



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

fls. 1

Registro: 2014.0000085521

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0154796-95.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante GILBERTO KASSAB, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento, por maioria, vencido o Relator sorteado, que declarará. Acórdão com o 2º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BORELLI THOMAZ (Presidente sem voto), FERRAZ DE ARRUDA, vencedor, SOUZA MEIRELLES, vencido e PEIRETTI DE GODOY.

São Paulo, 12 de fevereiro de 2014.

Ferraz de Arruda
RELATOR DESIGNADO
Assinatura Eletrônica



Agravo de Instrumento: 0154796-95.2013.8.26.0000

Comarca: São Paulo

Juiz: Emílio Migliano Neto

Agravante: Gilberto Kassab (Ex-prefeito do Município de São Paulo)

Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Interessado: Associação Portuguesa de Desportos

VOTO Nº 30.312

AGRAVO DE INSTRUMENTO – ACOLHIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO DE ÁREA PÚBLICA – CONCESSÃO A TÍTULO GRATUÍTO QUE SE DEU COM AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA EM 1996 COM PRAZO DE 99 ANOS – AUSÊNCIA DE CONTRATO DE CONCESSÃO – ALCAIDE QUE NÃO DEU CAUSA À ALEGADA IRREGULARIDADE, MAS QUE ENCAMINHOU PROJETO DE LEI NO SENTIDO DE REGULARIZAÇÃO - DEMORA NA TRAMITAÇÃO DO PROCEDIMENTO QUE NÃO PODE SER IMPOSTA AO ENTÃO PREFEITO MUNICIPAL – INEXISTÊNCIA DE DOLO OU MÁ-FÉ TAMPOUCO IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão que, em sede de ação civil pública, rejeitou as defesas prévias apresentadas e acolheu a petição inicial.

Preliminarmente, o agravante alega impossibilidade de aditamento da inicial e ilegitimidade passiva.

No mérito, sustenta, em síntese, inexistência de ato de improbidade

administrativa, inexistência de dolo ou má-fé em sua conduta, e incompetência do juízo de primeiro grau.

Tempestivo, o recurso foi devidamente processado com o indeferimento do efeito suspensivo.

O MM Juiz prestou informações.

O agravado ofereceu contraminuta e a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela manutenção da decisão.

É o relatório.

Diz a Lei nº 8.429/92 em seu artigo 17, parágrafos:

§ 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias.

§ 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.

Infere-se dos aludidos preceito supratranscritos que a defesa prévia apresentada pelo denunciado não se circunscreve apenas a uma defesa meramente formal ou perfunctória do alegado quando o § 8º é peremptório em assinalar que o juiz pode rejeitar a ação, julgá-la improcedente, ou mesmo da inadequação da via eleita.

Tem-se, portanto, a rigor da lei, que o juiz não pode e nem deve examinar as questões postas na defesa prévia como sendo meras alegações que

podem ser rechaçadas sem um exame maior e mais detido do próprio mérito da acusação já que dispõe a lei, como dito acima, sobre a possibilidade do juiz de plano decretar a improcedência da inicial.

E por que a lei assim dispõe?

Para que o administrador público não fique sujeito a todo o momento a iniciativas judiciais temerárias que possam vir a desestabilizar o próprio andamento e curso das questões que abundam na administração pública, notadamente numa prefeitura complexa como a de São Paulo.

No caso, o ex-prefeito Municipal de São Paulo, Gilberto Kassab, está sendo processado por improbidade administrativa por infração aos artigos 10 e 11, da respectiva lei porque, em resumo, não fez nada para retomar área que pertence ao município e que está sob desfrute da Associação Portuguesa de Desportos há longo tempo. Há longo tempo mesmo porque inclusive existe legislação deferindo a posse da área pela Associação por cem anos!

Mas o que importa para o caso presente é saber por que há improbidade administrativa do prefeito quando o caso já é quase centenário?

Como relata a inicial do Parquet Paulista, em 25 de junho de 2008 (fls. 79):

Em 25 de junho de 2008 o autor encaminhou uma recomendação ao Chefe do Poder Executivo Municipal, ora corrêu, para que determinasse a ultimização do processo administrativo em curso, com a formalização da concessão ou o ajuizamento de ação possessória, dentro do prazo de 60 dias, e o estabelecimento e cumprimento de contrapartidas pecuniárias ou sociais equivalentes enquanto permanecesse o uso pelo clube esportivo (fls. 347, 355/356

e 433/435). A recomendação requisitou a ampla divulgação de seu teor aos subalternos do Alcaide, nos termos da lei de regência. No entanto, até hoje, passados quase 3 anos, essa recomendação restou inútil. Mais que isso, a corré Portuguesa continua usufruindo áreas públicas sem pagar por elas e sem prestar contrapartidas sociais regularmente aprovadas pelo Município.(sic)

Isso significa dizer que o Ministério Público só veio a considerar a existência da improbidade a partir do momento em que “recomendou” providências administrativas que não foram tomadas pela autoridade pública municipal, fato este que marca a indignação do órgão ministerial em não ter sido ouvido em sua recomendação, passados, como ele próprio diz, “três anos” desde então.

Acontece que vige a Lei Municipal nº 12.003/96 que concedeu pelo prazo de 99 anos a concessão de direito real de uso de área municipal, dispondo expressamente esta lei, em seu artigo 1º, o direito de a Associação Portuguesa de Desportos, a título gratuito o uso e gozo da área em questão, lei esta que em momento algum dos autos se tem notícia de sua inconstitucionalidade ou revogação, ainda que outras leis venham a dispor em contrário com respeito ao uso do patrimônio público.

Certo que neste aspecto não deixou o próprio órgão do Ministério Público local de observar que (fls. 83):

No caso das áreas públicas remanescentes (aproximadamente 14.975,15 m²), a irregularidade consiste na falta de contrato de concessão do direito real de uso entre o Município e o clube esportivo, embora haja autorização legislativa desde 1996 para tanto. Conseqüentemente, não foram fixadas as contrapartidas

que, a partir de 2007, em regra, deveriam ser onerosas. Sequer houve a formalização de atos e termos de cessão ou permissão, que independem de autorização legislativa, para regularizar a ocupação dessas áreas.

Cumpre notar que novamente o senhor Promotor de Justiça deixa claro que *“reconhecendo a necessidade de dar cumprimento ao artigo 87 do Plano Diretor Estratégico, o corréu Gilberto Kassab, através do Decreto nº 47.531, de 1º de agosto de 2006, criou uma Comissão com atribuições para estabelecer regras de uso e ocupação das áreas públicas e para a revisão das permissões e das concessões administrativas de uso outorgadas a clubes e associações esportivas profissionais e amadores, mediante contrapartidas sociais obrigatórias e retribuição pecuniária (arts. 1º e 2º), tudo para ser concluído num prazo de 90 dias, prorrogáveis por igual período (art. 6º). No entanto, a criação da referida Comissão não produziu nenhum efeito para as áreas tratadas nesta ação.”* (fls.86/87).

Cumpre também assinalar que (fls. 14): *Tanto o representante do Parquet tinha ciência de que o Prefeito não era o responsável por eventual atraso na tramitação do processo, que encaminhou ofício ao Secretário Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão, em 27.12.2010, solicitando que identificasse os eventuais servidores, agentes públicos, secretários e responsáveis pela tramitação do referido processo, que não estariam agindo de acordo com a presteza necessária.*

Não obstante estes fatos é de se reconhecer que o prefeito acusado de improbidade *“encaminhou à Câmara Municipal de São Paulo o Projeto de Lei nº 219/12, disciplinando novas condições para a permissão e concessão de áreas*

públicas pelos clubes esportivos sociais, quando já havia sido notificado para responder aos termos da ação principal.” (fls.48).

Ora, é evidente que tal fato demonstra a intenção do alcaide municipal de enfrentar a questão, certo que se mostra sem sentido argumentar com a figura processual do atentado para obstar que se processe legislação de interesse do Município, como se esta fosse algo de natureza pessoal que devesse ser trancada para que o prefeito venha a responder pelo delito de improbidade administrativa. Não há juridicidade alguma nessa pretensão se a feitura de lei não busca outra coisa senão atender o interesse público.

Ademais, da simples leitura do artigo 879 e incisos, do Código de Processo Civil, extrai-se a certeza de que não combina a pretensão de atentado com a prerrogativa constitucional, no caso, do prefeito municipal em remeter ao legislativo projeto de lei que vise a atender os reclamos, também no caso, do próprio Ministério Público.

Em outras palavras, incabível o atentado na espécie já que se trata de questão de ordem legislativa que não pode ser suspensa porque existe procedimento judicial a respeito, até porque tal lei em momento algum inovou, modificou ou alterou ilegalmente o estado de fato do processo.

Posto de lado, portanto, a figura do atentado é de se ver que remanesce íntegra a intenção do prefeito municipal em solucionar os reclamos do Ministério Público, afastando-se a alegação de omissão suscitada.

Não se pode perder de vista que a ação de improbidade cuida de responsabilidade subjetiva do administrador de maneira que é necessário que o órgão

acusador estabeleça o nexo subjetivo de causalidade entre o ato supostamente improbo ou ilegal e a consequência punitiva decorrente.

Os elementos de prova documental já existentes nos autos são suficientes para formação da convicção de que não agiu, no caso, o prefeito com improbidade administrativa.

A Administração Pública Municipal, ainda mais a de São Paulo, é uma máquina burocrática de imensa complexidade e que é perfeitamente justificável que funções e responsabilidades administrativas sejam delegadas, não cabendo o alcaide municipal tomar providências que são próprias das repartições burocráticas competentes, sendo certo que em momento algum trouxe o Ministério Público em sua inicial elemento de convicção de que o acusado esteve direta ou efetivamente envolvido na questão no sentido de protelá-la em benefício da entidade esportiva. Como ficou visto acima que – e as provas documentais carreadas aos autos atestam – em momento algum houve a participação direta ou indireta do prefeito no caso.

A Lei de Improbidade Administrativa é de grave aplicação. Não é razoável chamar ao seu comando situações fáticas como a dos autos em que o agente público não tenha participado de fato daquilo que a acusação chama de omissão. É razoável que numa prefeitura da dimensão da de São Paulo, a tramitação de providencias possam levar algum tempo para serem tomadas e que não podem e nem devem se sujeitar a prazos estabelecidos pelo Ministério Público a seu talante passando por cima de emaranhados caminhos burocráticos, sem os quais, todavia, não pode, infelizmente, deles se livrar o administrador público, sob pena de tornar o governo, no caso, municipal, de mera questão de arbítrio do seu chefe máximo, o

prefeito municipal.

Não tenho dúvida alguma em fazer notar que a responsabilidade na Lei de Improbidade Administrativa é de caráter francamente subjetivo e nesse passo é certo que a inicial do Ministério Público não aponta concretamente ato ou omissão do acusado a se patentear a improbidade administrativa buscada.

A jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça caminha célere no sentido de que se exige dolo específico para a caracterização da improbidade, sendo certo que a mera irregularidade ou até mesmo ilegalidade não se positivam como atos de improbidade.

Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DO ADMINISTRADOR AGENTE PÚBLICO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA N.º 07/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA.

(...)

4. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador.

5. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos pelas informações disponíveis no acórdão recorrido.

6. À luz de abalizada doutrina "A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição pune o ato ímprobo com a suspensão e direitos políticos (art. 37, § 4º). A probidade administrativa consiste no dever de o "funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal de outrem a quem queira favorecer". O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada pelo dano ao erário e correspondente a uma vantagem ao ímprobo ou a outrem.(...)" José Affonso da Silva, in Curso de Direito Constitucional Positivo, 24ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, litteris:

(...)

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Pequenas irregularidades administrativas cometidas por membros de comissão de julgamento, in casu, constituída pelos próprios servidores municipais, muitas das vezes carentes de assessoria técnica, não podem ser admitidos como atos de improbidade, principalmente quando vislumbra-se terem os serviços contratados sido desempenhados com satisfação, sem nenhum prejuízo ao erário público, e ter o processo licitatório atendido os requisitos legais. Ademais, as penas previstas na lei 8.429/92 foram feitas para aplicação em endereço certo e não a ermo ou por via oblíqua, pois fere direitos e garantias constitucionais do cidadão. (...)(REsp 807.551/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/09/2007, DJ 05/11/2007, p. 226) (g.n.)

Com efeito, diante do julgamento de mérito, as matérias preliminares suscitadas estão prejudicadas.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso.

FERRAZ DE ARRUDA
Relator Designado