

6ª Câmara Cível

Apelação Cível no. 0017505-90.2007.8.19.0054

Apelante: ANDRE MONTEIRO AVRAMESCO

Apelado: MUNICÍPIO DE SÃO JOÃO DE MERITI

Amicus Curiae: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – RJ

Relator: Desembargador Pedro Raquenet

Mandado de Segurança. Funcionário público. Procurador municipal. Ato de procurador geral do município para propositura de demanda decorrente de infração de postura edilícia. Não atuação por parte do subordinado. Alegação de direito líquido e certo do advogado de se portar segundo seu livre convencimento. Denegação da ordem. Apelo do impetrante.

Só se reconhece negativa válida de cumprimento de ordem superior em casos de ilegalidade ou abuso de poder por parte da autoridade ordenadora. Mas se ato contestado não se revela ilegal e nem ilegítimo, assim como se não há demonstração prévia e perfeita de abuso ou desvio de poder, não há como se prestigiar conduta de insubordinação por parte do recorrente.

Impossibilidade, ademais, de se confundir a atividade do profissional em advocacia, em exercício autônomo da mesma, com a conduta funcional que se espera do funcionário público, dentro do correto regramento funcional.

Inexistência de direito líquido e certo a ser amparado por mandado de segurança. Sentença que se mantém. Desprovimento do apelo. Ressalva quanto à posição deste Relator que entendia necessária a remessa de peças ao MP para apuração de adequação da conduta do Impetrante ao ordenamento penal existente.



Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível no. 0017505-90.2007.8.19.0054, em que é Apelante: ANDRE MONTEIRO AVRAMESCO e é Apelado: Apelado: MUNICÍPIO DE SÃO JOÃO DE MERITI,

Acordam os Desembargadores que compõem a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em **negar provimento** ao recurso, nos termos do voto do Desembargador Relator; decisão unânime.

V O T O

Como já relatado, o apelante integra quadros da municipalidade de São João de Meriti, na qualidade de advogado daquela (procurador municipal).

Insurgiu-se o mesmo em face de ordem recebida de seu superior hierárquico de manejar ação em face de construção irregular ou ilegal, baseando-se em contestação à capacitação da equipe de fiscalização de posturas municipais e justificando sua conduta refratária em violação de direito líquido e certo seu de não assinar documentos contrários ao seu juízo, consoante o previsto no Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei nº 8.906/94).

Informações da autoridade apontada como coatora em fls. 50 e ss., afirmando a inexistência de sindicância ou processo administrativo em face do impetrante, além do redirecionamento da ordem a outro servidor, argüindo a perda do objeto.

A sentença está em fls. 70 e ss., denegando a ordem por não antever abuso de poder ou ilegalidade no ato impugnado, tampouco o direito líquido e certo vindicado.

Apelou o impetrante em fls. 74 e ss., buscando a reforma do julgado, repisando a tese de ilegalidade da ordem emitida pela autoridade coatora, além de suscitar questão acerca da suposta burla a acessibilidade dos cargos públicos mediante concurso por parte da Municipalidade.



Recurso recepcionado em fls. 134; com resposta pela Municipalidade em fls. 135 e ss.; manifestação do Ministério Público com assento junto a esse Colegiado a fls. 159 e ss., pelo desprovimento do recurso.

Petição da OAB/RJ a fls. 165 e ss., requerendo o seu ingresso no feito como *amicus curiae*; decisão deste Relator indeferindo o pedido (fls. 205); agravo regimental interposto pela autarquia (fls. 207 e ss.) provido pela maioria deste Colegiado, conforme fls. 221/223.

Embargos infringentes opostos pela Municipalidade em fls. 228 e ss., não conhecido, na forma do Acórdão de fls. 276/281, oriundo da 3ª Câmara Cível deste Tribunal.

É a suma do processado.

Sou pelo desprovimento ao apelo.

E assim me posiciono por entender que restam ausentes, no presente caso, todas as condições de ação, como sustentadas pelo Impetrado, senão em ato de insubordinação motivado por atendimento a sentimento pessoal.

Com efeito, a prova dos autos é no sentido de atuação do Impetrante em análise, *sponte própria*, da investidura do agente que efetuou a diligência, deixando de cumprir seu *múnus* até receber a ordem que ora pretende anulada.

O apelante, em verdade, não possui atribuição funcional para o exercício deste tipo de crítica ou de atividade que afirma ser de direito.

Realmente, não há como se questionar que todo o advogado, atuando em livre exercício de sua função, tem o direito de se negar a atuar acaso entenda ofendido seu juízo interior em patrocínio desta ou daquela causa.



Esse direito, se repete, é fundamental para a manutenção do atual estado da sociedade e tem que ser prestigiado de forma assertiva, por ser garantia que qualquer cidadão tem contra desmandos ou arbitrariedades.

O problema, para o Impetrante, é que ele confunde situações diferentes, vale dizer, ele efetua confusão inadmissível para quem conhece, ou que pelo menos se presume que deveria conhecer, a legislação de regência da matéria.

Assim, há que se apreciar aqui a diferenciação entre aquilo que seja a conduta de qualquer advogado autônomo, pago pelo bolso de seu cliente e os funcionários públicos, que é a condição ostentada pelo recorrente – funcionário público municipal, que advoga defendendo os interesses da Administração Municipal.

Vai daí que só se reconhece o direito do funcionário deixar de cumprir ordem de seu superior hierárquico em duas grandes vertentes: a primeira, se a ordem for ilegal, ou violando os princípios que regem a atividade administrativa.

E do cotejo que se faz entre a legislação municipal e as provas carreadas aos autos, não é possível vislumbrar qualquer excesso de poder ou ordem manifestamente ilegal por parte do Procurador Geral, eis que como Chefe daquele órgão tinha (e tem) a missão de zelar pelo regular cumprimento das funções afetas àquela instituição.

Correta, por esse motivo, a determinação para que um procurador designado proponha ação contra munícipe que erige prédio em antinomia às normas locais. Essa é a função afeta aos funcionários com o dever de representar a Municipalidade, judicial ou extrajudicialmente, prestando consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo, como dispõe o artigo 62 da Lei Orgânica do Município abaixo transcrito:

“(…) Art. 62 - A Procuradoria Geral do Município, com estrutura Orgânica de Secretaria Municipal, é a instituição que representa, como advocacia geral, o Município, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos de Lei Complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Parágrafo Único - A Procuradoria Geral do Município tem por chefe o Procurador Geral do Município, nomeado pelo Prefeito dentre advogados devidamente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil. (...)”

Já a segunda hipótese de escusa para cumprimento da referida ordem é se a mesma provier de autoridade incompetente – e, da leitura das razões recursais, se divisa a intenção do Impetrante de trazer aos autos ilações acerca da impossibilidade do exercício da função pública por agente não admitido por concurso público.

Embora esta tese não aceda aos limites objetivos da demanda postos na exordial, ainda que assim tivesse ocorrido o recorrente tampouco teria razão em sua postulação, haja vista os termos do artigo 37, II e IX, da carta política em vigor.

Realmente, muito embora se reconheça como vontade precípua do constituinte originário o prestígio ao instrumento convocatório e seletivo, de molde a resguardar a impessoalidade e a moralidade nas escolhas administrativas, em contrapartida é de conhecimento geral que esta regra comporta exceção.

Segue daí que a presença de agente contratado no exercício de função pública dentro dos quadros da Administração Direta ou Indireta, não denota, em princípio, qualquer teratologia constitucional. Por evidente que o excesso deste estado de coisas deve ser aferido, mas por via própria e através de órgão competente, não pela via do *mandamus*, como efetuado.

Por estes motivos, referida matéria, como acima lançado, sequer é conhecida.

Adentra-se agora no alegado direito líquido e certo do impetrante de se conduzir sob os ditames do Estatuto da Ordem dos Advogados, e não no regime hierárquico no qual se assenta a Administração Pública.

Este tópico deve ser abordado sob três perspectivas:

- (a) a vontade emanada da Administração Pública;
- (b) a independência funcional do servidor e, finalmente,
- (c) a responsabilidade do impetrante por sua recusa ao cumprimento de ordem legal e emanada de superior hierárquico seu corretamente investido destas funções.

Quanto à primeira abordagem, na tentativa de explicar os reflexos da atividade estatal, buscou a doutrina aclarar a concretização da vontade administrativa através de diversas teorias, tais como a Teoria do Mandato, Teoria da Representação, Teoria do Órgão.

Só que, seja qual for a corrente que se queira adotar, fato é que toda pessoa (concursada ou não) que se proponha a exercer função pública, passa a estar sujeita a regime jurídico diferenciado em razão dos reflexos prospectivos de sua conduta nas atividades estatais.

Como já exposto anteriormente, ao abdicar de sua atividade autônoma, ou seja, a partir do momento em que o Impetrante ingressou no serviço público municipal e passou a ser pago pelos cofres públicos, sabia ou deveria saber que abriu mão de querer fazer prevalecer vontades e condutas próprias e díspares daquelas ditadas pela Administração – com as ressalvas já apreciadas linhas acima.

A se entender em sentido contrário ter-se-ia então a submissão da Administração à vontade do funcionário o que, de se convir, se revela como teratológico.

Não se pode confundir o atuar de profissional liberal e suas prerrogativas, com a conduta que se espera de um agente público, cuja disciplina (até mesmo para efeitos penais) angaria contornos diversos.

E não foi por qualquer outro motivo que a Constituição Federal foi módica na distribuição da chamada independência funcional, prestigiando de forma estanque alguns cargos públicos, cuja prerrogativa revela-se meio lógico, implícito e necessário à consecução de suas atribuições.

Só que além destes cargos serem poucos e expressamente citados com exemplos de independência funcional, os mesmos não abrangem a procuradoria municipal, que é onde se localiza funcionalmente o recorrente.

Não haverá como, desta sorte, pretender o Impetrante se investir de poderes não outorgados pela Constituição Federal, ou, enquanto participante dos benefícios concedidos aos servidores públicos, pretender agir como se fora um profissional autônomo.

Para que não haja quaisquer dúvidas: em não tendo havido prova de ilegalidade ou abuso de poder na ordem recebida pelo mesmo, emanada de superior hierárquico em pleno exercício de suas atribuições, tinha ele que cumpri-la, nos exatos termos da lei em vigor.

Mas como não o fez, resulta daí que não se reconhece a existência de direito líquido e certo do mesmo na escolha dos trabalhos a serem desenvolvidos no âmbito da Procuradoria do Município.

Por estas considerações, correta a sentença que negou validade ao mandado de segurança impetrante, e que por isso mesmo deve ser prestigiada, sendo então de se rejeitar o apelo ofertado.

Concluindo, deixo ressalvado meu entendimento – vencido neste tópico – de extração de peças e remessa ao órgão do Ministério Público, com atribuição penal à conta da conduta do Impetrante, como noticiado ao longo deste processo, prevalecendo, contudo, o entendimento da douta Maioria em contrário a essa diligência.

É o VOTO.

Rio de Janeiro, 21 de Março de 2012

Pedro Raguenet
Desembargador Relator

