

**AÇÃO ORDINÁRIA (PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO) Nº
5004167-26.2010.404.7000/**

AUTOR : FERNANDO GUSTAVO KNOERR

ADVOGADO : FRANCISCO AUGUSTO ZARDO GUEDES

RÉU : UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

SENTENÇA

1. Relatório

Trata-se de ação ordinária por meio do qual o autor, Fernando Gustavo Knoerr, visa em sede de antecipação de tutela, o sobrestamento do processo administrativo disciplinar - PAD instaurado contra o mesmo, até o julgamento final da presente lide. Quanto ao mérito, requer o julgamento de procedência de seus pedidos, para o fim de que seja declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade do artigo 38, §1º, I da Medida Provisória nº 2229-43/2001, sendo suspensa a incidência da proibição do exercício da advocacia privada pelo autor, em conjunto com o desempenho das atribuições da função pública, observado o impedimento previsto no art. 30, I da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB). Requer, ainda, a anulação do Processo Administrativo Disciplinar instaurado para apurar o exercício da advocacia privada pelo autor, determinando-se seu arquivamento.

Para tanto, aduz o autor que no ano de 1995, foi aprovado em segundo lugar no concurso público para o cargo de Procurador Autárquico, sendo que a escolha pela referida carreira se deu, especificamente, porque à época era possível o exercício conjunto da advocacia privada, exceto, apenas, contra a Fazenda Pública. Assim, há mais de 15 anos o autor vem exercendo concomitantemente a Advocacia privada, sem qualquer prejuízo às atribuições inerentes à Advocacia Pública.

Sustenta, que quando tomou posse no cargo de Procurador Autárquico, não havia a proibição do exercício da advocacia privada, a qual é oriunda do art. 24 da MP nº 1587-4/97, já revogada, e que persiste até os dias atuais por meio da MP nº 2229-43/01. Prossegue, afirmando que, pelo menos, desde o dia 10/08/1999, o Chefe da Procuradoria da União no Estado do Paraná tem conhecimento oficial de que o autor e outros procuradores da UFPR, além das atribuições institucionais, exercem a advocacia privada. Assim, descabida a instauração de PAD no ano de 2008, com base em denúncia anônima, o que, inclusive, vem a violar ao art. 5º, IV, da Constituição Federal e ao art. 144 da Lei nº 8.112/90.

Em síntese, o autor apresenta como fundamento de sua insurgência, os seguintes pontos: a) a manifesta inconstitucionalidade formal do art. 38, §1º, I, da Medida Provisória nº 2229-43/2001; b) a decadência do exercício do poder punitivo pela administração pública, eis que esta tem ciência formal de que o autor exerce advocacia privada, pelo menos, desde 10/08/1999; c) o direito adquirido, pois quando empossado não havia a vedação introduzida pelo art. 38, §1º, I da Medida Provisória nº 2229-43/2001; d) a nulidade do processo administrativo, instaurado a partir de denúncia anônima, em afronta ao art. 5º, IV, da Constituição Federal e ao art. 144 da Lei nº 8112/90. Colacionou cópia do procedimento administrativo.

Aponta a existência de verossimilhança das alegações, consubstanciada nos fundamentos que embasam sua insurgência, bem como, o receio de dano irreparável, que decorre do fato de que, tendo sido concluída a fase instrutória do PAD, é iminente o indiciamento do servidor, com a conseqüente imputação da prática de infração disciplinar, o que possui carga extremamente negativa, eis que vincula a suspeita do cometimento de ato ilícito.

Juntou documentos, dentre os quais, a cópia do processo administrativo disciplinar em questão (evento 1).

O pedido de antecipação da tutela foi deferido pela decisão do evento 4, sendo determinado o sobrestamento do processo administrativo disciplinar - PAD instaurado contra o autor, até o julgamento final da presente lide.

A União interpôs agravo de instrumento contra essa decisão (vide evento 10).

Devidamente citada, a União contestou o feito por meio do evento 12. Sustentou a União, inicialmente, que ao Poder Judiciário não cabe rever decisões que sejam razoáveis, proporcionais, em conformidade com a apuração dos fatos, e que respeitem os ditames constitucionais e legais, sobretudo o do devido processo legal, ampla defesa e contraditório. Defendeu que a tese do autor não merece crédito, porquanto, o servidor público não tem direito adquirido a um determinado regime jurídico, podendo, por lei, ser submetido a outro, ditado pelos interesses da Administração Pública. Acrescentou, que a Lei Complementar 73/93, em seu art. 28, traz a proibição expressa do exercício da advocacia privada por todos os ocupantes de cargos jurídicos da União, incluindo aí os Procuradores Federais. Argumentou no sentido de que não há que se falar em inconstitucionalidade da norma restritiva quanto à prática de advocacia privada, pois tal impugnação, ainda que em juízo de delibação, já foi rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal: em sede da ADI 1754-MC e da ADI 1896-MC. Sustentou que não merece prosperar a proposição de nulidade em decorrência da autoria anônima da representação que dera causa à persecução disciplinar e a inocorrência de decadência administrativa, em razão de que o próprio autor

reconhece a manutenção de comportamento continuado, sendo que não há que se falar em transcurso de prazo, porque se está a tratar de fatos atuais que se renovam a cada dia e que inclusive justificaram a propositura da presente ação. Ao final, pugnou pela declaração de total improcedência da demanda.

No evento 15 consta o registro do recebimento de comunicação eletrônica, relativa ao julgamento do agravo de instrumento de número 5001347-82.2010.404.0000/TRF, ao qual foi dado provimento, ante o entendimento de que não seria o caso de sobrestar o processo administrativo.

Réplica no evento 16.

Nada mais sendo requerido, foram os autos registrados e conclusos para sentença.

Brevemente relatados, passo a decidir.

2. Fundamentação

A controvérsia posta nos autos se refere ao pedido para que seja suspensa a incidência da proibição do exercício da advocacia privada pelo autor, em conjunto com o desempenho das atribuições da função pública de Procurador Autárquico, bem como, para que seja anulado o Processo Administrativo Disciplinar instaurado para apurar o exercício da advocacia privada em questão.

Narra o autor, que há mais de 15 anos vem exercendo concomitantemente a Advocacia privada, sem qualquer prejuízo, as atribuições inerentes à Advocacia Pública, sendo que, quando tomou posse no cargo de Procurador Autárquico, não havia a proibição do exercício da advocacia privada, a qual é oriunda do art. 24 da MP nº 1587-4/97, já revogada, e que persiste até os dias atuais por meio da MP nº 2229-43/01. Prossegue, afirmando que, pelo menos desde o dia 10/08/1999, o Chefe da Procuradoria da União no Estado do Paraná tem conhecimento oficial de que o autor e outros procuradores da UFPR, além das atribuições institucionais, exercem a advocacia privada. Assim, descabida a instauração de PAD no ano de 2008, com base em denúncia anônima, o que viola ao art. 5º, IV, da Constituição Federal e ao art. 144 da Lei nº 8.112/90.

Ao apreciar o pedido de antecipação da tutela (evento 4), manifestei o seguinte posicionamento:

'(...) Em juízo de cognição sumária, está presente a verossimilhança da alegação.

Não obstante, a priori, em observância ao Princípio da Constitucionalidade, as normas infraconstitucionais revestem-se, em tese, de constitucionalidade, bem como, de legalidade, razão pela qual, descabe a concessão de liminar declaratória de inconstitucionalidade, há

outros pontos a serem considerados no presente caso, os quais permitem a concessão da medida pleiteada.

Com efeito, assim dispõe o art. 54 da Lei n. 9.784/99:

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

No caso em tela, decorreu o prazo de, aproximadamente, 09 anos entre a data da ciência oficial da Administração quanto ao exercício da advocacia privada pelo autor, ocorrida em 10/08/1999 (PROCADM10) e a data da instauração do processo administrativo disciplinar ora impugnado, ocorrida em 2008.

Assim, não havendo quaisquer indícios da existência de má-fé na conduta objeto da lide, visto que, quando o autor foi empossado no cargo público inexistia vedação à prática da advocacia privada pelos Procuradores Federais, excetuada apenas sua prática contra a Fazenda Pública - o que não se verifica no caso, entendo que cabe a observância ao disposto no dispositivo legal acima transcrito.

De outra parte, também há que se respeitar o direito adquirido, pois a vedação introduzida pelo art. 38, §1º, I da Medida Provisória nº 2229-43/2001, é posterior à data da posse do autor que, mesmo antes de ser aprovado no concurso público, já exercia a advocacia privada. Assim, por óbvio, que todo o seu planejamento e estruturação financeira foram estabelecidos com base em ambas as remunerações, sendo plausível sua tese no sentido de que a questão tratada nos autos transborda a mera avaliação quanto ao regime jurídico do servidor público, atingindo a esfera relativa a garantia da irredutibilidade de vencimentos, constitucionalmente assegurada (CF, art. 37, XV).

Não bastassem tais argumentos, resta nítida a nulidade do processo administrativo que o autor ora requer o sobrestamento, visto que, instaurado a partir de denúncia anônima, em afronta ao art. 5º, IV, da Constituição Federal e ao art. 144 da Lei nº 8112/90.

A urgência também está presente, pois, conforme afirma o autor, tendo sido concluída a fase instrutória do PAD, é iminente o indiciamento do servidor, com a conseqüente imputação da prática de infração disciplinar, o que, no caso do procurador federal repercute de forma extremamente gravosa em sua esfera moral e profissional, eis que corresponde a sua imediata vinculação a suspeita do cometimento de ato ilícito.

Portanto, seja em razão da ausência de robusto fundamento legal para o indiciamento em Processo Administrativo Disciplinar, seja em razão da desproporcionalidade de referido ato em cotejo com a situação fática ora demonstrada, entendo presentes os requisitos da plausibilidade e do fundado receio de dano de difícil reparação.'

Analizando mais detidamente os autos, agora em sede de cognição exauriente, não vislumbro motivo para alterar o entendimento anteriormente manifestado, no sentido de que a tese do autor merece trânsito.

Isso porque, os argumentos da União não se mostram suficientes para alterar as conclusões inicialmente apresentadas acerca das questões postas em análise.

A União argumenta que o intento do autor seria trazer à discussão o mérito do processo administrativo, o que não poderia ser admitido, sob pena de desrespeito ao princípio constitucional da separação dos Poderes.

Não verifico fundamento para a alegada restrição ao controle judicial.

No caso dos autos, além do fato de que a matéria questionada em Juízo é de direito (inconstitucionalidade formal e material de medida provisória; prescrição; direito adquirido; nulidade de PAD instaurado a partir de denúncia anônima), trata-se de ato administrativo que impõe sanção disciplinar, cujo controle jurisdicional é amplo e não se limita a aspectos formais, como bem argumentado na peça contestatória, cujos precedentes jurisprudenciais apresentados, correspondem ao entendimento ao qual me filio:

'Por força dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, aplicáveis ao Regime Jurídico Disciplinar de Servidor Público e mesmo a qualquer relação jurídica de Direito Sancionador, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção a Servidor Público em razão do cometimento de infração disciplinar, de sorte que o controle jurisdicional é amplo, não se limitando, portanto, somente aos aspectos formais. Precedente.' (STJ, 5ª Turma, RMS nº 24.584/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ. 8.3.10).

'Inexiste aspecto discricionário (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar. Nesses casos, o controle jurisdicional é amplo e não se limita a aspectos formais (Precedentes: MS 13.716/DF, 3ª Seção, de minha relatoria, DJe de 13/02/2009; MS nº 12.957/DF, 3ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 26/9/2008; MS nº 12.983/DF, 3ª Seção, de minha relatoria, DJ de 15/2/2008).' (STJ, 5ª Turma, RMS nº 28487/GO, rel. Min. Felix Fischer, DJ. 30.3.09).

Assim, plenamente possível a análise das questões trazidas a Juízo.

No tocante a inaplicabilidade da vedação ao exercício da advocacia privada pelos Procuradores, com fulcro na Lei Orgânica da Advocacia Geral da União - AGU (LC nº 73/93), entendo que merece acolhida a tese do autor.

A vedação expressa no artigo 28 da Lei Complementar nº 73/93, aplica-se apenas aos membros efetivos da Advocacia-Geral da União, cujo quadro é composto pelos Advogados da União, os Procuradores da Fazenda Nacional e os Assistentes Jurídicos, nos termos do artigo 20 da referida lei:

'Art. 20. As carreiras de Advogado da União, de Procurador da Fazenda Nacional e de Assistente Jurídico compõem-se dos seguintes cargos efetivos:

I - carreira de Advogado da União:

(...)

II - carreira de Procurador da Fazenda Nacional:

(...)

III - carreira de Assistente Jurídico:

(...).'

Assim, não tendo o legislador feito especificação pertinente aos Procuradores Federais, não cabe ao intérprete fazê-la, eis que não pode criar direitos e obrigações não previstos na correspondente lei, nem suprimir direitos e obrigações nela constantes.

Como bem sustentado pelo autor, há que se preservar a proteção constitucional de que *'ninguém poderá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei'*.

Nessa toada, cabe salientar que a Constituição Federal, sempre que pretendeu proibir o exercício da advocacia por alguma das carreiras públicas, o fez expressamente como, por exemplo, no caso dos membros do Ministério Público (art. 128, §5º, II, b), da Defensoria Pública (art. 134, §1º) e da Magistratura (art. 95, parágrafo único, V). Assim, a ausência de proibição do exercício da advocacia por Procuradores fora de suas atribuições institucionais, não pode ser tida como decorrente de lacuna no texto constitucional.

Nesse contexto, a proibição contida no §1º, I, do art. 38 da MP 2229-43/2001, apresenta nítida inconstitucionalidade material, visto que desborda dos limites delineados pelo próprio texto constitucional.

Por outro lado, o artigo 29 do ADCT exige lei complementar para dispor sobre o regime jurídico dos Procuradores Autárquicos, o que não restou observado, ao ser editada a Medida Provisória nº 2.229-43/2001, contra a qual se insurge o autor.

De fato, sendo necessária a edição de lei complementar para dispor sobre o regime jurídico dos integrantes da carreira de Procurador Federal, a proibição do exercício da advocacia privada pelos Procuradores, não pode ser oriunda de mera medida provisória.

Com efeito, resta clara a inconstitucionalidade do §1º, I, do art. 38 da MP 2229-43/2001, eis que a referida medida provisória, ao tratar de matéria atinente ao regime jurídico pertinente aos membros das Procuradorias, contraria a exigência constitucional de edição de lei complementar para tanto.

Assim, ausente norma formal e materialmente válida, que embase a proibição do exercício da advocacia privada pelo autor, torna-se imperioso o reconhecimento de que o indiciamento em Processo Administrativo Disciplinar, instaurado para apurar o exercício da advocacia privada, mostra-se sem fundamento e não encontra o menor respaldo legal.

Há que se ressaltar, ainda, que o exercício da advocacia privada pelo autor configura matéria incontroversa, haja vista, que quando tomou posse no cargo de Procurador Autárquico, não havia a proibição do exercício da advocacia privada - a qual é oriunda do art. 24 da MP nº 1587-4/97, já revogada, e que persiste até os dias atuais por meio da MP nº 2229-43/01, cuja inconstitucionalidade me parece incontestada -, sendo que, pelo menos desde o dia 10/08/1999, o Chefe da Procuradoria da União no Estado do Paraná tem conhecimento oficial de que o autor e outros procuradores da UFPR, além das atribuições institucionais, exercem a advocacia privada (vide evento 1 - doc. OUT5).

Assim, totalmente descabida a instauração de PAD no ano de 2008, sob a alegação de que baseado em denúncia anônima, o que, inclusive, na ausência de outros elementos de prova ou de circunstâncias suficientes a ensejar a apuração de fatos tidos como ilícitos, vem a violar ao art. 5º, IV, da Constituição Federal e ao art. 144 da Lei nº 8.112/90, conforme defendido pelo autor.

Na mesma linha é o entendimento do professor e administrativista José Armando da Costa:

'Numa Administração que se preze e que zele pela economia do serviço público, confusas e frágeis notícias a respeito do cometimento de faltas disciplinares não são o bastante para que, de pronto, se instaure o custoso e desassossegador processo disciplinar (...) Não é jurídico nem democrático que o servidor público venha, sem mais nem menos, responder a processo disciplinar (...) O Direito Processual Disciplinar exige a presença desses conectivos (princípios de prova) como forma de evitar que venha o servidor público sofrer os incômodos e os aborrecimentos oriundos de um processo disciplinar precipitadamente instaurado, além de, com tal cuidado, proporcionar resguardo à dignidade do cargo público ocupado pelo acusado, o que reverte-se, por fim, em benefício da normalidade e regularidade do serviço público, escopo inarredável a que deve preordenar-se toda repressão disciplinar. (Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar, Brasília Jurídica, 1996, págs.133, 190/191)

Dessa forma, totalmente injustificada a instauração de processo administrativo disciplinar para apurar responsabilidade funcional pelo exercício da advocacia privada, cuja prática, como já dito anteriormente, é conhecimento da Administração desde 1999 e não se mostra vedada pelo ordenamento jurídico.

Finalmente, entendo que a estipulação da exigência ora impugnada revela, de forma oblíqua, uma discriminação vedada constitucionalmente, com base em critério não especificado nas normas pertinentes, submetendo o autor a um processo administrativo disciplinar desnecessário e desgastante, desconsiderando o excelente conceito e o relevante trabalho prestado pelo profissional à Administração, durante toda a sua carreira, em mais de quinze anos de serviço público federal (vide evento 1 - docs. OUT8)

A Administração Pública, no exercício da discricionariedade, está vinculada à lei e, por sobre esta, ao Direito, no sentido mais amplo do termo, o que determina a plena observância aos princípios e garantias constitucionais.

A conduta desarrazoada e a aplicação pelas autoridades administrativas, de norma jurídica de forma que conduza a resultados que ignorem, desconsiderem ou traiam os interesses públicos a que devam atender denotam não só ilícito exercício de arbitrariedade como conduta incompatível com a moralidade pública. Assim, não pode ser corroborada a conduta que, deixando de optar pela solução que melhor correspondesse ao caso concreto, relega a um segundo plano a tutela dos direitos e garantias fundamentais, nos termos em que constitucionalmente assentados.

Feitas essas considerações, merece acolhida a tese do autor quanto aos pedidos para reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 38, §1º, I da Medida Provisória nº 2229-43/2001, sendo suspensa a incidência da proibição do exercício da advocacia privada pelo autor, em conjunto com o desempenho das atribuições da função pública, observado o impedimento previsto no art. 30, I da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB), bem como, para a anulação do Processo Administrativo Disciplinar instaurado para apurar o exercício da advocacia privada, determinando-se seu arquivamento.

Por fim, registro ainda que, não obstante a decisão seja pela procedência da demanda, por dever de hierarquia, deixo de antecipar os efeitos da tutela requerida para o fim de suspensão do trâmite do processo administrativo, em razão da decisão proferida no julgamento do agravo de instrumento interposto pela União (AI nº 5001347-82.2010.404.0000/RS - vide evento 12), a qual deferiu efeito ativo ao recurso, sob o fundamento de *que* '(...) Neste momento, porém, não cabe sobrestar o processo administrativo.'

3. Dispositivo

Ante o exposto, julgo **procedente** o pedido formulado por Fernando Gustavo Knoerr em face da UNIÃO, resolvendo o feito com a apreciação do mérito, nos termos do art. 269, I do CPC, para o fim de reconhecer a inconstitucionalidade do artigo 38, §1º, I da Medida Provisória nº 2229-43/2001 e determinar que seja suspensa a incidência da proibição ao autor do exercício da advocacia privada em conjunto com o desempenho das atribuições da função pública, observado o impedimento previsto no art. 30, I da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB), bem como, para declarar nulo o Processo Administrativo Disciplinar instaurado contra o autor para apurar o exercício da advocacia privada, tudo em conformidade com a fundamentação supra.

Condeno a parte ré ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, os quais arbitro em 10% (dez por cento) do valor da causa.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

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

Curitiba, 02 de dezembro de 2010.

MARCOS ROBERTO ARAUJO DOS SANTOS
Juiz Federal

Documento eletrônico assinado digitalmente por **MARCOS ROBERTO ARAUJO DOS SANTOS, Juiz Federal**, conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, e a Resolução nº 61/2007, publicada no Diário Eletrônico da 4a Região nº 295 de 24/12/2007. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.jfpr.gov.br/gedpro/verifica>, mediante o preenchimento do código verificador **4893476v3** e, se solicitado, do código CRC **E49B9E53**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a):	MARCOS ROBERTO ARAUJO DOS SANTOS:2169
Nº de Série do Certificado:	4435A012
Data e Hora:	03/12/2010 14:46:30