



MANDADO DE SEGURANÇA
PROCESSO N. 31003-76.2014.811.0041
CÓDIGO – 901551

Vistos, etc.

CAROLINE ARAUJO DE ALMEIDA OLIVEIRA, MARCOS TULIO ARGUELHO e JONATHAN MARQUES NUNES impetram o presente Mandado de Segurança contra ato tido por coator praticado pelo **PRESIDENTE DA JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE MATO GROSSO – JECEMAT**, objetivando a concessão da liminar para que seja suspenso o ato lesivo consistente na exigência à Controle Eletrônico de Frequência, como forma de aferição ao cumprimento da jornada de trabalho diário, até julgamento final deste *writ*.

Aduzem, em síntese, que são nomeados no cargo Técnico em Desenvolvimento Econômico e Social, no perfil de advogado, estando atualmente lotados junto à Junta Comercial do Estado de Mato Grosso – JUCEMAT, e que nesse desiderato estão sendo compelidos ao controle eletrônico de frequência para aferição de cumprimento de tempo de trabalho diário.

Alegam que os trabalhos desenvolvidos são de natureza intelectual, razão pela qual não é razoável pretender medi-los em horas de permanência no interior das repartições públicas, defendendo que aludido controle é incompatível com o exercício da função desempenhada.

Asseveram que solicitaram emissão de manifestação administrativamente, por meio do protocolo nº 14/059196-6, todavia o mesmo encontra-se pendente de análise e sem qualquer resposta, sendo-lhes exigido o ponto eletrônico.

Pontuam que quando necessária a realização de audiências e diligências em lugar e período diverso da sede funcional devem apresentar justificativa



do afastamento, sob pena de descontos salariais, por falta ou atraso, caracterizando afronta às prerrogativas profissionais e cerceamento da liberdade funcional previstas nos artigos 3º, §1º e 7º, I que regulamenta a carreira (Lei nº 8.906/94 – Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil).

No mérito, requer a concessão definitiva da segurança, assegurando o direito líquido e certo dos Impetrantes.

Amparam sua pretensão à vista dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Colacionam documentos às fls. 20/207.

Em síntese, é o necessário relato.

Fundamento.

Decido.

À vista da nova legislação que passou a disciplinar o mandado de segurança (art. 7º, inciso III, da Lei 12.016/2009), para a concessão de medida liminar, mister a presença dos seguintes requisitos: que os fundamentos da impetração sejam relevantes (*fumus boni iuris*) e a possibilidade do ato impugnado resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida (*periculum in mora*).

O mandado de segurança é remédio constitucional para proteger direito líquido e certo sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade.

Como se sabe, a medida liminar não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final; é procedimento acautelador do possível direito da Impetrante, justificado pela iminência de dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral, se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa.

Assim, o deferimento da liminar em mandado de segurança visa resguardar "*possível direito da Impetrante*", e para tanto basta a este a apresentação de relevantes fundamentos, assim como a possibilidade da ocorrência de dano pelo não acolhimento da medida.



Na hipótese, os Impetrantes buscam a concessão da medida liminar com o desiderato de não se sujeitarem ao assinalamento de ponto eletrônico para ingresso e saída da repartição, não se submetendo, assim, às arbitrárias penalidades constantes do referido ato.

Pois bem. O cerne da questão posta sub judice diz respeito à legalidade ou não da aferição ao cumprimento da jornada de trabalho diário mediante controle eletrônico de frequência em face da atividade intelectual desenvolvida pelos Impetrantes, advogados nomeados para com *munus publico*.

O exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão é um direito de liberdade. Trata-se de um direito que guarda forte relação com o direito ao desenvolvimento da personalidade, pelo fato de que se trata tanto de uma finalidade quanto de um fundamento da vida pessoal, ao mesmo tempo viabilizando que o indivíduo possa contribuir para a vida social como um todo. Assim, desde que preenchidos os requisitos de “qualificações profissionais”, brasileiros podem exercer um ofício de sua escolha livremente, independente de outras variáveis. E é justamente nesse ponto em que há, muitas vezes, excessos nos contratos ou nas leis, que tolhem a liberdade do exercício, cujo espaço de atuação da autonomia da vontade ou do poder de conformação do legislador precisa ser investigado.

Com efeito, o direito fundamental de liberdade de profissão está previsto no art. 5º, XIII da Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 5º – (*in omissis*)

(...)

XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;”

Essa liberdade, dentro do regime constitucional vigente, não é absoluta, excludente de qualquer limitação por via de lei ordinária. Tanto assim é que a cláusula final (‘observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer’) já revela, de maneira insofismável, a possibilidade de restrições ao exercício de certas atividades. Mas também não ficou ao livre critério do legislador ordinário estabelecer as restrições



que entenda ao exercício de qualquer gênero de atividade lícita. Se assim fosse, a garantia constitucional seria ilusória e despida de qualquer sentido.

Assim sendo, a imposição de certas restrições apenas é possível quando houver a possibilidade de ocorrer algum dano à sociedade, ou seja, o exercício profissional só está sujeito a limitações estabelecidas por lei e que tenham por finalidade preservar a sociedade contra danos provocados pelo mau exercício de atividades para as quais sejam indispensáveis conhecimentos técnicos ou científicos avançados.

Verifica-se, portanto, que estamos diante de uma norma constitucional de eficácia contida, haja vista que depende de regulamentação.

Neste viés, regulamentando a categoria profissional dos Advogados, foi editada a Lei Federal nº 8.906, de 04 de julho de 1994, disciplinando acerca do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), conferindo no seu art. 1º as atividades privativas de advocacia, *in verbis*:

Art. 1º – São atividades privativas de advocacia:

I – a postulação a órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais;

II – as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

Verifica-se, portanto, que a advocacia é uma profissão livre e independente, cujo valor subjacente à função de advogado na sociedade, em geral, e na administração da Justiça, em particular, é o interesse público.

Nesse diapasão, o Estatuto da OAB estabelece a garantia do advogado exercer suas funções com liberdade e autonomia em todo território nacional (art. 7º, I), que permeiam a independência técnica e a flexibilidade na atuação funcional dentro e fora do escritório.

Cabe ao advogado cumprir com seus deveres na defesa de seu cliente e, para tanto, inúmeras vezes requer atividades profissionais fora da sede, com realização de audiências, reuniões e diligências, em horários extra jornada, feriados e fins de semana, tudo para que sejam atendidos os prazos processuais e as defesas administrativas pertinentes, da forma mais satisfatória ao atendimento dos direitos de seu cliente.



Para o advogado público prevalecem as mesmas regras, sendo que o seu cliente principal é o Poder Público, como entidade política ou administrativa.

Assim, tais prerrogativas aplicam-se igualmente ao advogado público, que não discrimina o exercício particular da advocacia com aquela desempenhada com *munus publico*, eis que se encontra amparado pelo Estatuto, conforme estabelece o art. 3º, §1º, *in verbis*:

“Art. 3º – O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB),

§1º – Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional”.(Grifos nossos)

Ultrapassada esta questão, cabe ressaltar que o exercício de uma profissão pode ser regulamentado para otimizar sua eficácia. Regular também é uma forma de restrição ao direito, mas que encontra uma fundamentação constitucional adequada. Assim sendo, admite-se que, para o bom desempenho do cargo ou empregado, o contrato de trabalho ou a lei possam fixar horário do início do trabalho, a jornada semanal ou o caráter exclusivo da dedicação, mas nunca tolher a liberdade, quando houver essa possibilidade.

Desta forma, quando presente qualquer forma de restrição ao direito de exercício de qualquer trabalho em detrimento daquilo que foi autorizado pelo constituinte receberá a pecha da inconstitucionalidade. E, em matéria de direitos fundamentais, não há espaço para discricionariedade do legislador de forma diferente daquela autorizada pelo constituinte, sob pena de transformar os direitos fundamentais em meros “direitos na medida da lei”, ao sabor de majorias legislativas ocasionais,



como no presente caso, quando verificado a exigência de controle eletrônico de frequência da jornada de trabalho.

E na tentativa de regulamentar a questão ora analisada, o Conselho Federal da OAB vem implementando uma diretriz de defesa das prerrogativas da advocacia pública, mediante a elaboração de súmulas específicas de proteção dos direitos dessa categoria, como a que passo a transcrever:

“Súmula nº 9 – O controle de ponto é incompatível com as atividades do Advogado Público, cuja atividade intelectual exige flexibilidade de horário”.

Assim, o rígido controle de frequência e horários dos servidores, imitando o controle de operários em fábricas, é o símbolo da administração burocrática. Esse controle realizado por instrumento mecânico ou eletrônico é a exacerbação do modelo. Pode justificar-se nas atividades mecânicas e repetitivas, avaliáveis pela quantidade produzida em determinado tempo, **mas é incompatível com as atribuições que exigem liberdade para pensar e criatividade!** Tal é a característica da atividade da advocacia. Por este ângulo, portanto, o controle eletrônico de ponto dos Impetrantes contraria o princípio constitucional da eficiência, com os seus consectários.

Veja-se que também no contexto da reforma administrativa, os membros da advocacia pública, a julgar pela forma de remuneração prevista no art. 135 da Constituição, aproximam-se da categoria de agentes políticos. Na concepção de Hely Lopes Meirelles, os agentes políticos *“atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais”* (in, Direito Administrativo Brasileiro. 24 ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 71).

A utilização de equipamentos mecânicos ou eletrônicos no controle de atividades humanas, de duvidosa justificação (praticidade?), deve ser restringida, em consonância com o princípio da proporcionalidade, às hipóteses estritamente necessárias. No caso, é mais condizente com as atribuições, senão com a dignidade do advogado, o controle por meio de folha de ponto, em que há a



possibilidade de justificativa imediata, perante a Administração, das situações excepcionais.

Ademais, no que tange à eventual desconto de vencimentos pura e simplesmente em razão de faltas ou atrasos verificados eletronicamente, sem manifestação do servidor, é clara desatenção ao princípio do devido processo legal, que de tão conhecidas, dispensa repetir as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello e Geraldo Ataliba sobre a gravidade da violação de um princípio constitucional.

De fato, dúvidas não tenho de que o ato impugnado representa, a bem da verdade, mais uma amostra de uma Administração burocratizada, apegada a rotinas formalistas, destituídas de utilidade e que têm por escopo dificultar a atuação de seus agentes, com prejuízo a todos, até porque tenho que o controle de frequência, em última análise, desatende o interesse público na medida em que dificultaria o exercício de defesa das autarquias.

E corroborando com o entendimento acima, trago à baila os seguintes excertos, que em casos análogos, assim decidiram:

“ADMINISTRATIVO. SERVIDORES. PROCURADORES AUTÁRQUICOS. CONTROLE ELETRÔNICO DE FREQUÊNCIA E PONTUALIDADE. ADMINISTRAÇÃO BUROCRÁTICA. INCOMPATIBILIDADE COM OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 19/98. 1. A julgar pelo disposto no art. 135 da Constituição, os membros da advocacia pública aproximam-se da categoria dos agentes políticos, que "atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais" (Hely Lopes Meirelles). 2. O controle eletrônico de frequência e pontualidade para procuradores autárquicos é incompatível com a natureza de suas atribuições e com os princípios da administração gerencial (eficiência e controle de resultados), instituídos pela Emenda Constitucional n. 19/98.” (TRF-1 – AMS 1998.01.00.058772-



9/PI, rel. Juiz Plauto Ribeiro, Primeira Turma, DJ de 27.11.2000, p. 32)

“ADMINISTRATIVO. PROCURADORES AUTÁRQUICOS. CONTROLE ELETRÔNICO DE FREQUÊNCIA. INCABIMENTO. – É DEFESO O CONTROLE ELETRÔNICO DE FREQUÊNCIA PARA OS PROCURADORES AUTÁRQUICOS, SUBMETENDO-SE, APENAS, AO CONTROLE MANUAL DE ASSIDUIDADE E PONTUALIDADE, NA FORMA DO PARÁGRAFO 4º DO ART. 6º DO DECRETO 1.590/95 C/C ART. 3º DO DECRETO 1.867/96. – APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL IMPROVIDAS”. (TRF-5 – AMS: 67769 SE 99.05.31552-7, Relator: Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, Data de Julgamento: 16/12/1999, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ DATA-24/03/2000 PÁGINA-637)

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCURADORES AUTÁRQUICOS DO INCRA. CONTROLE ELETRÔNICO DE FREQUÊNCIA E PONTUALIDADE. INCOMPATIBILIDADE COM O EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES. 1. Cabendo aos procuradores a defesa judicial e extrajudicial da autarquia a que se vinculam, é forçoso reconhecer que o controle eletrônico de frequência é incompatível com o desempenho normal de suas funções, haja vista que a carga horária não é cumprida apenas no recinto da repartição, mas também em atividades externas. Precedentes desta Corte. 2. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento”. (TRF-1 – AMS: 8899 DF 1999.01.00.008899-0, Relator: JUIZ MANOEL JOSÉ FERREIRA NUNES (CONV.), Data de Julgamento: 26/11/2002, PRIMEIRA TURMA SUPLEMENTAR, Data de Publicação: 16/01/2003 DJ p.87)



Assim, uma vez presentes os requisitos autorizadores, a concessão da medida liminar é medida que se impõe.

ISTO POSTO, e consoante a fundamentação supra, **CONCEDO A LIMINAR** vindicada para determinar a autoridade coatora que proceda com a imediata suspensão do ato de se exigir dos Impetrantes o Controle Eletrônico de Frequência, por ponto ou qualquer outro tipo de controle de frequência, como forma de aferição ao cumprimento da jornada de trabalho diário, sem prejuízo de seus subsídios, até julgamento final deste *writ*.

Notifique-se a autoridade coatora enviando-lhe a segunda via da inicial, a fim de que, no **prazo de 10 (dez) dias**, preste as informações de praxe, e na oportunidade intime-na do teor desta decisão (art. 7º, I, Lei nº 12.016/09).

Oficie-se a Procuradoria Geral do Estado sobre a presente decisão enviando-lhe cópia da inicial, para que querendo ingresse no feito (art. 7º, II da Lei nº 12.016/2009).

Após, decorrido o prazo das informações, prestadas ou não, ouça-se o Ministério Público no **prazo improrrogável de 10 (dez) dias**, vindo, cls. (art. 12 e § único da Lei nº 12.016/09).

Intime-se.

Cumpra-se, **pelo oficial plantonista, servindo este de mandado.**

Cuiabá/MT, 04 de Agosto de 2014.

ROBERTO TEIXEIRA SEROR
JUIZ DE DIREITO