

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004.71.02.002194-8/RS

RELATOR : Juiz Federal JAIRO GILBERTO SCHAFFER
APELANTE : EDUARDO DE ASSIS BRASIL ROCHA e outro
ADVOGADO : Jorge Fernando Estevao Maciel
APELANTE : UNIÃO FEDERAL
ADVOGADO : Procuradoria-Regional da União
APELADO : (Os mesmos)

D.E.

Publicado em 19/11/2009

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. INFRAÇÃO CONTINUADA. PRESCRIÇÃO. PROCURADOR FEDERAL. ADVOCACIA PRIVADA. EXERCÍCIO. IMPOSSIBILIDADE.

No caso de processo administrativo em que se apura a prática de condutas irregulares cometidas de forma continuada, o *dies a quo* do prazo fixado no art. 142 da Lei n.º 8.112/1990 é aquele correspondente ao dia em que cessou a infração continuada.

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.

Não há como ampliar a exceção à regra já estabelecida no ADCT somente para os membros do MPU, uma vez que privilégios têm interpretação restritiva, não sendo cabível sua aplicação na hipótese dos autos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação dos autores e dar provimento à apelação da União, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 27 de outubro de 2009.

Juiz Federal Jairo Gilberto Schäfer
Relator

Documento eletrônico assinado digitalmente por **Juiz Federal Jairo Gilberto Schäfer, Relator**, 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 <https://www.trf4.gov.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2970383v13** e, se solicitado, do código CRC **CA29E2F7**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): JAIRO GILBERTO SCHAFFER:2295

Nº de Série do Certificado: 443546E7

Data e Hora: 04/11/2009 13:54:45

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004.71.02.002194-8/RS

RELATOR : Juiz Federal JAIRO GILBERTO SCHAFER
APELANTE : EDUARDO DE ASSIS BRASIL ROCHA e outro
ADVOGADO : Jorge Fernando Estevao Maciel
APELANTE : UNIÃO FEDERAL
ADVOGADO : Procuradoria-Regional da União
APELADO : (Os mesmos)

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de ação proposta por **Eduardo de Assis Brasil Rocha e Irineu Cláudio Gehrke** contra a União objetivando, em síntese, a anulação de punição disciplinar imposta por ato da Procuradoria-Geral Federal consistente na pena de suspensão por trinta dias (fls. 76-77).

Nos dizeres da inicial, a decisão proferida ao cabo do processo administrativo disciplinar instaurado no âmbito da Advocacia Geral da União, aplicando a pena de trinta dias de suspensão, não se sustenta porque, a uma, há prescrição do direito à atuação da Administração Pública, pois os fatos que deram ensejo ao processo - exercício de advocacia fora das atribuições do Cargo de Procurador Federal - eram de conhecimento da Administração desde agosto de 2000, enquanto que somente em fevereiro de 2003 é que foi instaurada uma comissão para apurar a suposta infração. Superada a prescrição, afirmam que ingressaram na carreira de procurador autárquico quando não havia nenhum impedimento ao exercício da advocacia privada, não lhes sendo aplicável a proibição de que trata a Medida Provisória nº 2.229-43, até porque, por força do que reza o artigo 131 da Constituição Federal, tal matéria deveria ser tratada por Lei Complementar. De resto, tecem alegações sobre vícios do procedimento e cogitam da possibilidade de que dito processo tenha sido instaurado em decorrência de 'perseguição administrativa', haja vista que sempre defenderam a ilegalidade da Medida Provisória que proibiu o exercício da advocacia privada.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela restou indeferido na decisão das fls. 862/868, que foi mantida em sede de agravo de instrumento (fls. 1231/1233).

Citada, a União apresentou contestação no prazo legal (fls. 947/972). Refutando a alegação de prescrição, argumenta que a alteração introduzida pela Medida Provisória nº 2.048/00, ao transformar o cargo de procurador autárquico em procurador federal não afrontou nenhum dispositivo da Constituição Federal, pois mantidas suas atribuições e estrutura remuneratória, não havendo falar em direito adquirido a determinado regime jurídico.

Após a realização de audiência, sobreveio sentença que julgou parcialmente procedente a ação para, reconhecendo a prescrição da pretensão punitiva da administração, declarar nula a pena de suspensão aplicada aos autores, para todos os efeitos legais, devendo a União providenciar as anotações e registros pertinentes. Reconheceu, outrossim, a validade dos dispositivos legais que proíbem o exercício simultâneo da advocacia pública e privada, rejeitando o pedido deduzido em sede de pretensão constitutiva. Os honorários advocatícios foram fixados em R\$5.000,00, arcando cada parte com a metade da verba, em razão da sucumbência recíproca.

Apelaram os autores (fls. 1333-1393), sustentando, em síntese, que as procuradorias das autarquias e fundações foram consideradas, pela Lei Complementar nº 73/93, órgãos vinculados à Advocacia Geral da União apenas para efeitos técnico e correicional, nas situações em que não fosse violada a autonomia das universidades brasileiras. Afirmam que a LC 73/93 não vedou a prática da advocacia privada pelos procuradores autárquicos. Diante disso, alegam a inconstitucionalidade da proibição do exercício da advocacia e da criação da própria carreira de procurador federal por meio de Medida Provisória. Postulam, ainda, a extensão da prerrogativa conferida aos membros do Ministério Público Federal, nos termos do art. 29 do ADCT, prestigiando-se o regime de ingresso no serviço público pelos autores. Alegam a nulidade do julgamento administrativo por ser contrário à prova fática produzida no PAD. Suscitam, por fim, a nulidade da portaria de constituição da comissão processante em face de vício na origem de sua expedição.

A União apelou (fls. 1398-1441), por sua vez, insurgindo-se contra o reconhecimento da prescrição, sustentando que cada ato privativo de advogado praticado pelos autores devem ser considerados como uma infração punível isoladamente.

Com contrarrazões de ambas as partes, subiram os autos a esta Corte para julgamento.

O Ministério Público opinou pelo desprovimento de ambos os recursos.

Nas fls. 1466, a União juntou petição informando a demissão do autor Eduardo de Assis Brasil Rocha do cargo de procurador federal. Requereu, assim, fosse reconhecida a perda superveniente do interesse processual no pedido de natureza declaratória do direito de continuar exercendo a advocacia privada paralelamente às funções do cargo de procurador federal.

Intimado, o apelante Eduardo Rocha reforçou seu interesse no presente feito, pois fora demitido justamente sob o argumento de exercício da advocacia privada ao lado das atribuições institucionais.

É o relatório.

VOTO

Do interesse de agir

Inicialmente, afasto a alegação de perda superveniente do interesse processual em razão da demissão de um dos apelantes do cargo de procurador federal.

O interesse de agir corresponde ao binômio necessidade-adequação, havendo interesse processual se o provimento jurisdicional perseguido pelo autor for necessário e se esse se utilizar do instrumento processual adequado para tanto.

No caso, tendo sido o apelante demitido sob o argumento de exercício da advocacia privada, resta evidente o seu interesse no pronunciamento deste juízo acerca da possibilidade ou não de exercer a advocacia paralelamente às funções de procurador federal.

Da prescrição

Acerca da persecução administrativa de ilícitos praticados por servidores, dispõe a Lei n.º 8.112/1990, em seu art. 142:

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;

II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;

III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.

§ 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.

§ 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.

§ 4º Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.

Vê-se do artigo supracitado que a administração tem até cinco anos para apurar infrações disciplinares passíveis de punição, contados da ciência dos fatos. Todavia, a lei é silente quanto à contagem desse prazo nos casos de infrações cometidas reiteradamente, isto é, de forma permanente ou continuada.

Na ação ou omissão continuada, não se abre o prazo prescricional no momento do conhecimento inicial; ele não é o marco definitivo, posto que a continuidade amplia o alcance das medidas administrativas.

Nas demais áreas, especialmente no direito penal, a legislação pátria, quando trata da pretensão de punir da administração pública nas infrações permanentes ou continuadas, sempre tem como marco inicial da prescrição o dia em que tiver cessado o comportamento irregular. Neste sentido dispõem o art. 111, III, do Código Penal e a Lei n.º 9.873/1999, cujas redações seguem abaixo:

Art. 111 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: (...)

III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência; (Código Penal)

Art. 1.º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. (Lei n.º 9.873/1999)

A prescrição de pretensão punitiva - seja ela administrativa, civil ou penal - é instituto que tem por objetivo estabilizar uma situação ilícita que, por ter sido pontual e não ter sido questionada durante um determinado prazo, não deve mais provocar litígios. No caso de infrações continuadas, ou seja, quando a prática tida por ilícita é sucessivamente reiterada, a prescrição somente atinge as condutas anteriores ao prazo prescricional, mas não suas reiterações.

Portanto, resta evidenciado que para as condutas irregulares cometidas de forma continuada, como no caso dos autos, o *dies a quo* do prazo fixado no art. 142 da Lei n.º 8.112/1990 é aquele correspondente ao dia em que cessou a infração continuada.

No caso dos autos, resta claro que, após o conhecimento pela administração da infração, os autores continuaram a exercer a advocacia privada, não havendo qualquer elemento que indique o

cessamento da atividade tida por ilícita.

Esta Corte assim já se manifestou, conforme precedente que colaciono a seguir:

MANDADO DE SEGURANÇA. EXERCÍCIO SIMULTÂNEO DE ADVOCACIA PRIVADA E INSTITUCIONAL. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA CONTINUADA. PRESCRIÇÃO. No caso de processo administrativo em que se apura o exercício simultâneo e continuado da advocacia privada e institucional, o prazo prescricional começa a correr do dia em que cessar a continuidade. (TRF4, APELAÇÃO CÍVEL Nº 2007.70.00.026226-0, 4ª Turma, Des. Federal EDGARD ANTÔNIO LIPPMANN JÚNIOR, POR UNANIMIDADE, D.E. 04/02/2009)

Do exercício da advocacia privada

A medida provisória nº 2.229-43/2001, que dispõe sobre a criação das Carreiras de Procurador Federal, veda expressamente em seu art. 38 o exercício da advocacia privada pelos procuradores federais:

*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; (...)*

Sustentam os autores a ilegalidade da regulação da matéria por meio de medida provisória. Sob o mesmo argumento, o Conselho Federal da OAB ajuizou ação direta de inconstitucionalidade contra o ato normativo que vedou pela primeira vez o exercício da advocacia aos procuradores federais fora de suas atribuições (MP nº 1.585/1997). Todavia, a liminar foi indeferida pelo Plenário da Suprema Corte. Restou expressamente consignado o posicionamento pacífico do STF de que não há direito adquirido a regime jurídico. Transcrevo o acórdão, a seguir:

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ART. 24, DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.587-4, DE 12.12.1997 (SUCESSIVAMENTE REEDITADA) E QUE VEDA AOS SERVIDORES OCUPANTES DAS CARREIRAS E CARGOS REFERIDOS NOS ARTIGOS 1º E 4º, EXERCER ADVOCACIA FORA DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS. SERVIDOR PÚBLICO. REGIME JURÍDICO. DIREITO ADQUIRIDO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 62, 5º, XXXVI, E 39, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR.

1. Em face das informações presidenciais, ficaram abalados os fundamentos jurídicos da inicial, sendo, ademais, pacífica a jurisprudência da Corte, no sentido de lhe descaber o exame da relevância e da urgência, como requisitos da Medida Provisória (art. 62 da C.F.), quando dependam de avaliação subjetiva - e não meramente objetiva - como ocorre no caso presente.

De resto, o autor admite a relevância e a urgência da Medida Provisória, quando cria e amplia vantagens para os Advogados, tanto que não impugna os artigos que as instituem. Só não vê urgência e relevância na Medida Provisória, no único artigo em que traz para os Advogados o ônus da dedicação exclusiva, o que revela, ao menos, não estar convicto da ausência de tais requisitos na Medida Provisória.

2. Pacífica também a orientação da Corte, no sentido de que não tem o servidor público direito adquirido a um determinado regime jurídico, podendo, por lei, ser submetido a outro, ditado pelos interesses da Administração Pública, desde que não implique violação de outras normas da própria Constituição, que lhe assegurem direitos, como, por exemplo, a do § 2º do art. 39, com as remissões que faz. Hipótese, porém, inócua, na Medida Provisória em foco.

3. Medida cautelar indeferida. Plenário: votação por maioria.

(ADI-MC 1754/DF, Relator Min. Sydney Sanches, julgamento: 12/03/1998, Tribunal Pleno, Publicação DJ 06/08/1999)

Quanto à alegação de que os procuradores federais possuem direito a tratamento isonômico ao Ministério Público da União, de modo que também têm direito a fazer a opção prevista no ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - igualmente tenho que a tese carece de verossimilhança.

O § 3º do art. 29 do ADCT assim estabelece:

§3º - Poderá optar pelo regime anterior, no que respeita às garantias e vantagens, o membro do Ministério Público admitido antes da promulgação da Constituição, observando-se, quanto às vedações, a situação jurídica na data desta.

Como se vê, cuida-se de previsão que se destinava exclusivamente aos membros do MPU. Ainda que o art. 1º da Lei nº 2.123/53 (hoje já revogado pela Lei 9.527/97) dispusesse que os procuradores das autarquias federais teriam, no que coubesse, as mesmas atribuições e impedimentos e prerrogativas dos membros do Ministério Público da União, não há como se fazer interpretação extensiva do que previa o ADCT. A regra do §3º é de exceção, conferindo privilégio àquela categoria. Não há como ampliar a exceção à regra já estabelecida no ADCT Federal somente para os membros do MPU, uma vez que privilégios têm interpretação restritiva, não sendo cabível sua aplicação na hipótese dos autos.

Sobre a impossibilidade de exercício da advocacia privada pelos membros da procuradoria federal, colaciono os seguintes precedentes:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CARGO PÚBLICO. EXERCÍCIO CONCOMITANTE DE ADVOCACIA PRIVADA COM CARGO DE PROCURADOR FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO. VEDAÇÃO ART. 28 DA LC 73/93. -Trata-se de Agravo na modalidade de Instrumento, com pleito de tutela antecipada recursal, objetivando cassar a decisão do Juízo da 17ª Vara Federal/RJ, que indeferiu o pedido de antecipação de tutela nos autos da ação ordinária em que objetiva o autor, em síntese, que seja anulada a penalidade imposta ao demandante em função do exercício concomitante da advocacia privada com o cargo de Procurador Federal da Fazenda Nacional. -A doutrina e a jurisprudência pátrias são unânimes no sentido de que não existe direito adquirido a estatuto jurídico, isto é, não existe direito adquirido do servidor público à imutabilidade das normas administrativas que regem seu vínculo funcional com a Administração pública. Ora, dispõe o art. 28 da Lei Complementar nº 73/93, que além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros efetivos da Advocacia-Geral da União é vedado, ainda exercer advocacia fora das atribuições institucionais. -Portanto, inexistente qualquer amparo legal à tese do autor/ agravante no sentido de que, em razão de ter tomado posse no cargo de Procurador da Fazenda Nacional no ano de 1987, seu direito ao exercício da advocacia privada teria continuado a existir mesmo após a edição da norma acima transcrita. -Certo é que a Administração Pública encontra-se vinculada ao princípio da legalidade, razão pela qual, uma vez vislumbrada a hipótese de ocorrência de infração funcional, não há discricionariedade por parte do administrador, o qual encontra-se vinculado à adoção das providências legais cabíveis para apuração dos fatos. -Agravo de Instrumento conhecido e desprovido.

(TRF2, AI nº 2008.02.01.005883-2, Relator Des. Federal Poul Erik Dyrlund, 8ª Turma, DJU 12.09.2008) grifei

ADMINISTRATIVO. PROCURADOR FEDERAL. ADVOCACIA PRIVADA. EXERCÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. Não há como ampliar a exceção à regra já estabelecida no ADCT somente para os membros do MPU, uma vez que privilégios têm interpretação restritiva, não sendo cabível sua aplicação na hipótese dos autos. Precedentes do STF. (TRF4, AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2008.04.00.018476-6, 4ª Turma, Juiz MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA, POR UNANIMIDADE, D.E. 16/09/2008)

Do processo administrativo

Afastada a prescrição e, ainda, a possibilidade de exercício da advocacia privada, passo ao exame das demais questões postas na inicial, com base no art. 515, parágrafo terceiro, do CPC.

Postularam os autores fosse declarada a nulidade do processo administrativo em razão da inconstitucionalidade da lei ordinária e da medida provisória que vedaram o exercício da advocacia privada pelos procuradores federais. Sustentaram, ainda, a ilegalidade do julgamento administrativo, em virtude dos autores nunca terem sido indiciados por não cumprirem o horário de expediente ou de defenderem teses contrárias ao interesse da União ou da UFSM, não tendo sido produzida nenhuma prova nesse sentido.

Sem razão, contudo.

É irrelevante a prova de eventual desídia por parte dos procuradores federais, uma vez que o cometimento da infração é incontestável, tendo sido plenamente confirmado pelos autores. Desse modo e, diante do acima decidido - impossibilidade de exercício da advocacia privada pelo procuradores federais - a aplicação da penalidade é inafastável, não havendo falar em ilegalidade do processo administrativo que determinou a suspensão dos apelantes.

A Administração está sujeita ao princípio da legalidade. Uma vez averiguada a ocorrência da infração funcional, não há margem para discricionariedade, ficando vinculada à adoção das providências legais cabíveis para apuração e punição dos fatos.

Prequestionamento

Por fim, os próprios fundamentos desta decisão, bem como a análise da legislação pertinente à espécie, já são suficientes para o prequestionamento da matéria junto às Instâncias Superiores, evitando-se a necessidade de oposição de embargos de declaração tão-somente para este fim, o que nitidamente evidenciaria a finalidade procrastinatória do recurso, passível de cominação de multa, nos moldes do contido no parágrafo único do art. 538 do CPC.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação dos autores e dar provimento à apelação da União.

É o voto.

Juiz Federal Jairo Gilberto Schäfer
Relator

Documento eletrônico assinado digitalmente por **Juiz Federal Jairo Gilberto Schäfer, Relator**, 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 <https://www.trf4.gov.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2970382v18** e, se solicitado, do código CRC **410FCA3B**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): JAIRO GILBERTO SCHAFFER:2295

Nº de Série do Certificado: 443546E7

Data e Hora: 04/11/2009 13:54:48

