

APELAÇÃO CÍVEL Nº XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX/PR

RELATORA : Des. Federal VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA
APELANTE : ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECÇÃO DO
PARANÁ
APELADO : XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
ADVOGADO : XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. DISCRICIONARIEDADE. INEXISTÊNCIA. CONVERSÃO DA PENA.

Inexiste discricionariedade (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar. Precedentes do STJ.

A existência de circunstância atenuante é requisito que possibilita a conversão da pena de censura pública em advertência, em ofício reservado, sem registro nos assentamentos do profissional. Inteligência do art. 36, parágrafo único, c/c com o art. 40, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento ao apelo, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 03 de setembro de 2013.

Desembargadora Federal VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA
Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de recurso da apelação oposto contra sentença (Evento 8 - SENT1 nos autos originais) que julgou parcialmente procedente a ação ordinária, determinando que a Ré proceda à conversão da pena de censura pública em advertência, em ofício reservado, sem registro nos assentamentos do autor, nos termos do artigo 36, parágrafo único c/c o artigo 40, inciso II da Lei n. 8.906/94, bem como determinando o rateio das custas e a compensação dos honorários advocatícios, tendo em vista a sucumbência recíproca.

A OAB interpôs recurso de apelação (Evento 14 - PET1 na origem), esclarecendo que o processo disciplinar foi instaurado por iniciativa do Presidente da Subseção da OAB/PR em XXXXXX XX XXXXX, em que fora imputado ao Autor o exercício da advocacia concomitantemente com a atividade de contador. Sustenta a legalidade do ato administrativo perpetrado, como também a impossibilidade do Poder Judiciário intervir no mérito administrativo.

Apresentadas as contrarrazões, vieram os autos a julgamento.

É o relatório.

VOTO

I - Versa o feito sobre a nulidade da pena aplicada em processo ético-disciplinar intentado pela OAB/PR em relação ao Autor.

Destaca-se que o objetivo da ação não é invalidar o mérito do ato administrativo que levou à procedência do processo administrativo disciplinar.

II - Afirmou o autor, na peça vestibular, que "Em respeito ao entendimento jurisprudencial dos nossos tribunais não se irá questionar o acerto ou não da decisão".

Narrou o Autor que o procedimento administrativo percorreu os trâmites normais, tendo sido fixada a pena de censura, prevista no art. 34, IV, do Estatuto da Advocacia. Requereu a nulidade da pena aplicada, por ferir o princípio da legalidade, ao estabelecer punição mais severa do que o previsto na legislação, porquanto não existir decisão disciplinar anterior contra si. Alternativamente, pleiteou a conversão da pena de censura pública em advertência.

III - Sobre o tema, tem-se que decidiu acertadamente a sentença (Evento 8 - SENT1 nos originais):

"2. FUNDAMENTAÇÃO

Considerando que a parte ré, devidamente citada, deixou de apresentar contestação, e não estando configuradas quaisquer das exceções previstas no artigo 320 do CPC, e por trata-se a ré de autarquia, pessoa jurídica de direito público, a ela aplica-se o disposto no artigo 319 do mesmo diploma:

'Art. 319. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.

Art. 320. A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente:

I - se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação;

II - se o litígio versar sobre direitos indisponíveis;

III - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato.'

A partir desta premissa, o que se tem é que restaram os fatos incontroversos; razão pela qual passo à analisar os pedidos.

Exauridas as instâncias administrativas, o autor se socorre da via judicial para ver anulado ato administrativo de penalidade disciplinar ou alternativamente a conversão de referida penalidade. Em seu pedido o autor dispôs:

'5.3. A produção de todas as provas em direito admitidas, em caso de necessidade e, ao final, a procedência da ação, com o reconhecimento da ofensa aos princípios da legalidade e da isonomia, em razão do desrespeito à Lei 8.906/94, para o fim de declarar a nulidade do ato administrativo que aplicou a pena de censura pública ao autor, pois decorrente de inobservância do pressuposto legal existente (atenuante de primariedade do acusado) o que permitiria na aplicação de pena mais branda (advertência).

5.4. Como pedido alternativo, caso Vossa Excelência entenda em manter o ato administrativo impugnado, requer que se determine à autarquia federal (OAB) sua modificação, com a conversão da pena de censura pública em advertência, em ofício reservado, sem registro nos assentamentos do autor, com base no art. 36, parágrafo único, cumulado com o art. 40, inciso II, ambos da Lei 8.906/94.'

Da leitura do pedido infere-se como pedido principal a nulidade da penalidade aplicada e como alternativo a conversão da pena de censura pública em advertência. Assim, caso não acolhido o pedido principal, o Juízo deveria analisar o pedido alternativo.

Todavia, não estamos diante de uma situação em que improcedente o pedido principal, seria analisado o pedido alternativo.

Isto porque, ainda que se entenda nula a penalidade de censura pública, o autor frisou na inicial 'o objetivo da presente ação, neste momento, não é invalidar o mérito do ato administrativo que levou à procedência do processo administrativo disciplinar. Em respeito ao entendimento jurisprudencial dos nossos tribunais não se irá questionar o acerto ou não da decisão.'

Portanto, não se discute vício no procedimento administrativo a nulificá-lo, mas sim vício em relação a aplicação da penalidade. De forma que, não sendo o caso de vigorar a penalidade de censura pública, por certo deverá prevalecer outra penalidade adequada ao caso apresentado, porquanto, como dito, não se discute a nulidade do procedimento administrativo.

Sendo assim, ao não ser requerida a declaração da nulidade do procedimento administrativo, mas somente da penalidade aplicada, em verdade, cinge-se a questão na verificação da possibilidade de conversão da penalidade.

A ré aplicou ao autor a penalidade de censura pública, decorrente do Processo Administrativo Disciplinar n.º XXXXXX-XX, nos seguintes termos:

'Dando cumprimento ao Acórdão n.º XXX da Câmara de Disciplina desta Seccional, lavrado nos autos de Representação n.º XXXXX-XX, instaurado Ex-offício contra Vossa Senhoria, aplico-lhe a sanção de CENSURA, por infração ao art. 1º, § 3º da lei 8.906/94, e os artigos 2º, parágrafo único, 28 e 34 do Código de Ética e Disciplina da OAB.' (evento 1 - PROCADM10.f. 50)

Ocorre que em se tratando de direito administrativo sancionador, como no presente caso, aplica-se o princípio da reserva legal, significa dizer: 'Inexiste discricionariedade para imposição de sanções, inclusive quando se tratar de responsabilidade administrativa. A ausência de discricionariedade se refere, especialmente, aos pressupostos de imposição da sanção. Não basta a simples previsão legal da existência da sanção. O princípio da legalidade exige a descrição da 'hipótese de incidência' da sanção. A expressão usualmente utilizada no campo tributário indica o aspecto da norma que define o pressuposto de aplicação do mandamento normativo. A imposição de sanções administrativas depende da previsão tanto da hipótese de incidência quanto da consequência. A definição deverá verificar-se através da lei.' (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: com comentários à MP 2026, que disciplina o pregão. 7ª edição. São Paulo: Dialética 2000, p. 621-622)

Por sua vez, a sanção aplicada ao autor está inserta no artigo 36, incisos I e II da L. 8906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB), verbis:

'Art. 36. A censura é aplicável nos casos de:

I - infrações definidas nos incisos I a XVI e XXIX do art. 34;

II - violação a preceito do Código de Ética e Disciplina;

(...).'

Já o parágrafo único do referido artigo prevê:

'Parágrafo único. A censura pode ser convertida em advertência, em ofício reservado, sem registro nos assentamentos do inscrito, quando presente circunstância atenuante.'

Ou seja, há a possibilidade de conversão de censura em advertência sob um único requisito: existência de circunstância atenuante.

Pois bem. A Lei 8.906/94 enumera no artigo 40 as circunstâncias atenuantes:

'Art. 40. Na aplicação das sanções disciplinares são consideradas, para fins de atenuação, as seguintes circunstâncias, entre outras:

I - falta cometida na defesa de prerrogativa profissional;

II - ausência de punição disciplinar anterior;

III - exercício assíduo e proficiente de mandato ou cargo em qualquer órgão da OAB;

IV - prestação de relevantes serviços à advocacia ou à causa pública.'

De outro lado, conforme documento juntado aos autos - PROCADM4 - f. 17 (informação da secretaria), constata-se a primariedade do autor, pois ausente punição disciplinar anterior em relação a ele:

*'Conforme solicitação feita pelo ilustre Presidente da Subseção, informo que não foram encontrados em nossos registros nenhum processo Ético Disciplina contra o advogado XXXXX XX XXXXXXXX, do Escritório XXXXXXXX XX XXXXXXXX.
XXXXXXX XX XXXXXX, XX de julho de XXXX.
XXXXXX XX XXXXXXXXXX
Auxiliar Administrativo'*

Ora, como dito, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção disciplinar. Sendo assim, se há atenuante prevista em lei, e preenchendo o autor requisito para sua aplicação, não há margem de discricionariedade para o administrador estabelecer a dosimetria da penalidade, sem a sua observância.

Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROFESSORA ADJUNTA DO ENSINO FUNDAMENTAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. APRESENTAÇÃO DE DIPLOMA FALSO COM O OBJETIVO DE OBTER VANTAGENS FINANCEIRAS E FUNCIONAIS. DEMISSÃO. DOLO NÃO COMPROVADO. DESCONHECIMENTO DA FALSIDADE DO DOCUMENTO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PARECER DO MPF PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO PROVIDO, PORÉM.

1. 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.

2. Os danos materiais e morais derivados de uma punição injusta ou desproporcional ao ato infracional cometido são insuscetíveis de eliminação, por isso a imposição de sanção disciplinar está sujeita a garantias muito severas, entre as quais avulta de importância a observância da regra do in dubio pro reo, expressão jurídica do princípio da presunção de inocência, intimamente ligado ao princípio da legalidade.

3. Não basta a demonstração da ocorrência de conduta tipificada como ilícita para que se imponha automaticamente a punição administrativa abstrata ao seu autor; a sancionabilidade, na hipótese, pressupõe a consciência do agente e sua intenção em usar de artil para enganar a Administração e obter vantagem indevida, de sorte que a culpa latu sensu do administrado infrator tem de ser discutida e provada no curso do procedimento de apuração do ilícito.

4. Neste caso, a alegação da Servidora indiciada de desconhecimento da falsidade do documento apresentado foi afastada unicamente com base em premissa vaga e genérica de que Servidor que exerce cargo de Professor do Ensino Fundamental não pode vir a ser ludibriado por estelionatários no que diz respeito a cursos profissionalizantes, por se tratar de pessoa suficientemente esclarecida na área. Por outro lado, a plausibilidade da defesa da impetrante, não foi sobejamente refutada, além de ter sido reforçada pelos depoimentos testemunhais colhidos durante a instrução probatória.

5. A Comissão Processante não logrou, portanto, demonstrar o dolo específico necessário à configuração do ilícito administrativo, pelo que, sem outros elementos, é desproporcional e desarrazoada a sanção de demissão, e, em decorrência disso, denota-se a ofensa ao princípio da proporcionalidade.

6. Recurso provido para anular a Portaria 135/06 - CONAE-2, da Assessora Técnica da Divisão de Recursos Humanos da Coordenadoria dos Núcleos de Ação Educativa da Secretaria

de Educação do Município de São Paulo, de 20.04.2006, que demitiu a impetrante do cargo de Professora Adjunto do Ensino Fundamental I, promovendo-se sua imediata reintegração, com o pagamento dos vencimentos e cômputo de tempo para todos os efeitos legais.
(ROMS 200701667492, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, STJ - QUINTA TURMA, 08/03/2010)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CORRUPÇÃO. DEMISSÃO. REEXAME DAS PROVAS. AUTORIDADE COMPETENTE. FORMALIDADES ESSENCIAIS. PROPORCIONALIDADE. NÃO FORMAÇÃO DE CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Em face dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, típicos do regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção a servidor público, razão pela qual o controle jurisdicional é amplo e não se limita somente aos aspectos formais, conferindo garantia a todos os servidores contra um eventual arbítrio.

2. A infração funcional consistente em recebimento de vantagem econômica indevida (propina), e de resto todas as infrações que possam levar à penalidade de demissão devem ser respaldadas em prova convincente, sob pena de comprometimento da razoabilidade e da proporcionalidade. Precedente: MS 12.429/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER (DJU 29.06.2007).

3. O acervo probatório não se mostra suficiente para revelar, de maneira ampla e indubitável, a corrupção supostamente cometida pelo Policial Rodoviário Federal, eis que se resume só e apenas aos depoimentos, de mesmo conteúdo, prestados pelo própria vítima e seu patrão, que descreveram o ato de corrupção sofrido. 4. A proporcionalidade da sanção aplicada resta comprometida quando não se vislumbram, no conjunto de provas colacionado aos autos, elementos de convicção que desafiem a persistência de dúvidas ou incertezas quanto ao fato típico imputado ao agente.

5. Segurança concedida para anular a Portaria 513, de 07.03.2007, que demitiu o impetrante do cargo de Policial Rodoviário Federal, promovendo-se a sua reintegração no cargo.

(MS 200701603536, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, STJ - TERCEIRA SEÇÃO, 26/09/2008)

Sendo assim, onde se lê 'pode' no § único do artigo 36 da L. 8906/94 leia-se 'deve', quanto à possibilidade de conversão de censura em advertência, quando presente circunstância atenuante.

3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO, resolvendo o mérito do feito, nos termos do artigo 269, inciso I, do CPC, para o fim de determinar que a ré - Ordem dos Advogados de Brasil - proceda à conversão da pena de censura pública em advertência, em ofício reservado, sem registro nos assentamentos do autor, nos termos do artigo 36, parágrafo único c/c o artigo 40, inciso II da Lei n. 8.906/94.
(...)"

Em que pesem as alegações da ré, observo que a jurisprudência manifesta-se no sentido de que não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção disciplinar. Nesse sentido já decidiu a 3ª Seção do e. Superior Tribunal de Justiça, responsável pela uniformização de jurisprudência em matéria de direito administrativo:

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PENA DE SUSPENSÃO. PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REJEIÇÃO. ATO DISCIPLINAR. DISCRICIONARIEDADE. INEXISTÊNCIA.

PRECEDENTES DO STJ. SANÇÃO DISCIPLINAR QUE NÃO SE COMPATIBILIZA COM AS PROVAS COLIGIDAS. INEXISTÊNCIA DE ILÍCITO FUNCIONAL. SEGURANÇA CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO.

(...)

2. Não há discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção disciplinar a servidor público, pelo que o controle jurisdicional de tal ato é amplo. Precedentes do STJ.

(...)

(STJ - MS 200900475800, MS - MANDADO DE SEGURANÇA - 14212, Relator(a) ARNALDO ESTEVES LIMA, Órgão julgador TERCEIRA SEÇÃO, Fonte DJE DATA:07/05/2010)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MÉRITO ADMINISTRATIVO. DISCRICIONARIEDADE. INOCORRÊNCIA. PENA DE DEMISSÃO. DESPROPORCIONALIDADE. INADEQUAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

I - Inexiste discricionariedade (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar, razão pela qual o controle jurisdicional, nesses casos, é amplo e não se limita a aspectos formais (precedente: MS 12983/DF, 3ª Seção, de minha Relatoria, DJ de 15.2.2008).

(...)

(STJ - ROMS 200600262574, ROMS - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 21259, Relator(a) FELIX FISCHER, Órgão julgador QUINTA TURMA, Fonte DJE DATA:02/02/2009)

Assim, se há atenuante prevista em lei, conforme se verifica no caso, e preenchendo o autor requisito para sua aplicação, não há margem de discricionariedade para o administrador aplicar a pena sem a observância da circunstância atenuante.

III - Em face do disposto nas súmulas n.ºs 282 e 356 do STF e 98 do STJ, e a fim de viabilizar o acesso às instâncias superiores, explícito que a decisão não contraria nem nega vigência às disposições legais/constitucionais prequestionadas pelas partes.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação.

É o voto.

Desembargadora Federal VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA
Relatora

Documento eletrônico assinado por **Desembargadora Federal VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, Relatora**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **6091670v5** e, se solicitado, do código **CRCEFC49DC0**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Vivian Josete Pantaleão Caminha

Data e Hora:

04/09/2013 19:32
