

Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO DA PUCSP
E PROFESSOR EMÉRITO DA MESMA UNIVERSIDADE

O SINDIPROESP submete a nosso juízo Consulta relativa a afastamento de dirigentes sindicais. A ela formulamos as seguintes considerações e correspondente resposta.

PARECER

1. CIRNE LIMA o monumental jurista gaúcho legou-nos algumas das frases mais precisas na caracterização da essência da atividade administrativa, com dizer:

"O fim e não a vontade, domina todas as formas de administração"

"Supõe, dessarte, a atividade administrativa a preexistência de uma regra jurídica, reconhecendo-lhe uma finalidade própria. Jaz, conseqüentemente, a Administração Pública debaixo da legislação, que deve enunciar e determinar a regra de Direito" ("Princípios de Direito Administrativo", Ed. Revista dos Tribunais, 5ª ed., 1982, pág. 22).

A ele se devem ainda as seguintes preciosas lições:

"Opõe-se a noção de administração à de propriedade, nisto que, sob administração, o bem não se entende vinculado à vontade ou personalidade do administrador, porém a finalidade impessoal a que essa vontade deve servir". (op. cit. pg. 20).

São também do mestre citado as seguintes insuperáveis lições:

"Administração, segundo o nosso modo de ver, é a atividade do que não é proprietário -- do que não tem a disposição da coisa ou do negócio administrado". (op. cit., pág. 22')

"Traço característico da atividade assim designada é estar vinculada -- não a uma vontade livremente determinada -- porém, a um fim alheio à pessoa e aos interesses particulares do agente ou do órgão que a exercita". (op. cit. pág. 21)

Apostilou também:

"Na administração, o dever e finalidade são predominantes; no domínio, a vontade". (op. cit. pg. 52).

E mais:

"À relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente, chama-

se relação de administração". (op. cit. pg. 51).

Igualmente é de sua lavra o seguinte
perfeitíssimo escólio:

"A relação de administração somente se nos depara, no plano das relações jurídicas, quando a finalidade que a atividade de administração se propõe, nos aparece defendida e protegida, pela ordem jurídica, contra o próprio agente e contra terceiros". (op. cit. pg. 52).

O desconhecimento destas verdades enseja a prática do gravíssimo vício jurídico denominado **desvio de poder**.

2. Entende-se por desvio de poder a utilização de uma competência em desacordo com a finalidade que lhe preside a instituição. Consiste, pois, no manejo de um plexo de poderes (competência), que efetivamente se possui, mas procedido de molde a atingir um resultado *diverso daquele em vista do qual está outorgada a competência*.

O agente se evade do fim legal, extravia-se da finalidade cabível em face da lei. Em suma: falseia, deliberadamente ou não, **com intuitos subalternos ou não**, aquele seu dever de operar o estrito cumprimento do que a lei configurou como objetivo prezável e atingível por dada via jurídica. Disse EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, doutor de máxima suposição, que o controle do desvio de poder é um controle de estrita legalidade. De modo algum agride a margem

de liberdade administrativa, isto é, a discricção, que a lei haja conferido ao agente. Pelo contrário, no desvio de poder se revela um *extravasamento da competência*, um desconhecimento de seu sentido e, pois, de seu intrínseco limite.

Como de outra feita o dissemos,

“Sobremodo, nos casos em que o desvio de poder é praticado conscientemente pela autoridade e tanto mais naqueles em que o faz por intuits pessoais, de perseguição ou favoritismo, avulta a percepção de que o controle do ato é mero controle de legalidade. Com efeito, o agente tanto pode ofender, a lei violando-a, à força aberta, ou seja, pisoteando, à boca cheia e sem recato às disposições normativas, caso em que agride ostensivamente o padrão legal, como pode fazê-lo à capucha, à sorrelfa, de modo soez, embuçado sob capuz de disfarce - para usar uma expressão de Hely Lopes Meirelles - a pretexto de atender o interesse público. Esta forma de proceder é mais grave, é mais perigosa ainda do que aquela que resulta de violação desabrida da lei. Por ser mais sutil, por vestir-se com trajes de inocência, é mais censurável. Revela uma conduta soez maculada pelo vício de má fé. (Revista de Direito Público nº 89, págs. 24 a 36).

Em tais casos afora a nulidade do ato e conseqüente necessidade de sua correção, avulta a importância de que o agente que nele incorreu seja devidamente sancionado, tanto para que se emende quanto para servir como advertência e exemplo para todos os demais servidores públicos.

O Poder Judiciário terá de perscrutar este vício com olhos de lince mergulhando fundo na etiologia do comportamento suscetível de estar maculado. Sobremais, haverá de esquivar-se a rigorismos para dar como estabelecida sua demonstração. Consoante informação de RIVERO, na França o Conselho de Estado não exige prova indestrutível, basta-lhe a ocorrência de um "feixe de indícios convergentes". De resto, a não ser assim, possivelmente a maioria dos casos de desvio de poder escaparia incólume. O precitado EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, navegando nas mesmas águas, assinala que, na Espanha, a jurisprudência concorda em que basta a "convicção moral" do Tribunal de que a conduta profligada revela finalidade viciada, depreendida da existência, no corpo do processo, de elementos suficientes para instaurar tal convicção.

Concorrem para identificar o desvio de poder fatores tais como a irrazoabilidade da medida, *sua discrepância com a conduta habitual da Administração em casos similares ou até mesmo iguais*, a desproporcionalidade entre o conteúdo do ato e os fatos em que se embasou, a insubsistência ou debilidade dos motivos alegados para supedanejar a conduta, a incoerência entre as premissas lógicas ou jurídicas firmadas na justificativa e a conclusão que delas foi sacada, assim como antecedentes do ato reveladores de animosidade, indisposição política ou, pelo contrário, intuitos de injustificável favoritismo. Até mesmo a conduta pregressa do agente, reveladora de temperamento descomedido, vindicativo ou proclive a apadrinhamentos e compadrios políticos, pode acudir para compor um quadro que, em sua globalidade, autorize a reconhecer desvio

R

de poder. *Em rigor é o plexo de elementos antecedentes do ato que propicia rastrear seus motivos impulsores, ensanchando que se forme ou não a "convicção moral" sobre seu extravio em relação ao fim.*

3. No caso concreto, o art. 125 e § 1º da Constituição do Estado de São Paulo prescrevem:

Artigo 125 - *O exercício do mandato eletivo por servidor público far-se-á com observância do art. 38 da Constituição Federal.*

§ 1º - *Fica assegurado ao servidor público, eleito para ocupar cargo em sindicato de categoria, o direito de afastar-se de suas funções, durante o tempo em que durar o mandato, recebendo seus vencimentos e vantagens, nos termos da lei.*

De seu turno, a Lei Complementar nº 343 de 06.01.84, em seu artigo 1º estatui que:

Poderão afastar-se para exercer seus mandatos nas entidades de classe representativa de funcionários e servidores do Estado que congreguem, no mínimo, 500 (quinhentos associados), os Presidentes, Secretários Gerais e Tesoureiros dessas entidades que sejam funcionários ou servidores públicos.

Já a letra "c" do § 3º deste artigo dispõe que a Secretaria de Estado ou a entidade autárquica em que estes tenham exercício e os prazos para encaminhamento e decisão sujeitam-se a que no

"prazo máximo de quinze (15) dias os pedidos deverão ser instruídos e encaminhados à Secretaria do Governo, para decisão em igual prazo".

Entre os requisitos para aferição do número de associados, a letra "e" do mesmo artigo 3º determina:

"O número de associados será atestado pelo Presidente da entidade".

DOS FATOS

Pois bem, em 04 de janeiro de 2017, foram protocolados na Procuradoria Geral do Estado de São Paulo os pedidos de afastamento dos procuradores do Estado Derly Barreto e Silva Filho e Marcia Barreta Fernandes Semer, eleitos respectivamente para exercer os mandatos de Presidente e de Secretário Geral do Sindicato de Procuradores do Estado da entidade, no período do 1º de a 31 de janeiro de 2017 a 31 de dezembro de 2018. Também em janeiro de 2017 foi encaminhado ao superintendente do DAEE pedido de afastamento do Procurador de Autarquia José Nuzzi Neto, eleito para exercer, no mesmo período, mandato de Tesoureiro Geral da Entidade.

Os pedidos foram, todos, instruídos com os mesmos documentos, em atenção estrita ao que se preceitua no texto regulamentar.

Após trâmite regular, com passagem pela Autarquia e pela Secretaria de Recursos Hídricos e Saneamento, o processo relativo ao Procurador Autárquico José Nuzzi Neto recebeu decisão favorável do Senhor Secretário do Governo, por decisão publicada no DOE (17/3/17, Poder Executivo, Seção II, p. 3 - Processo SG-138.711/2017). Salienta-se que o pedido foi objeto do Parecer nº 71/2017, da Consultoria Jurídica da Pasta, exarado pela Procuradora do Estado, Dra. Carla Elias Rosa, e aprovado pelo Procurador do Estado Chefe do órgão consultivo, Dr. Marcos Rocha.

Já os processos de interesse do Presidente e do Secretário (GDOC nº 16847-21120/2017 e GDOC nº 16847-21095/2017) não tiveram andamento regular.

Pelo Ofício GPG nº 006/2017, de 10 de janeiro de 2017, a Dra. Silvia Helena Furtado Martins, Procuradora do Estado Chefe de Gabinete, *"de ordem do Procurador Geral"*, solicitou ao Sindiproesp *"o envio de listagem atualizada dos integrantes do Quadro Social"*.

Em atendimento, o Sindiproesp detalhou pelo Ofício nº 008/2017, de 27 de janeiro de 2017, a composição de seu quadro associativo - 419 (quatrocentos e dezenove) Procuradores do Estado, 270 (duzentos e setenta) Procuradores de Autarquia, 60 (sessenta) Advogados de Fundações, 68 (sessenta e oito) Advogados de Universidades e 24 (vinte e quatro) Previdenciários, totalizando 841 (oitocentos e quarenta e um) associados.

Sobreveio, então, o Ofício GPG nº 33/2017, também *"de ordem do Procurador Geral"*, com solicitação de "complementação da informação mencionada no Ofício GPG nº 006/2016, eis que na resposta encaminhada por meio do Ofício nº 008/2017 desse Sindicato, "não houve o envio da listagem atualizada dos integrantes do Quando Social, tendo apenas sido informado o número de associados".

Em resposta, o Sindiproesp esclareceu que atendera "a todas as exigências do art. 3º do Decreto nº 31.170, de 31 de janeiro de 1990, notadamente a constante no § 1º do referido dispositivo normativo - que diz caber ao Presidente da entidade atestar "o número de associados" (Ofício nº 009/2017), de modo que reiterava a solicitação de encaminhamento do processo.

Tendo em vista que, desde a apresentação desse último ofício, em 14 de fevereiro de 2017, até 13 de abril de 2017, não houvera qualquer andamento dos processos, o Sindiproesp protocolou novo Ofício, de nº 25/2017, no Gabinete do Procurador Geral do Estado, novamente insistindo no encaminhamento dos pedidos ao Secretário do Governo. Esse Ofício foi instruído com certidão, expedida pelo 1º Oficial de Registro de Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de São Paulo (serventia em que se encontram depositados todos os atos registraes do Sindiproesp), na qual se atesta "o atual quadro associativo do Sindiproesp, composto de 421 Procuradores do Estado, 270 Procuradores Autárquicos, 67 Procuradores de Universidades, 61 Advogados Fundacionais e 24 Previdenciários". Anota-se que a diferença de dois sindicalizados,

th

em relação ao informado nos requerimentos de afastamentos, decorre de falecimentos, novas filiações e pedidos de desfiliação, ocorrências posteriores à eleição sindical, realizada em 17 de novembro de 2016.

Em 4 de maio de 2017, o Sindiproesp expediu o Ofício nº 28/2017, dirigido ao Governador do Estado (Protocolo 343199/2017), expondo os fatos e pedindo, porque excedidos os prazos legais, que se deferisse o afastamento dos dois dirigentes sindicais. Em 24 de maio do mesmo ano, dois novos ofícios - 30/2017 e 31/2017 - respectivamente ao Governador do Estado e ao Secretário de Governo, a este solicitando a análise e o deferimento dos pedidos de afastamento e àquele com pedido de audiência para tratar dessa matéria (Protocolos 423821/2017 e 429253/2017).

Ante o silêncio, o Sindiproesp encaminhou notícia do fato ao Ministério Público do Trabalho, historiando os fatos e pedindo a intervenção do MPT (423821/2017).

O Promotor encarregado do processo mandou expedir notificação ao Procurador Geral do Estado, para prestar informações - que chegaram, subscritas pelo Procurador Geral do Estado e pelo Procurador Geral Adjunto do Estado, e já foram objeto de manifestação pelo Sindiproesp.

Antes de atender à notificação, o Procurador Geral Adjunto lançou, nos autos do processo de afastamento, manifestação em que concluía, depois de diligência restrita à Secretaria da Fazenda e à SPPrev, que o Sindiproesp

conta com apenas 429 associados - número insuficiente para atender à exigência legal; por isso, fez proposta de indeferimento dos pedidos.

O Procurador Geral do Estado aprovou essa manifestação e encaminhou os autos à Secretaria de Governo, daí a decisão de indeferimento, publicada no DOE do dia 8 p.p. fundada em que não se atendera a requisito legal e regulamentar.

Em 17 de julho de 2017, o Sindiproesp apresentou pedido de reconsideração ao Secretário de Governo, com os seguintes fundamentos: (i) a legislação é clara e incontornável, quando diz competir ao presidente da entidade atestar o número de associados, (ii) o número apresentado pelo Gabinete da PGE desconsidera que parte considerável dos associados do Sindiproesp paga suas mensalidades mediante débito automático, em conta corrente bancária, (iii) com base nos mesmos documentos, e com parecer favorável da CJ da Pasta e aprovação pela Chefia, o Secretário de Governo deferira, em março, o afastamento de outro Diretor.

A exigência de relação nominal de associados inova. Jamais foi feita ao Sindicato, ou a outras entidades, em eleições anteriores, e fornecê-la seria violar a esfera pessoal do sindicalizados.

Ultrapassou-se, e não pouco, o prazo específico de 15 (quinze) dias, estabelecido pelo Decreto nº 31.170/90, e também o prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias

estabelecido pela Lei nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998, em seu art. 33, para a decisão dos requerimentos de qualquer espécie, apresentados à Administração Pública.

O indeferimento baseia-se em manifestação que desconsidera as normas vigentes e faz contagem indevida e incompleta do número de associados.

Há tratamento díspar, pois já se formalizou um afastamento, com base na mesma eleição e nos mesmos documentos comprobatórios, mediante despacho de Secretário de Estado, com suporte em manifestação da própria Procuradoria Geral do Estado.

4. Os fatos descritos revelam “prima facie” indícios claros de desvio de poder. Com efeito, afora o desconhecimento da disciplina regular da matéria, a conduta da autoridade visivelmente discrepa da forma como sempre foi conduzido o assunto e da rápida solução que sempre se lhe deu em atendimento às normas pertinentes e que, inclusive, foi dada no caso do procurador de autarquia José Nuzzi Neto.

Sobremais, faz presumir um inadmissível desconhecimento das maneiras pelas quais se apura de modo completo quem são os inscritos no Sindicato.

Isto posto, à Consulta respondo:

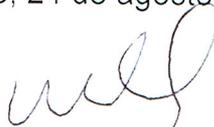
Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO DA PUCSP 13
E PROFESSOR EMÉRITO DA MESMA UNIVERSIDADE

O comportamento da Procuradoria Geral do Estado, no caso vertente, revela atitude inadmissível, merecedora de censura e correspondente sanção, pois nela se traduz a incursão no gravíssimo vício de desvio de poder.

É meu parecer.

São Paulo, 24 de agosto de 2017



CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

OAB/SP: 11.199