Lei, 2005, p. 105).

Apesar de tais observações, cabe notar que nunca o cargo de Procurador Autárquico foi regido por Lei Complementar, mas sim pela Lei Ordinária 8.112/90, certo que a Lei Complementar 73/93, ao cuidar da Advocacia-Geral da União, não regia a atuação de tais Procuradores, nos termos do seu artigo 2º.

Tampouco os Procuradores Federais estão compreendidos naquele Lei Complementar.

Assim, a MP 2.229-43, que cuidou da Carreira de Procurador Federal e seu regime jurídico, estava autorizada a vincular os profissionais ao regime da Lei 8.112/90, como o fez no seu artigo 35, bem como, por ser especial, também de acrescentar-lhes até mesmo outras restrições diretamente dirigidas a estes profissionais, como o fez no seu artigo 38, com a seguinte redação:

"Art. 38. Os integrantes da Carreira de Procurador Federal têm os direitos e deveres que lhes prevê a Lei nº 8.112, de 1990, e sujeitam-se às proibições e aos impedimentos estabelecidos nesta Medida Provisória."

Neste ponto que a já transcrita proibição do item I do § 1º do artigo 38 proibiu ao Procurador Federal o exercício da advocacia privada e, em o fazendo, não feriu a hierarquia das Leis.

Finalmente, considerando que a MP 2.229-43 foi editada antes da alteração do regime das Medidas Provisórias pela Emenda Constitucional 32/01, *ad argumentandum* cabe pontificar a admissibilidade pelos Tribunais Superiores da edição de Medida Provisória quando fosse exigida Lei Complementar, tudo em face da anterior redação do artigo 62 da Constituição Federal.

4. SOCIEDADE DE ADVOGADOS. GERÊNCIA OU ADMINISTRAÇÃO. INFRAÇÃO. ART. 117, X, DA LEI 8.112/90.

Consta do artigo 117, X, da Lei 8.112/90, com a redação dada pela recente Lei 11.784/08:

"Art. 117. Ao servidor é proibido: (...)

X - participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário;"

Trata-se de dispositivo altamente instável no que diz com sua redação, tendo sido alterado, antes, pela Medida Provisória 1.964/00, e, depois, pela Medida Provisória 2.225-45/01, vigente ao tempo do cometimento da infração, que lhe conferiram a seguinte redação:

"Art. 117. Ao servidor é proibido: (...)

X - participar de gerência ou administração de empresa privada, sociedade civil, salvo a participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação do capital social, sendo-lhe vedado exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário."

Note-se que, antes da atual redação dada pela já citada Lei 11.748/08, originada da MP 431/08, a redação do inciso X havia sido alterada pela Lei 11.094/05.

Em qualquer das redações, a descrição típica acaba por ser, no ponto, a mesma, eis que requer a participação como gerente ou administrador de "empresa privada", "sociedade civil" ou "sociedade privada".

Evidente que ao servidor público federal é vedado o exercício do comércio, o que constitui outro delito ou infração, não importando em exigir-se da "empresa privada", "sociedade civil" ou "sociedade privada" também a destinação comercial.

Aliás, no ponto, há expressa vedação a que a sociedade de advogados tenha fins mercantis, conforme art. 16 da Lei 8.906/94.

Da cláusula 5ª do Contrato Social da Mello e Souza & Associados S/C, de março de 2002, consta (fls. 196 do processo administrativo - anexo I):

"Cláusula 5ª. A gerência e administração dos negócios sociais cabe ao sócio EDUARDO DE MELLO E SOUZA, que usará o título de Sócio-Gerente, praticando os atos conforme estabelecido nos parágrafos seguintes..."

Após a 1ª Alteração, de abril de 2003 (fls. 186 do processo administrativo - anexo I), a referida gerência e administração passou a ser compartilhada com outro sócio.

No ponto, o relatório final do processo administrativo disciplinar partindo da referida cláusula e constatando que o autor sempre foi detentor da maioria do capital social, concluiu que *"O artigo 117, X, da Lei n. 8.112/90 (RJU) não veda a participação na gerência ou administração somente de sociedade privada, mas em qualquer sociedade civil, mesmo que não comercial. A Lei não faz distinção entre uma sociedade e outra, portanto, aplicável a todas elas. O que o artigo suso referido quis dizer é que o servidor público civil da União é proibido de participar do gerenciamento ou administração de qualquer sociedade, já que essa atividade concomitante prejudicaria o atendimento do serviço público."* (fls. 881 do processo administrativo - anexo III).

Note-se que o dispositivo refere-se às sociedades civis, ou privadas, na redação atual.

Evidente que no conceito legal de sociedade estão abrangidas as sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada, tal como ocorre com as Sociedades de Advogados, pois estão contidas no gênero sociedade civil ou privada, inequivocamente.

Ao decidir em antecipação, anotei, pontualmente:

"No que respeita à tese de que a participação e gerência em sociedade de advogados não importa na infração do artigo 117, X, da Lei 8.112/90, é importante esclarecer que é da natureza da advocacia o seu exercício absolutamente independente, daí que é no advogado que se enfeixam

as garantias quanto ao exercício da profissão, o que não lhe impede de prestar os serviços por meio de Sociedades de Advogados, como, aliás, dispõe o art. 15 da Lei 8.906/94, como anoto:

"Art. 15. Os advogados podem reunir-se em sociedade civil de prestação de serviço de advocacia, na forma disciplinada nesta lei e no regulamento geral.

§ 1º A sociedade de advogados adquire personalidade jurídica com o registro aprovado dos seus atos constitutivos no Conselho Seccional da OAB em cuja base territorial tiver sede (...)"

O dispositivo do artigo 117, X é expresso ao referir-se à gerência ou administração de sociedade civil, de modo que, no ponto, nesta fase não é de se afastar as razões desferidas pela administração no Relatório Final, especialmente em fls. 881/882 do PAD."

O que a Constituição Federal protege com o mais alto grau de autonomia e independência é a figura do próprio Advogado (art. 133).

Quando resolve o advogado exercer sua profissão com outros profissionais advogados, o faz por meio da Sociedade de Advogados, verdadeira sociedade civil de profissão regulamentada, e que apresenta características próprias.

Vale referência o trabalho de Walter Guerra Silva (Sociedade de Advogados - Conceito, Características e Livre Exercício no Mercosul, in Juris Síntese n° 36 - JUL/AGO de 2002), quando diz: *"... Somente com o advento da Lei n° 4.215, de 1963, foi expressamente regulada a sociedade de advogado, fixando-se várias singularidades que a particularizaram das demais sociedades de prestação de serviços e profissões regulamentadas. Atualmente, o Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei n° 8906, de 1994) cuida do tema em seus arts. 15 a 17, complementado pelo seu Regulamento Geral (arts. 37 a 43), Provimento n° 91 (de 12.03.2000) e Provimento n° 92 (de 10.04.2000). Sendo esse quadro normativo complementado supletivamente (naquilo que não contrariam as de caráter especial antes referidas), pelas normas sobre as sociedades civis em geral, previstas nos arts. 1363 e seguintes do Código Civil.*

- CONCEITO A existência da sociedade de advogados está vinculada à finalidade de seu propósito, o exercício da advocacia. Cumprindo-se através de seus sócios, i. e., a atividade realizada por seus sócios ou demais advogados a ela vinculados, jamais pela própria sociedade. As procurações são outorgadas individualmente, em nome dos advogados que compõem a sociedade, constando de seu texto a indicação da sociedade que fazem parte. Assim, a sociedade de advogados, em nome próprio, não recebe mandato. Este lhe é outorgado no nome individual de seus sócios, existindo apenas a indicação de qual sociedade fazem parte. Considerando-se a função que a sociedade visa preencher, podemos defini-la, seguindo o conceito de Gonçalves Neto, como 'aquela constituída por dois ou mais advogados para lhes permitir ou facilitar o exercício da advocacia em regime de colaboração recíproca, com disciplinamento do expediente e da divisão dos resultados patrimoniais

auferidos no atendimento que os advogados a ela vinculados prestam para os clientes': Possui o elemento de ser uni profissional, não existe sociedade de advogados com outros profissionais, mesmo que sejam estagiários regularmente inscritos na OAB, ou pertençam a outras profissões. Assim, diante da exigência legal de que a sociedade só pode constituir-se por mais de uma pessoa com qualificação profissional de advogado, percebe-se que não existe a possibilidade de constituição de 'sociedade de advogados unipessoal'.

- CARACTERÍSTICAS São diversas as características da sociedade de advogados, dentre elas podemos ressaltar: a) Exercício racional da advocacia. Não é a sociedade, na defesa do interesse de seus clientes, que irá atuar na advocacia. Seus advogados (como sócios, associados ou empregados) é que terão a possibilidade de exercê-la de modo mais racional e organizado; b) Uniprofissional. É exigência da própria lei (art. 15, caput, da Lei n° 8.906/94) que as pessoas físicas que a compõe possuam habilitação profissional de advogado (i. e., sejam bacharéis em direito, com inscrição profissional na OAB). Nem mesmo o estagiário devidamente inscrito na OAB pode dela fazer parte. Nesse sentido já manifestou-se o Conselho Federal da OAB ao analisar o recurso n° 2.066/2000; c) Proibição de objeto diverso da advocacia. Está vedado à sociedade possuir objeto diverso do 'proporcionar o exercício profissional da advocacia aos seus sócios e advogados agregados': Nenhuma outra atividade pode ser por ela perseguida (idem, art. 16, caput), deixando excluída a possibilidade de constituir-se em sociedade multidisciplinar (consultoria, engenharia, auditoria etc.); d) Registro no Conselho Seccional da base territorial da sociedade. Ela possui registro próprio em órgão diverso do das demais sociedades civis. Diferentemente destas, que arquivam seus atos constitutivos no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, aquelas são registradas no Conselho Seccional da OAB em cuja base territorial tiver sua sede e, onde constituir e instalar filial (ibidem, art. 15, §§ 1° e 5°); e) Proibição de apresentar forma ou características mercantis. O mesmo art. 16 do Estatuto da Advocacia veda à sociedade de advogados apresentar forma ou características mercantis. Diferentemente das demais sociedades civis que possuem a faculdade de adotar as formas estabelecidas nas leis comerciais (art. 1.364, do Código Civil); f) Responsabilidade civil dos sócios solidária com a da sociedade. Os danos causados pelos sócios a terceiros, no exercício da advocacia, são de responsabilidade individual e ilimitada desses e da sociedade (art. 17, do Estatuto da Advocacia). Assim, os sócios respondem pelos atos praticados pela sociedade e pelo fato da advocacia ser exercida pessoalmente por eles ou por advogado integrado à sociedade. Nada impedindo que seja estabelecida cláusula de solidariedade ampla ou que se introduza limitação de responsabilidade de algum dos sócios perante os demais nas suas relações internas. g) Personalidade jurídica formal. Com a obrigatoriedade de registrar seus atos constitutivos perante o Conselho Seccional da OAB, observamos a existência de personalidade jurídica formal, diante da declaração de vontade dos sócios e o registro do contrato constitutivo. O direito brasileiro reconhece ampla personalidade às sociedades, quer civis,

quer comerciais. O que é difícil de reconhecer na sociedade de advogados que não possui separação ou autonomia patrimonial pelos atos praticados por seus sócios no exercício da advocacia, bem como não existe distinção entre a pessoa ideal e as pessoas que a constituem. Diante da despersonalização da sociedade pelos atos realizados por seus sócios, afirma-se inexistir, na sociedade de advogados, personalidade jurídica material."

Certo que tais características impõem particularidades em relação às sociedades de advogados, que seguramente são concebidas para o exercício da função essencial de advocacia, que exige o mais alto grau de liberdade, pois é garante das liberdades públicas, nenhuma dessas características as põem a salvo do conceito de sociedades civis e privadas, posto que públicas não são, de modo que, mais uma vez demonstrado a correção do juízo de subsunção levado a cabo pela autoridade processante.

Finalmente, tem razão a contestante ao invocar o precedente do Superior Tribunal de Justiça, no MS 6.808/DF, que traduz o entendimento segundo o qual **"A licença para trato de interesses particulares não interrompe o vínculo existente entre o servidor e a Administração..."**, daí porque, mesmo fosse demonstrado inequivocamente que a sociedade de advogados foi criada quando o autor estivesse em licença, tal fato não lhe aproveitaria, além do que permaneceu associado e na administração após a licença.

5. PRESCRIÇÃO. ART. 142 DA LEI 8.112/90. INFRAÇÃO. NATUREZA. CONTAGEM.

É ponto pacífico e lugar comum que em nosso direito a regra é a prescritibilidade, eis que se inspira na segurança jurídica, sobreprincípio de direito, por isso que San Tiago Dantas consigna que *"a influência do tempo, consumidor do direito pela inércia do titular, serve a uma das finalidades supremas da ordem jurídica, que é estabelecer a segurança das relações sociais... não é justo que se continue a expor as pessoas à insegurança que o direito de reclamar mantém sobre todos, como uma espada de Dâmocles. A prescrição assegura que, daqui em diante, o inseguro é seguro..."* (Programa de Direito Civil, parte geral, 1977, p. 397), acompanhado por Pontes de Miranda (Tratado de Direito Privado, v. 6, § 666, p. 127) e Agnelo Amorim Filho (Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência e para Identificar as Ações Imprescritíveis, RT 300/7).

O princípio da prescritibilidade da sanção por infração disciplinar é de naipe constitucional, nos termos do art. 37, § 5º, da Constituição Federal.

De outro lado, atingindo a prescrição o direito de ação, e não o próprio direito material em si, é evidente que está referida a *actio nata*, ou seja, ao momento do nascimento da pretensão em exigir ou requerer - a *anspruch* da doutrina alemã -, confundindo-se com o termo *a quo* da prescrição, por isso que tal idéia deve ser alargada para comportar-se na prescrição todo o período em que

remanesce a legitimidade da pretensão, por isso que se cogita de prescrição da ação e se a estende até o limite da prescrição executória.

Certo que o direito administrativo possui autonomia científica própria, eis que corresponde a um subsistema de direito público, não se pode olvidar que *"a punição administrativa guarda evidente afinidade, estrutural e teleológica com a sanção penal."* (STJ RESP 19.560-0, rel. Min. Humberto Gomes de Barros), pois, *"assim, não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal. A separação entre um e outro atende apenas a critérios de conveniência e oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço. A única diferença que pode ser reconhecida entre as duas espécies de ilicitude é de quantidade ou de grau: está na maior ou menos gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com outra."* (Nelson Hungria, in *Ilícito Administrativo e Ilícito Penal*, RDA - Seleção Histórica 1945/1995), também reconhecido pelo atual art. 142, § 2º, da Lei 8.112/90, isso porque a identidade entre a punição criminal e disciplinar é evidente, ambas atingindo, ao menos, o *status dignitatis* daquele que a sofre, o que permite o acolhimento da tese segundo a qual a prescrição de infração administrativa também punida como crime se dá juntamente com a prescrição do crime, conforme precedente do Superior Tribunal de Justiça, no RMS 17/SP, rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 20.11.89, publicado em RT 654/186).

Não havendo identidade entre as infrações disciplinares cometidas pelo autor e a tipificação penal, não se cogita da aplicação de todos os princípios de direito penal ao processo administrativo por analogia, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal (RTJ 71/284), porém, para o caso, seguramente algumas regras comuns de prescrição são aplicáveis, como se demonstra.

O artigo 142 da Lei 8.112/90, dispõe:

"Art. 142. A ação disciplinar prescreverá: (...)

I - Em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão; (...)

§ 1º - O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.

§ 2º - Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime."

A regra de contagem do prazo prescricional, há muito, já havia sido corretamente fixado pela administração federal, conforme a Formulação 76 do antigo DASP, segundo a qual **"A prescrição, nas infrações disciplinares, começa a correr do dia em que o fato se tornou conhecido."**, pois só a partir de então surge a pretensão de punir, e aqui se tem já um ponto de descolamento em relação ao princípio da contagem de prescrição no crime, pois neste o termo *a quo*, exceto nos delitos de natureza permanente, coincide com a data do fato.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

"... A contagem do prazo prescricional começa a correr a partir da data em que a Administração tomou conhecimento da ocorrência do ilícito, e não dos fatos (§ 1º do art. 142 da Lei n. 8.112/90)." (ROMS 25.798/PR. Rel. Min. José Delgado, DJU de 16/04/08)

De outro, é certo que é a autoridade que deve tomar o conhecimento, portanto, com ascendência funcional sobre o faltoso, não se exigindo seja a autoridade do mais alto grau, mesmo porque o Estatuto do Servidor Público Federal atribui ao superior a obrigatoriedade de comunicação do fato, nos termos do artigo 143 da Lei 8.112/90.

Porém, a prova da ciência do superior hierárquico deverá ser inequívoca, e, portanto, escrita.

Ensina Odete Medauar (in Prescrição e Administração Pública, RT 642/81), a respeito do assunto: *"Como fica caracterizado esse conhecimento para efeito do início do prazo prescricional? Tal ciência comprova-se por manifestação escrita, como p. ex. a comunicação de irregularidade a quem tem competência para adotar providências; o pedido para outro órgão efetuar apuração; a formação de comissão para averiguação preliminar. Desde que o conhecimento tenha registro por escrito, a partir daí começa a contagem do prazo prescricional, a não ser que o funcionário possa demonstrar que a ciência ocorreu em momento anterior."*

Neste ponto, é relevante notar que, diferente do que alega o autor sobre a administração *"... estar ciente, desde a edição da MP 2.229-43, de 06.9.2000, que regulou a carreira de Procurador Federal, de que o autor exercia a advocacia - afinal, sempre exerceu - e era membro de sociedade de advogados."* (fls. 731), só é verdadeira a assertiva se considerada sua relação anterior com a Procuradoria da Autarquia Federal, e não com a Chefia da Procuradoria Federal.

De fato, tal como alegou o autor em inicial, a Procuradoria da UFSC conhecia sua atividade privada, o que foi confirmado pelo testemunho de Rogers Martins Colombo, que afirmou ter tomado conhecimento *"... de que o autor integrava escritório privado de advocacia por meio de ofício da Ordem dos Advogados do Brasil, inclusive sobre a gestão, desde 1994, esclarecendo ainda que só no processo teve conhecimento de que a OAB já havia comunicado a respeito da situação profissional do autor; tem conhecimento de que, por meio do Procurador-Chefe, Dr. Marco Aurélio, foi encaminhado à OAB ofício a fim de consultar sobre eventual impedimento ao exercício da advocacia, obtendo, em retorno, a declaração de que não haveria impedimento à advocacia privada do autor."* (fls. 756).

O mesmo Procurador Geral da UFSC, em 04/11/02 (fls. 123), em face agora da carreira de Procurador Federal, oficiou à OAB/SC para consultar sobre a proibição de advogar, ocasião em que, na OAB, o expediente foi arquivado, dando a entender que se aplicaria o artigo 30, I, da Lei 8.906/94, que

impede a advocacia apenas contra a fazenda pública que remunera o advogado público, remetendo então ao anterior parecer da OAB em relação ao Procurador Autárquico (fls. 124).

Ademais, mesmo que se considere a decisão da OAB como marco inicial da prescrição, tal decisão foi tomada em março de 2003 (fls. 124), menos de cinco anos antes da abertura do processo administrativo disciplinar.

Evidentemente, a OAB/SC não considerou a nova carreira de Procurador Federal, referindo-se, incorretamente, à carreira de Procurador Autárquico, com o que o Sr. Chefe da Procuradoria da UFSC não inaugurou qualquer procedimento de persecução administrativa.

Porém, o fundamental é que, nessa época, já existia Chefia-Geral da Procuradoria Federal, que, ao que se tem notícia, não havia sido notificada, muito menos por escrito.

Os fatos ficaram bem esclarecidos exatamente quando do depoimento do Sr. Roberto Ritter Vont Jelita, à época da deflagração do processo administrativo Procurador-Chefe da Procuradoria Federal de Santa Catarina, segundo quem *"... À época em que instaurado processo administrativo disciplinar, o depoente ocupava a função de Procurador-Chefe da Procuradoria Federal de Santa Catarina, tendo sido o destinatário das denúncias; no ano de 2005 o depoente passou a organizar a centralização física dos Recursos Humanos da Procuradoria Federal em Santa Catarina, reunindo-as em um único edifício a partir de agosto de 2005; neste momento o autor da ação passou a trabalhar no mesmo edifício, ocasião em que o depoente, por ligação telefônica recebida do Dr. Marco Aurélio, Chefe da Procuradoria Federal da UFSC, teve conhecimento de que o autor exerceria advocacia privada...."* (fls. 757).

Também o Procurador-Chefe que sucedeu ao Sr. Roberto, Dr. Sérgio Silva Boabaid, alegou ter assumido a chefia em meados de maio de 2007, e, provindo também da Procuradoria de uma autarquia diversa, o INSS, só após receber o processo administrativo disciplinar contra o autor é que teve conhecimento das imputações (fls. 765).

Tais testemunhos demonstram que não era, como alegou o autor, "público e notório" junto aos Procuradores-Chefe da Procuradoria Federal de Santa Catarina, autoridades competentes e com ascendência funcional no exercício do cargo de Procurador Federal, o conhecimento a respeito das infrações, com o que o conjunto probatório desautoriza a tese da prescrição.

Há mais.

Cuida-se de infração administrativa de caráter continuado.

Tal como prevê o artigo 111, III, do Código Penal, também a prescrição das infrações continuadas apenas se conta do dia em que cessada a sua permanência.

Tal entendimento, em relação aos delitos penais também consagrado pelos Tribunais Superiores (STJ: RESP 171.156/SP, in RT 766/573; e STF: HC 73.368-8/RJ, in RT 718/512), é cabível na prescrição do ilícito administrativo, eis que estes não serão sempre de execução imediata, mas em inúmeros casos, de execução diferida no tempo, como é o caso em comento.

Tais razões são suficientes para afastar a tese do autor, no sentido de acolhimento da prescrição.

6. PRESEÇA DE ADVOGADO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SÚMULA 343 STJ.

Ao decidir a antecipação de tutela, (fls. 658/671), quanto ao tema, decidi:

"A recente Súmula 343 do Superior Tribunal de Justiça assim dispõe: "É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar."

Busca dar a maior amplitude ao direito constitucional de ampla defesa e a cláusula principiológica do devido processo legal, nos termos, fundamentalmente, dos artigos 5º, LV e 133 da Constituição Federal, ao fazer prevalecer sobre a ampla defesa meramente formal a própria ampla defesa no seu sentido material, tudo porque, nos termos do voto do Ministro Arnaldo Esteves no MS 10.837/DF, "... é imperioso que o servidor público acusado seja acompanhado de advogado ou de defensor público, para que, em tese, obtenha em seu favor uma defesa técnica."

A súmula é fruto dos precedentes dos MS 10.837/DF, ROMS 20.148/PE, MS 10.565/DF, MS 9.201/DF e MS 7.078/DF, os quais, em suas fundamentações, remetem ainda aos precedentes dos MS 7.074/DF e MS 7.239/DF.

A orientação jurisprudencial pela imprescindibilidade do advogado no âmbito do processo administrativo disciplinar não se afina com o disposto nos artigos 156 e 159, § 2º da Lei 8.112/90, sendo que apenas ao indiciado revel se designa "servidor como defensor dativo", nos termos do artigo 164, § 2º da mesma Lei, com o que se cumpre a exigência de contraditório constitucional (conferir Artur César de Souza, em Contraditório e Revelia, ed. Revista dos Tribunais).

Como anotou o Ministro Paulo Gallotti, no voto-vencido proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no Mandado de Segurança nº 10.837/DF, que

o Supremo Tribunal Federal já teve ocasião de pronunciar-se no seguinte sentido:

"É de se notar que o impetrante foi cientificado da instauração do processo e de que poderia acompanhar pessoalmente ou por defensor todos os atos e diligências; teve acesso aos autos e às provas, quando entendeu oportuno constituir advogado que ofereceu defesa escrita, tendo igualmente presenciado depoimentos de testemunhas. Não pode agora se valer de sua omissão em acompanhar diligências das quais teve ciências para inquirir de nulidade o processo." (MS nº 23.192/DF)

"Agravo regimental a que se nega provimento, porquanto não trouxe o agravante argumentos suficientes a infirmar os precedentes citados na decisão impugnada, no sentido de que, uma vez dada a oportunidade ao agravante de se defender, inclusive de oferecer pedido de reconsideração, descabe falar em ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório no fato de se considerar dispensável no processo administrativo, a presença de advogado, cuja atuação, no âmbito judicial, é obrigatória." (AgRg no RE nº 244.027/SP)

Contudo, ainda que assim não fosse, para o caso concreto não há qualquer vício no Processo Administrativo Disciplinar sob o ponto de vista da inexistência do contraditório, isto porque, mesmo nos precedentes que desembocaram na Súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça, ressaltou-se expressamente os casos em que o acusado possuísse a habilitação profissional suficiente.

No MS 10.837/DF, consta do voto-vencedor, proferido pela Ministra Laurita Vaz, que *"... por imperativo constitucional, à luz dos precedentes desta Corte de Justiça, com a qual não se compatibiliza a auto-defesa, em se cuidando de acusado sem habilitação científica em Direito, não há como deixar de reconhecer a nulidade ora pleiteada."*, valendo observar que este entendimento já havia sido proferido pela Ministra no julgamento do MS 9.201/DF.

Também no julgamento do MS 10.837/DF, o Ministro Arnaldo Esteves anotou: *"... inexistindo defesa do servidor público em processo disciplinar, há nulidade absoluta. Se houve defesa, mas que se deu de forma deficiente, a nulidade dar-se-á se houver demonstração de prejuízo."*

No MS 7.078/DF, o Ministro Hamilton Carvalhido, relator, observou: *"No que diz respeito à ocorrência de cerceamento de defesa, é de se reconhecer que durante a instrução do inquérito, a impetrante não se viu acompanhar de defensor constituído, que, a nosso ver, é imperativo constitucional, com o qual não se compatibiliza a auto-defesa, em se cuidando de acusado sem habilitação científica em Direito."*

Note-se que tais julgados consistem exatamente naqueles que vieram a consolidar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça na sua Súmula nº 343.

Tendo o autor habilitação profissional para a promoção da auto-defesa, que veio a ser apresentada (fls. 843/856 do PAD) de modo suficiente, só

caberia cogitar de nulidade ante evidente prejuízo à defesa do acusado, no que se consagrou doutrinária e jurisprudencialmente como princípios do pas de nullité sans grief, inócurrenente no caso."

A respeito do tema, dispõe a Lei 8.112/90, em seus artigos 156 e 164, § 2º:

"Art. 156. É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.

Art. 164. Considerar-se-á revel o indiciado que, regularmente citado, não apresentar defesa no prazo legal. (...)

§ 2º Para defender o indiciado revel, a autoridade instauradora do processo designará um servidor como defensor dativo, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado."

Evidenciada a divergência entre o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça no verbete já declinado e o texto legal, é preciso notar que o artigo 5º, LV, da Constituição Federal é expresso em garantir a ampla defesa "**com os meios e recursos**" próprios ao processo, os quais serão fixados em Lei.

Deve o Estado propiciar a mais ampla defesa administrativa, que se dará, porém, nos termos da Lei, bastando que a Lei não a esvazie. A Lei 8.112/90, nos dispositivos retro, de outro, não esvazia a garantia constitucional.

Em recente trabalho (Processo Administrativo Disciplinar e o Devido Processo Legal: Considerações em Torno da Súmula 343 STJ), Edilson Pereira Nobre Júnior anotou que "*Numa rápida pesquisa, pode-se verificar que o Supremo Tribunal Federal, em vários precedentes, vem adotando posição diametralmente oposta à orientação consolidada na Súmula 343 STJ. Exemplo disso se dá com o MS 23.192/DF... Noutro julgado, qual seja, o Agravo no RE 244.027/SP... ao AI 239.029/SP... À derradeira, forçoso referir o MS 24961-7/DF...*", além do que também o STJ já havia julgado pela dispensabilidade do advogado no processo administrativo disciplinar, tanto que, anotou o autor, "*... a Súmula 343 contraria posição anteriormente assumida pelo próprio Superior Tribunal de Justiça.*"

Tais precedentes apontam o tranqüilo entendimento, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, ao menos antes da edição da Súmula, sobre a convivência da defesa acolhida na Lei 8.112/90 com o desenho da garantia constitucional de ampla defesa, reservando-se a imprescindibilidade da capacidade postulatória exclusiva do advogado apenas aos feitos judiciais, posição agora consolidada na Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal.

7. PROCESSO ADMINISTRATIVO. FUNDAMENTAÇÃO. DOSIMETRIA. PROPORCIONALIDADE.

Quanto ao tema, também a decisão antecipatória de fls. 658/671 trouxe vários subsídios doutrinários, que repito, conforme segue:

"Desde já, fundamental marcar a natureza jurídica administrativa da sanção decorrente do exercício do poder disciplinar, eis que orientado pelo combate às condutas que comprometam negativamente a ordem organizativo-funcional do Estado.

Ensina René Mario Goane que "En efecto, ninguna organización puede no sólo alcanzar el fin en orden al cual existe, sino ni siquiera subsistir, si no reina la armonía y el orden entre sus miembros o si éstos persiguen su interés particular a expensas del fin común. La disciplina es, precisamente, la concreción del orden de justicia propio de la organización, en tanto que preserva la prevalência de ésta y de su fin, respecto de los que la componen y sus intereses individuales... Este poder, consecuencia necesaria de la propia esencia de la organización, es el poder disciplinario; se trata, pues, de una virtualidad común a toda organización, cualquiera sea su naturaleza." (in Derecho Administrativo, Obra Colectiva em Homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff. Ed. Abeledo Perrot, p. 1016/1017), daí porque só parcialmente identificada atuação na espécie com o direito disciplinar adjetivo incidente sobre as responsabilidades civil e penal...

A pena de demissão, ante sua gravidade, é de atribuição do Sr. Presidente da República, como Chefe da Administração Federal, conforme art. 84, II, da Constituição Federal e ante os termos dos artigos 141, I c/c 167§ 3º da Lei 8.112/90, porém, sendo delegada ao Sr. Advogado-Geral da União, conforme o Decreto nº 3.035/99, cuja autorização constitucional se encontra no inciso VI do artigo 84 da Constituição Federal, como, aliás, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do MS nº 7.275/DF, DJU de 23/04/01), sendo de esclarecer que o ato de demissão ocorreu por iniciativa da autoridade competente (fls. 600).

Esclarecida a sujeição estatutária do autor, a propriedade da Medida Provisória para alterar o regime de prestação dos serviços jurídicos tal como se procedeu, sem a necessária e reivindicada opção ao Procurador, bem como estabelecida a viabilidade da aplicação da pena de demissão em razão da infração mencionada, necessário aprofundar-se nas demais ilegalidades formais apontadas pelo autor.

O processo administrativo disciplinar é regulado por dispositivos próprios, a partir do artigo 143 da Lei 8.112/90.

Vindo aos autos Anexos com a íntegra do Processo Administrativo Disciplinar nº 00435.000111/2007-91, verifica-se que foi inaugurado a partir do

Ofício do Sr. Chefe da Procuradoria Federal no Estado de Santa Catarina, seguindo-se a aprovação pelo Sr. Procurador-Geral Federal sobre a sua instauração e a constituição de Comissão pela Portaria nº 376, de 31/05/07 que, devidamente instalada, procedeu à Notificação Prévia do autor "... para assegurar o direito à ampla defesa e ao contraditório que lhe é garantido pelo art. 5º, inciso LV, da Lei Maior, bem como pelo art. 156, da Lei 8.112/90, podendo acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial." (fls. 123 do PAD), constando do teor da mesma notificação o envio dos documentos até então existentes no processo administrativo, os quais foram franqueados ao autor.

Após a juntada de documentos e tomada de depoimentos, o autor manifestou-se no Processo Administrativo Disciplinar (fls. 635/640 do PAD) ratificando a prática da advocacia privada e pugnando pelo reconhecimento de seu direito adquirido à continuidade do seu exercício, só então seguindo o Termo definitivo de Instrução e Indiciamento (fls. 651/654 do PAD), com a efetiva citação do autor (fls. 656 do PAD), vindo o autor a apresentar sua defesa (fls. 843/856 do PAD).

Finalmente, emitiu-se Relatório (fls. 866/883 do PAD), cumprindo-se a exigência do artigo 165 da Lei 8.112/90, o qual foi ratificado pelo parecer da autoridade competente (fls. 885/892 e 893 do PAD) e aprovado, finalmente, pelo Advogado-Geral da União (fls. 894 do PAD).

Cumprir notar, nos termos dos artigos 165 e 166 da Lei 8.112/90 que, uma vez afastadas as alegações do autor em defesa, inclusive com o indeferimento das diligências ali requeridas, o Relatório conclusivo é imediatamente remetido à autoridade competente para julgamento, não ocorrendo previsão de nova intimação do servidor indiciado.

O Superior Tribunal de Justiça teve ocasião de decidir:

"... Inexiste qualquer determinação legal no sentido de que o indiciado seja intimado pessoalmente do relatório final elaborado pela comissão processante, não havendo falar, assim, em violação do princípio do devido processo legal." (MS nº 8.259/DF. Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, julgado em 13/11/02)

*Afastada a ilegalidade formal cogitada em inicial, é de se esclarecer que a sujeição do Advogado Público à disciplina da Lei 8.906/94, evidentemente, não afasta nem influi diretamente no poder disciplinar da administração, a quem cabe preservar sua própria organização, daí que **"... o estatuto configura a lei geral da advocacia, supletiva de cada legislação específica da advocacia pública, mas exclusiva em matéria que diga com a atividade privativa da advocacia."** (Paulo Luiz Neto Lobo, em Comentários ao Estatuto da Advocacia, 2ª ed. 1999, p. 35), por isso que as anotações da Ordem*

dos Advogados do Brasil reconhecendo limitações nas atividades do autor não vinculam a administração exercida pela sua Chefia.

Como demonstrado, foi o autor regularmente notificado e, posteriormente, citado para defesa no âmbito do Processo Administrativo Disciplinar nº 00435.000111/2007-91, inclusive com a advertência de poder "...acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador..." (fls. 123 do PAD), sendo que, efetivamente, defendeu-se pessoalmente das imputações...

Por último, como adiantado em decisão de fls. 645/646, há discricionariedade na aplicação da pena disciplinar, nos termos do artigo 128 da Lei 8.112/90, certo que, após a juntada aos autos da íntegra do Processo Administrativo Disciplinar, pode-se já residir nas razões de fato e de direito que importaram na aplicação da pena de demissão..."

Nesta fase, cabe apenas agregar que, regular o processo administrativo, ao final e ao cabo nota-se que o autor dirigiu-se contra a própria desproporcionalidade da Lei, ao não criar regra de transição, o que já foi devidamente afastado no item 2 desta decisão, o que não afasta a apreciação da aplicação da pena disciplinar e sua motivação em concreto, tudo a partir das balizas jurídicas até aqui fixadas.

Novamente reportando-me à decisão antecipatória, agora voltado ao caso e suas circunstâncias, oportuno demonstrar o que lá decidido, como segue:

"Indiscutível a cominação da pena de demissão para a infração detectada, cabe agora residir sobre a motivação do ato.

Preciso que o administrador tenha a exata noção do seu poder discricionário. Ensina Bartolomè Fiorini, citado por Hely Lopes Meirelles, que "a discricionariedade é a faculdade que adquire a Administração para assegurar em forma eficaz os meios realizadores do fim a que se propõe o Poder Público. A discricionariedade - prossegue o mesmo autor - adquire relevância jurídica quando a Administração quer custodiar em forma justa os interesses públicos entregues à sua tutela. É, então, a ferramenta jurídica que a ciência do Direito entrega ao administrador para que realize a gestão dos interesses sociais respondendo às necessidades de cada momento. Não é um instrumento legal que se concede ao administrador para fazer o que imponha o seu capricho; nem tampouco para criar normas de caráter legislativo; menos ainda para que intervenha ante uma contenda normativa, como acontece com a jurisdição. É, unicamente, uma autorização limitada a um fim determinado, para que o Poder Público aprecie as condições presentes quando administre o interesse social especificado pela norma legislativa. É uma forma de atuar da Administração Pública para poder realizar uma reta administração dos diversificados interesses da coletividade." (Direito Administrativo Brasileiro. 17ª ed. p. 151) Prosseguindo Meirelles, para concluir que, "Por isso mesmo,

quando se justifica a competência discricionária, a faculdade discricionária, o poder discricionário da Administração, não se está justificando qualquer ação arbitrária, realizada ao arrepio da lei. A atividade discricionária não dispensa a lei, nem se exerce sem ela, senão com observância e sujeição a ela." (op. cit.)

Para demonstrar ainda a arbitrariedade ora cometida, fixe-se ainda que a liberdade de exercício de ofício, atividade ou profissão é princípio constitucional, merecendo, pois, o prestígio correspondente e devendo prevalecer ante eventuais frágeis razões na aplicação de pena tão grave quanto é a demissão de servidor concursado e desempenhando suas funções a longos anos.

É nesse contexto que ***"A competência discricionária não se exerce acima ou além da lei, senão como toda e qualquer atividade executória, com sujeição a ela."*** (Relator Seabra Fagundes. Julgado TJRN, RDA 14/54), por isso que ***"Erro é considerar-se o ato discricionário imune à apreciação judicial, pois só a Justiça poderá dizer da legalidade da invocada discricionariedade e dos limites de opção do agente administrativo... o Judiciário não poderá substituir a Administração em pronunciamentos que lhe são privativos, mas dizer se ela agiu com observância da lei, dentro de sua competência, é função específica da Justiça Comum, e por isso mesmo poderá ser exercida em relação a qualquer ato do Poder Público, ainda que praticado no uso da faculdade discricionária... quaisquer que sejam a procedência, a natureza e o objeto do ato, desde que traga em si a possibilidade de lesão a direito individual ou ao patrimônio público, ficará sujeito a apreciação judicial exatamente para que a Justiça diga se foi ou não praticado com fidelidade à lei e se ofendeu direitos do indivíduo ou interesses da coletividade"*** (Hely Lopes Meirelles, in op. cit. p. 104 e 192), assim também Odete Medauar, ao recordar que, desde Seabra Fagundes, Victor Nunes Leal e Caio Tácito, que se superou o controle da competência e forma do ato administrativo, ***"para adentrar nos motivos e fins, como integrantes da legalidade e não da discricionariedade e mérito."*** (op. cit. p. 417), seguida por Celso Antônio Bandeira de Mello, que diz: ***"Nada há de surpreendente, então, em que o controle judicial dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discricionação, se estenda necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato. Nenhum empeco existe a tal proceder, pois é meio - e, de resto, fundamental - pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do direito."*** (Curso de Direito Administrativo, 10ª edição, p. 600).

A esta altura se torna indispensável buscar no mestre Seabra Fagundes o alcance do controle do ato administrativo discricionário.

É deste jurista a afirmação segundo a qual ***"Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão-somente, sob o prisma da legalidade. Este é o limite do controle, quanto à extensão."*** (in op. cit. p. 126), desenvolvendo seu raciocínio ao dizer que ***"Ao Judiciário não se submetem os***

interesses que o ato administrativo contrarie, mas apenas os direitos individuais, acaso feridos por ele..." (p. 128), cuidando, adiante, de conceituar o mérito do ato administrativo como aquele "que se relaciona com a intimidade do ato administrativo, concerne ao seu valor intrínseco, à sua valorização sob critérios comparativos. Ao ângulo do merecimento, não se diz que o ato é ilegal ou legal, senão que é ou não é o que devia ser, que é bom ou mau, que é pior ou melhor que outro. E por isto é que os administrativistas o conceituam, uniformemente, como o aspecto do ato administrativo, relativo à conveniência, à oportunidade, à utilidade intrínseca do ato, à sua justiça, à fidelidade aos princípios da boa gestão, à obtenção dos desígnios genéricos e específicos, inspiradores da atividade estatal..." (op. cit. p. 131).

Tornada clara a viabilidade de controle do ato administrativo discricionário, resguardado o seu mérito, invoco lições do Ministro José Delgado, estudioso da obra de Seabra Fagundes, para quem: "Não se pode perder de vista que toda competência discricionária tem como limites mais visíveis a observância da finalidade, além da competência e forma, resguardando-se o mérito administrativo no que respeita ao verdadeiro e legítimo espaço para dizer da conveniência e oportunidade, não podendo o Judiciário imiscuir-se em funções que não lhe pertencem. O que não pode é o Judiciário determinar a prática de um ato discricionário, isso já em razão separação de poderes, princípio constitucionalmente acatado no artigo 2ª da Constituição Federal, conforme decidiu o STJ no RESP 169.876/SP, BDA 01/99, p. 48, relatado pelo também potiguar José Augusto Delgado, estudioso da obra de Seabra Fagundes."

Tais lições remetem então ao estudo aprofundado do caso concreto.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu Manual, diz ser importante o "exame do caso concreto, pois a existência de norma ensanchadora de liberdade administrativa não é o bastante para concluir-se que exista discricção na prática de um determinado ato. É requisito indispensável; não porém suficiente. Com efeito, desde logo, quando a lei se vale de conceitos vagos, fluidos, imprecisos ('gravidade' de uma infração, ofensa à 'moralidade' pública, situação 'urgente', passeata 'tumultuosa', etc), dos quais resultaria certa liberdade administrativa para ajuizar sobre a ocorrência de situações assim qualificáveis, tal liberdade só ocorre em casos duvidosos, isto é, quando realmente é possível mais de uma opinião razoável sobre o cabimento ou descabimento de tais qualificativos para a espécie..." esclarecendo que haverá casos em que "será óbvio que dada infração não é 'grave', que não houve ofensa à 'moralidade', que inexistente 'urgência', que inócorre 'tumulto', ou, opostamente, estarão evidentes a gravidade, a moralidade, a urgência, o tumulto, etc. Aí, então, não haverá discricionariade alguma para o administrador. Em suma: a aplicabilidade dos conceitos vagos só proporcionará discricionariade nas situações marginais."

Se o administrador deduz os motivos que orientaram seu atuar administrativo, é evidente que cabe o controle e que se vincula o administrador aos motivos declinados, eis que aqui é possível investigar-se a legalidade do ato, sempre resguardando-se seu mérito.

Ensina Seabra Fagundes, após várias considerações, "afigura-se-nos possível reafirmar que o exame dos motivos do ato administrativo é matéria de legalidade. Se um dos elementos essencialmente integrantes do ato (vinculado) é o motivo, se sem ele esse não existe, o constatar a falta de razão prevista em lei, como imprescindível à prática do ato, significa reconhecer a sua desconformidade com a norma legal, ou seja, a carência nele de um dos elementos que a lei supõe devam integrá-lo. No exemplo figurado de demissão de funcionário público, não dirá a sentença que o ato foi bom ou foi mau, que os motivos foram justos ou injustos (o que seria apreciar ao ângulo do merecimento), mas que houve ou não houve motivo." (grifo meu) (op. cit. p. 132) Adiante, "O Judiciário é chamado para dizer se há ou não algo ilícito, capaz de originar reparação. Como saber se o ato foi ou não lícito, sem pesar os motivos que o determinaram, nem apreciar os elementos colhidos? (RF 78:49)... Só haverá exame do mérito se se quisesse discutir o acerto do ato pelo bom uso da competência, em face das necessidades coletivas..." (op. cit. p. 134/135)

Assim também o Supremo Tribunal Federal, ao deixar marcado que:

"A legalidade do ato administrativo, cujo controle cabe ao Poder Judiciário, compreende não só a competência para a prática do ato e de suas formalidades extrínsecas, como também os seus requisitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato, desde que tais elementos sejam definidos em lei como vinculadores do ato administrativo." (RDA 42/227)

Odete Medauar, na mesma esteira, e aprofundando, sustenta que "A exigência de nexa entre o ato administrativo e seus antecedentes de fato, tornou o motivo um vínculo a mais no exercício do poder discricionário. Como decorrência, veio a possibilidade do controle jurisdicional dos antecedentes de fato e das justificativas jurídicas que levam à tomada da decisão em determinado sentido, ou seja, o controle do motivo. Um dos aspectos mais marcantes desse controle consiste na averiguação dos fatos; se num primeiro momento não se admitia que o Judiciário pudesse apreciar fatos e provas relativos à atividade da Administração, firmou-se, depois, orientação no sentido da plena possibilidade de exame de fatos e provas. Na jurisprudência, dois acórdãos tornaram-se memoráveis na questão: o acórdão proferido na Ap. Civ. 7.377 (RDA/2, 1945), no qual se admitiu o exame da matéria fática para caracterizar se um imóvel é dotado de valor histórico ou artístico; o acórdão prolatado na Ap. Civ. 7.037 (RDA/3, 1946) no qual se afirmou a possibilidade

do exame de fatos e provas no processo administrativo disciplinar que antes era limitado à competência e aspectos formais." (op. cit. p. 418)

Calmon de Passos, em seu livro "Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção e Habeas Data" (São Paulo, Editora Forense - 1989, pp. 50 e 51), diz: "Em que consiste a discricionariedade? Todos são unânimes em distingui-la da arbitrariedade. Aqui, o juízo subjetivo de quem, dotado de poder de decidir atende a seus próprios valores, volta-se para os interesses que entende, subjetivamente, devam prevalecer, e as opções que faz escapam de qualquer controle ou contenção. Na discricionariedade, é a própria lei quem deixa em branco espaço para que a valoração seja feita por quem com poder de decidir, mas não uma valoração subjetiva, sim aquela que lhe cumpre fazer como indivíduo (nisso a dimensão inafastável da subjetividade), abstraindo de seus prejuízos e convicções, mas ponderando socialmente o que lhe cumpre valorar captando (e nisso a objetividade corretiva dos riscos da subjetividade) o que no grupo em que atua é aceito e tido como operante, porque mais conveniente e mais oportuno. E essa adequação, ao social, do juízo de conveniência e de oportunidade da autoridade, a valoração, enfim, por ela consumada, só existe quando, mediante suficiente e expressa motivação, o decisor demonstra que se fez arauto da vontade geral e não de seu querer pessoal, por mais nobre que seja a inspiração em que assente." (grifei).

De fato, é a motivação de extrema importância. Preciso lembrar frase de Bentham, citada por Michelle Taruffo: good decisions are such decisions for which good reasons can be given - "Boas decisões são aquelas decisões para as quais boas razões podem ser dadas."

A motivação será, pois, nos dizeres de Lúcia Valle Figueiredo, a pedra de toque para o controle da discricionariedade dos atos administrativos, pois é por seu meio que será possível verificar a razoabilidade, a congruência lógica entre ato emanado e seu motivo (pressuposto de fato), a boa-fé da Administração, além de ser um direito do próprio administrado, hoje marcado no artigo 93, X, da Constituição Federal.

O Processo Administrativo Disciplinar nº 00435.000111/2007-91, ao chegar ao seu termo, constatou, a partir da própria confissão do autor, o cometimento de ambas as infrações inicialmente imputadas, devendo-se observar que a tese do autor, administrativa e judicialmente, continua sendo sobre a legalidade do exercício simultâneo das funções do cargo de Procurador Federal e as inerentes à advocacia privada, o que, por incompatibilidade legal, como se demonstrou, legitima a aplicação da pena de demissão, para o caso adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, para o que remeto ao estudo de Luís Virgílio Afonso da Silva (O Proporcional e o Razoável, RT 798/23)."

Coerente com o que até aqui posto, é preciso residir na motivação que a administração deduziu para a imposição da pena de demissão, e que está contido no extenso relatório final da comissão processante (fls. 866/883 do

Anexo III) e Parecer do Sr. Procurador-Geral Federal (fls. 885/892 mesmo caderno).

Retorno ao magistério de Maria Sylvia Zanella di Pietro, segundo quem *"Não há, com relação ao ilícito administrativo, a mesma tipicidade que caracteriza o ilícito penal; a maior parte das infrações não é definida com precisão, limitando-se a lei, em regra, a falar em falta de cumprimento dos deveres, falta de exaçoção no cumprimento do dever, insubordinação grave, procedimento irregular, como o abandono de cargo ou os ilícitos que correspondem a crimes ou contravenções. Isto significa que a Administração dispõe de discricionariedade no enquadramento da falta dentre os ilícitos previstos na lei, o que ainda mais se amplia pelo fato de a lei (art. 128 da lei federal e 256 do Estatuto paulista) determinar que na aplicação das penas disciplinares serão consideradas a natureza e a gravidade da infração e os danos que dela provierem para o serviço público."* (in Direito Administrativo, 9ª ed. 1998, p. 388).

Essa aceitação de uma tipicidade aberta no direito administrativo em nada fere cânones constitucionais, pois, se é certo que a tipicidade é fundamental na atividade punitiva do Estado, o que conduziu autores do quilate de García de Enterría e Tomás Ramón Fernández (Curso de Direito Administrativo. Trad. Arnaldo Setti, ed. RT 1990, p. 895) a advogarem a invalidade das cláusulas abertas que sancionassem infrações normativas de qualquer espécie, o certo é que mesmo no direito penal, onde a tutela de valores relevantes expõe o próprio *jus libertatis*, não se encontra oposições convincentes quanto à impossibilidade da existência de tipos abertos, os quais abundam nas leis penais e são tidos por válidos no direito brasileiro, como tem decidido reiteradamente o Supremo Tribunal Federal (confira-se HC 73.168-6. Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 15.03.96, p. 7.204), com o que o problema da existência ou não da infração se põe no plano da indeterminação dos conceitos, cuja teoria se põe atualmente em plena marcha de desenvolvimento e que é mesmo absolutamente indissociável do poder discricionário (confira-se Eros Roberto Grau, in Poder Discricionário. RDP, 23/41, jan/mar-1990).

De outro norte, ainda que se estivesse sob outra compreensão do fenômeno da *fattispecie* infracional, tratando de infração cuja ocorrência fosse verificável de plano, ainda assim necessária seria uma justa causa para instaurar o procedimento administrativo disciplinar, isto porque, quando se trata do direito de punir do Estado, deve-se afigurar a justa causa, no mesmo pé de importância da possibilidade jurídica como condição da ação cível, que *"é condição sine qua non para a instauração do inquérito administrativo, pois sem elementos materiais, não pode o administrador público devassar a vida do servidor público sob o pálio do argumento de tentar encontrar indícios de uma pseudo infração disciplinar."* (in Necessidade de Justa Causa para a Instauração de Processo Administrativo Disciplinar - Impossibilidade de Procedimento Genérico para que no Seu Curso se Apure se Houve ou não Falta Funcional, in RDA 231/117).

Ao lado do já transcrito artigo 38, § 1º, I da MP 2.229-43/00, que criou o impedimento ao autor, conforme os seguintes termos: "**Art. 38. Os integrantes da Carreira de Procurador Federal têm os direitos e deveres que lhes prevê a Lei nº 8.112, de 1990, e sujeitam-se às proibições e aos impedimentos estabelecidos nesta Medida Provisória. § 1º Ao Procurador Federal é proibido: I - exercer a advocacia fora das atribuições do respectivo cargo.**", subsumiu-se a conduta do autor ao que dispõe o art. 117, XVIII, da Lei 8.112/90, com a seguinte redação:

"Art. 117. Ao servidor é proibido: (...)

XVIII - exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho."

Ante as informações de que o autor, mesmo após a MP 2.229-43/00 continuou a exercer advocacia privada, inclusive gerenciando sociedade de advogados, justa causa houve para o início do processamento administrativo.

Em seguimento, já na fase de instrução, as conclusões quanto ao cometimento das infrações do art. 117, X e XVIII da Lei 8.112/90 decorrem de longo arrazoado que, em última *ratio*, concluem pela impossibilidade de convivência das atividades funcionais de Procurador Federal com aquelas decorrentes da atividade da advocacia privada e participação e administração de sociedade de advogados.

Note-se que a comprovação da prática da advocacia privada foi comprovada nos autos, acompanhando e estando distribuída nos vários termos do Anexo do Processo Administrativo Disciplinar.

Segundo o princípio da proporcionalidade, as medidas tomadas pela Administração devem estar na direta adequação das necessidades administrativas, ou seja, somente se devem sacrificar interesses individuais em função de interesses coletivos, de interesses primários, na medida da estrita necessidade, não se desbordando do que seja realmente indispensável para a implementação da necessidade pública, por isso que se deixou marcado que outro fundamental limite ao exercício do poder de discricionário é o da necessidade e adequação.

De tudo quanto exposto, esclarecido que a tese do autor fundamenta-se no seu direito adquirido a advogar privadamente e em concomitância com o exercício da função pública de Procurador Federal, a pena de demissão que lhe foi imposta é compatível e adequada, inclusive porque, a não ser assim, afastadas todas as teses do autor quanto ao seu direito adquirido à advocacia privada e quanto ao não cometimento da infração de gerenciamento de sociedade de advogados, o provimento em favor do afastamento da pena de demissão importaria na continuidade das infrações comprovadas nos autos.

Aqui não cabe ao Judiciário, em face da própria continuidade da infração que é grave a ponto de desestabilizar o serviço público federal da Procuradoria Federal neste Estado, interesse primário que buscou a Lei prestigiar, simplesmente abrandar a pena, de cominação expressa, consoante os termos do art. 132, XIII da Lei 8.112/90.

A pena administrativa disciplinar não tem apenas caráter retributivo ou repressivo, mas também preventivo e corretivo, aptos a justificar a pena administrativa (conferir Izaías Dantas Freitas, in A Finalidade da Pena no Direito Administrativo Disciplinar, RIL 141/119), sendo evidente aqui que, diante da constatação das infrações e a impossibilidade de corrigi-las a partir da iniciativa do autor em permanecer advogando privadamente e em gerência de sociedade de advogados, também é proporcional a pena ao reprimir a conduta faltosa e prevenir-se a administração, no seu conjunto, de práticas infracionais do mesmo naipe.

De tudo, deve-se prestigiar a pena aplicada pela administração.

Neste sentido:

"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO. PRETENSÃO PUNITIVA. INOCORRÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. EXAME GRAFOLÓGICO NÃO REALIZADO. DESNECESSIDADE. RECONHECIMENTO DA ASSINATURA PELA SERVIDORA. IMPOSIÇÃO. PENA. DEMISSÃO. LEGALIDADE.

I - Se entre o momento em que a Administração veio a tomar conhecimento da infração e o da instauração de processo administrativo disciplinar contra o servidor não houve o transcurso de mais de cinco anos (em se tratando de pena de demissão - art. 142, I, da Lei 8.112/90), não se pode considerar prescrita a pretensão punitiva da Administração.

II - Não há cerceamento ao direito de defesa da servidora por não se produzir prova que, além de não ter sido requerida, mostrou-se desnecessária. Hipótese em que se deixou de realizar perícia técnica sobre assinaturas do conferente na concessão de benefícios, tendo em vista que a servidora acusada as reconheceu como suas.

III - Apurados os fatos em processo disciplinar, e constatado que a infração cometida pela servidora se enquadra no art. 117, IX, da Lei 8.112/90, não se vislumbra ilegalidade da pena de demissão imposta, à luz do que dispõe o art. 132, XIII, do mesmo diploma legal. Questionar, no entanto, se a pena aplicável ao caso deveria ser uma mais branda, já implica em adentrar no julgamento do mérito do ato administrativo - o que é vedado ao Poder Judiciário -, porquanto essa escolha foi deferida à autoridade administrativa. Segurança denegada." (STJ. MS 6547/DF. Rel. Min. Félix Fischer, 3ª Seção, DJU de 23/04/01, p. 117).

Fazendo a ressalva de que, no caso, a pena administrativa é proporcional, válido o precedente para a hipótese em que não se tenha revelado teratológica, tudo a demonstrar que, no exercício do controle judicial, será prestigiada a discricionariedade do administrador quando não se confunda com arbitrariedade, o que não foi o caso.

Ante o agravo retido de fls. 679/681, cabe referir que a fundamentação ora exposta o desacolhe.

III - DISPOSITIVO

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos.

Em face da natureza da causa, fixo honorários em desfavor do autor em R\$ 2.000,00, nos termos do artigo 20, § 3º, do CPC.

Custas ex lege.

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

Florianópolis, 02 de dezembro de 2008.

CLÁUDIO ROBERTO DA SILVA
Juiz Federal Substituto