

PESTANA e VILLASBÔAS ARRUDA
ADVOGADOS

EXMO. SR. DESEMBARGADOR – RELATOR DO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2035465-75.2019.8.26.0000 – 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

JOÃO AGRIPINO DA COSTA DORIA JUNIOR, brasileiro, casado, Governador do Estado de São Paulo, portador da Cédula de Identidade RG nº 5.785-800, inscrito no CPF/MF sob o nº 940.628.978-49, residente e domiciliado à Rua Itália, 414, Jardim Europa, São Paulo/SP, nos autos do **AGRAVO DE INSTRUMENTO** acima mencionado, interposto por **RICARDO AMIN ABRAHÃO NACLE**, vem, por seus advogados abaixo assinados (fls. 170 dos autos subjacentes), em atenção ao r. despacho de fls. 272, apresentar a V. Ex^a as anexas

RAZÕES DE AGRAVADO

solicitando se digne determinar sua juntada aos autos, para que produzam os devidos efeitos.

Nestes termos,

P. Deferimento

São Paulo, 06 de Junho de 2019

Maria Clara Villasbôas Arruda
OAB/SP nº 182.081-A

Marcio Pestana
OAB/SP nº 103.297

João Maurício Villasbôas Arruda
OAB/RJ nº 8.953

PESTANA e VILLASBÔAS ARRUDA
ADVOGADOS

**RAZÕES DE AGRAVADO
DE
JOÃO AGRIPINO DA COSTA DÓRIA JUNIOR**

I - DA TEMPESTIVIDADE

O r. despacho de fls. 244, que determinou que o agravado fosse intimado para apresentar contrarrazões foi publicado no DJe de 29 de Maio de 2019.

A contagem do prazo para apresentar as contrarrazões, iniciou-se, portanto, no dia 30 de Maio de 2019, terminando no dia 19 (dezenove) de Junho de 2019 (quarta-feira), face ao disposto nos artigos 1.019, inciso II e 219 do CPC.

Apresentada, nesta data, as razões de agravado são, portanto, tempestivas.

II - RETROSPECTO

O agravante propôs uma ação popular, requerendo (a) “seja deferida a tutela provisória de urgência, a fim de suspender a nomeação de Eduardo Odloak”; (b) “ao fim seja julgado procedente o pedido, a fim de invalidar a nomeação do corréu Eduardo ao cargo de Assessor Especial” (fls. 17).

Para justificar a propositura da ação, alegou o ora agravante que o Eduardo Odloak “jamais poderia ser nomeado para assumir qualquer cargo na Administração Pública, tendo em vista que fora condenado por

PESTANA e VILLASBÔAS ARRUDA
ADVOGADOS

improbidade administrativa, pela 2ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, no âmbito de ação civil pública promovida pelo Ministério Público de São Paulo, nos autos nº 0044477-37.2009.8.26.0053, da lavra do MM Juiz de Direito, Doutor Macedo Sérgio”.

De acordo com o r. decisão de fls. 62/67, a liminar pleiteada foi indeferida, pela douta Juíza Nandra Martins da Silva Machado, da 14ª Vara da Fazenda Pública, em 18.01.2019.

Inconformado, o ora agravante interpôs o presente agravo de instrumento, mas o ilustre Desembargador-Relator Spoladore Dominguez desse E. Tribunal de Justiça, houve por bem indeferir “a pretendida tutela recursal”, por entender que:

Analisando as razões do agravante, bem como a documentação que instruiu o pedido nos autos subjacentes, verifico que não está presente a probabilidade de provimento do recurso, que é requisito necessário à concessão do pretendido efeito ativo (artigo 995, parágrafo único, do CPC).

Com efeito, não se vislumbra a probabilidade de provimento do recurso, na medida em que r. decisão agravada aparenta estar bem fundamentada (..)

Não bastasse, em que pese a alegação de violação ao princípio da moralidade, o agravante não trouxe qualquer circunstância que fundamente a possibilidade de dano concreto grave, cuja reparação seria difícil, a justificar a prematura concessão da tutela pleiteada.” (fls.244/245)

Pelo r. despacho de fls. 272, foram os agravados intimados para se manifestarem sobre o recurso interposto.

III - DO DESPROVIMENTO DO RECURSO INTERPOSTO

PESTANA e VILLASBÔAS ARRUDA
ADVOGADOS

À mingua de melhor argumento, o agravante insiste em repetir as mesmas alegações da inicial, sem nada acrescentar.

(A) DA FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL

Dispõe o art. 1º da Lei nº 4.717, de 29.06.65, que qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de ATOS LESIVOS AO PATRIMÔNIO da União, do Distrito Federal, dos Estados, e dos Municípios, bem como de outras instituições.

Examinando a lei ordinária, na década de 70, ensina Hely Lopes Meirelles¹ que:

“Na conceituação atual, lesivo é todo o ato que desfalca bens ou valores materiais da Administração Pública ou a ela equiparada, bem como o que ofende o patrimônio artístico, cívico, cultural ou histórico da comunidade.” (o grifo não é do original)

A Constituição Federal de 1988 alargou, no entanto, o alcance da ação popular, ao dispor no artigo 5º, inciso LXXIII, que:

“LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência” (o grifo não é do original)

¹ Mandado de Segurança e Ação Popular, Revista dos Tribunais, 1975, 3ª edição, pág. 65

PESTANA e VILLASBÔAS ARRUDA
ADVOGADOS

Todavia, a admissão do sr. Eduardo Odloak, como Assessor Particular do Exmo. Sr. Governador do Estado, não pode ser considerada, de modo algum, um ato lesivo à moralidade administrativa.

Isso porque não consta contra ele qualquer condenação com trânsito em julgado, por improbidade administrativa ou criminal, existindo, conseqüentemente, a seu favor, a presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII da CF).

Sendo assim, o agravante não possui interesse processual (art. 337, XI, do CPC), uma vez que a nomeação do Sr. Eduardo Odloak não importa em ATO LESIVO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO, ou à MORALIDADE ADMINISTRATIVA.

Nossa melhor doutrina esclarece, com propriedade, essa questão.

Humberto Theodoro Junior² ensina que:

“(...) o processo jamais será utilizável como simples instrumento de indagação ou consulta acadêmica. Só o dano ou o perigo de dano ou o perigo de dano jurídico, representado pela efetiva existência de uma lide, é que autoriza o exercício do direito de ação. FALTA INTERESSE, PORTANTO, SE A LIDE NÃO CHEGOU A CONFIGURAR-SE ENTRE AS PARTES, ou se, depois de configurada, desapareceu em razão de qualquer forma de composição válida.” (o grifo não é do original)

Dessa maneira, a ação proposta está fadada ao insucesso, devendo o processo ser extinto sem exame do mérito (art. 485, VI do CPC).

² Curso de Direito Processual Civil, Volume I, Forense, 58ª edição, pág. 164

PESTANA e VILLASBÔAS ARRUDA
ADVOGADOS

(B) DO MÉRITO

Pela r. decisão ora agravada, a ilustre Juíza Nandra Martins da Silva Machado indeferiu a liminar, com indiscutível acerto, acentuando que:

“no caso em tela ainda não se operou o trânsito em julgado da condenação por ato de improbidade administrativa do corréu Eduardo, e assim, permanece o direito de exercer o cargo público para o qual foi nomeado. (fls. 62)

Conforme o art. 20, caput, da Lei Federal n. 8.429/92, a perda de cargo público e a suspensão de direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da decisão de condenação pela prática de ato de improbidade. (fls. 63)

(...)

Em que pese o presente caso seja de nomeação para cargo público e não simplesmente perda do cargo que já ocupava anteriormente ao advento da condenação por prática de ato de improbidade administrativa, reputa-se, ao menos em sede de cognição não exauriente, caber a observância do princípio constitucional da presunção da inocência e, assim, a validade do ato administrativo de nomeação do corréu.” (o grifo não é do original) (fls.64)

Por outro lado, não resta dúvida de que o ato do Governador do Estado de nomeação/designação de seus Assessores decorre de seu poder discricionário, que é concedido pelo direito à Administração Pública para a prática de atos administrativos, com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo, como ensina Hely Lopes Meirelles³.

³ Direito Administrativo Brasileiro, Revista dos Tribunais, 1964, 1ª edição, pág. 66

PESTANA e VILLASBÔAS ARRUDA
ADVOGADOS

Para Celso Antônio Bandeira de Mello⁴, atos discricionários:

“seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles.”

Acrescenta, ainda, o ilustre administrativista⁵ que:

“83. Em suma: discricionariedade é liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal, e pode ser definida como: “A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal”. (o grifo não é do original)

Deve-se levar, em consideração, ainda, a opinião de Marcio Pestana⁶, para quem:

“No exercício da discricionariedade, transita-se, portanto, no chamado mérito administrativo, que se consubstancia no juízo de conveniência e oportunidade que preside o agir do agente público diante de uma situação concreta.” (o grifo não é do original)

Ao tratar, igualmente, do mérito administrativo, Hely Lopes

⁴ Curso de Direito Administrativo, 12ª edição, Malheiros, 2000, pág. 368

⁵ ob. cit., pág. 370

⁶ Marcio Pestana, Direito Administrativo Brasileiro, 3ª edição, Editora Atlas, pág. 257

PESTANA e VILLASBÔAS ARRUDA
ADVOGADOS

Meirelles⁷ acentua que:

“Em tais atos (discricionários), desde que a lei confie à Administração a escolha e valoração dos motivos e do objeto, NÃO CABE AO JUDICIÁRIO REVER OS CRITÉRIOS ADOTADOS PELO ADMINISTRADOR, porque não há padrões de legalidade para aferir essa atuação”. (o grifo não é do original)

Sendo, portanto, discricionário o ato administrativo, não cabe ao Judiciário, em respeito ao princípio da independência dos poderes (art. 2º da CF), rever os critérios adotados pelo Exmo. Sr. Governador do Estado, para escolher e nomear seus Secretários ou Assessores.

Para fundamentar seu pedido, o agravante trouxe à baila a Ação Civil Pública (processo nº 0044477-37.2009.8.26.0053) proposta pelo Ministério Público de São Paulo contra o Sr. Eduardo Odloak.

Entretanto, melhor proveito o agravante não colhe daí, porque a decisão proferida, naquela ação, não transitou em julgado, estando pendentes os recursos especial e extraordinário (doc. nº 01).

Como acentuou a respeito a ilustre Juíza da 14ª Vara de Fazenda Pública, na decisão ora agravada, o artigo 20 da Lei Federal nº 8.429/92 dispõe expressamente que:

“Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.”

Nestas condições, presume-se a inocência do réu.

⁷ ob. citada, pág. 161

PESTANA e VILLASBÔAS ARRUDA
ADVOGADOS

Aliás, a Constituição Federal é peremptória a respeito, dispondo no art. 5º, inciso LVII, que:

“LVII – Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”

Nesse sentido, já se pronunciou esse Egrégio Tribunal de Justiça, merecendo serem citados os seguintes arestos:

(a) “AÇÃO POPULAR – Prefeito que nomeou cidadão, para ocupação de cargo público, mas que este restou condenado em ação civil pública por ato de improbidade administrativa – Pretensão pela anulação do ato administrativo de nomeação ante a ofensa ao princípio da moralidade administrativa, bem como preservar possível lesividade ao patrimônio público – Indeferimento da petição inicial com extinção do processo – Irresignação – Descabimento – Pena de perda da função pública, que se incompatibilizaria com a citada nomeação, só produz seus efeitos após o trânsito em julgado do r. decisório que assim determinou (art. 20, da Lei nº 8.429/92). Inegavelmente elogiável a conduta do Autor que busca a plena observação dos princípios administrativos. Todavia, tal pretensão, segundo se extrai do pedido deduzido na inicial, não evidencia, neste momento, a aparente lesividade, conseqüentemente, inviabiliza o curso do processo. Decisão mantida. Recurso desprovido.”

(TJ-SP 10015903020178260606 SP 1001590-30.2017.8.26.0606, Relator: Des. Danilo Panizza, Data de

PESTANA e VILLASBÔAS ARRUDA
ADVOGADOS

Julgamento: 24/10/2017, 1ª Câmara de Direito Público,
Data de Publicação: 24/10/2017)

(b) “AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação civil pública – Decisão recorrida que deferiu a tutela de urgência para determinar o afastamento do agravante do cargo de Secretário de Governo de Tatuí – Insurgência – Cabimento – Ausente trânsito em julgado da condenação que lhe foi imposta - Medida extrema que deve ser aplicado em situação excepcional – Precedente desta 1ª Câmara de Direito Público – Decisão reformada – Recurso provido.”

(TJSP; Agravo de Instrumento 2042508-34.2017.8.26.0000; Relator (a): Marcos Pimentel Tamassia; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro de Tatuí - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/08/2017; Data de Registro: 31/08/2017)

É importante acentuar, igualmente, que a 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar a apelação nº 0044477-37.2009.8.26.0053, na ação de improbidade administrativa proposta contra Eduardo Odloak, deixou expresso, na ementa do acórdão, que:

“RESSARCIMENTO DE DANO – PRETENSÃO NÃO ACOLHIDA POSTO QUE NÃO COMPROVADA A SUA ECLOSÃO” (fls. 04)

Do corpo do acórdão da lavra da ilustre Desembargadora Ana Lierte, consta passagem da maior importância, na qual ela declara que:

“Entendo que o ressarcimento era mesmo indevido,

PESTANA e VILLASBÔAS ARRUDA
ADVOGADOS

porque EM NENHUM MOMENTO PROCESSUAL RESTOU DEMONSTRADO QUE O REQUERIDO TENHA RECEBIDO QUALQUER QUANTIA OU PROVEITO FINANCEIRO, uma vez que as testemunhas não souberam dizer, se, efetivamente, o réu recebeu algum valor e muito menos presenciaram a entrega de qualquer quantia.” (o grifo não é do original) (doc. nº 02)

Portanto, contra o réu Eduardo Odloak não existe qualquer acusação de ter ele praticado um ato de improbidade administrativa, que tenha importado em enriquecimento ilícito, face ao exercício do cargo (art. 9º da Lei nº 8429/92), nem ele causou lesão ao erário, por ação ou omissão, dolosa ou culposa, que tenha provocado perda patrimonial (art. 10 da Lei nº 8.429/92).

Saliente-se, aliás, que o mesmo Ricardo Amin Nacle propôs uma ação popular contra o Município de São Paulo e Eduardo Odloak, para impedir que ele fosse nomeado para ocupar o cargo de Subprefeito Regional da Sé, do Município de São Paulo, não conseguindo alcançar seu objetivo, como foi mencionado pela ilustre Juíza da 14ª Vara da Fazenda Pública, na decisão agravada.

Curioso é observar que a mesma 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento à apelação nº 0044477-37.2009.8.26.0053, de Eduardo Odloak, na ação de improbidade administrativa, veio, mais adiante, a apreciar o agravo de instrumento nº 0000565-71.2017.8.26.0000 interposto por Ricardo Amin Abraão Nacle, na referida ação popular (Subprefeitura Regional da Sé), tendo a Desembargadora Relatora Ana Liarte afirmado, no seu voto, que:

“O Coagravado EDUARDO ODLOAK foi condenado estritamente às condutas tipificadas no artigo 11 da Lei nº 8.429/1992 - infringência aos princípios da administração pública, conforme exposto no Acórdão de minha

PESTANA e VILLASBÔAS ARRUDA
ADVOGADOS

relatoria, ao qual se deve ater.

Sendo assim, diferentemente do que alega o Agravante [Ricardo Nacle], uma vez apto a ser titular de cargo não eletivo de natureza política, a NOMEAÇÃO DE EDUARDO ODLOAK NÃO ATENTA CONTRA A MORALIDADE ADMINISTRATIVA” (o grifo não é do original) (doc. nº 03)

Caem, assim, por terra todas as alegações do autor.

Mas ele invoca, ainda, o disposto na Lei Complementar nº 64, de 18.05.1990.

Acontece que a mencionada lei trata de matéria eleitoral e nenhuma aplicação tem à hipótese, uma vez que Eduardo Odloak foi admitido na função-atividade de Assessor Particular do Exmo. Sr. Governador do Estado, não sendo candidato a qualquer cargo eletivo.

De qualquer modo, deve-se frisar que, no seu artigo 1º, inciso I, alínea “I”, a Lei Complementar nº 64/1990, estabelece que são inelegíveis, para qualquer cargo, os que forem condenados, em decisão transitada em julgada, “por ATO DOLOSO de improbidade administrativa que importe LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO E ENRIQUECIMENTO ILÍCITO”.

Ora, como já se acentuou, a 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar o Agravo de Instrumento nº 000565-71.2017.8.26.0000, decidiu que a nomeação do réu para o cargo de Subprefeito Regional da Sé “não atenta contra a moralidade administrativa”, estando ele “apto a ser titular de cargo não eletivo de natureza política”. E assim decidiu porque Eduardo Odloak não praticou qualquer ato doloso.

É inaplicável à hipótese, igualmente, pelas mesmas razões acima expostas, a Lei Complementar nº 135, de 04.06.2010 (Lei da Ficha

PESTANA e VILLASBÔAS ARRUDA
ADVOGADOS

Limpa), que se limitou a alterar alguns artigos da Lei Complementar nº 64/1990.

O agravante menciona, ainda, sem maior cuidado, a decisão proferida, na apelação nº 0114770-31.2008.8.26.0000, pela 8ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador João Carlos Garcia.

Ocorre que, na ação popular proposta contra Farid Said Madi e Clayton Gonzales Gomes Coralino por Sérgio Eduardo Pincella, ficou provado que o segundo réu foi condenado por:

“FRAUDE À LICITAÇÃO EM CONLUIO COM O ENTÃO
PREFEITO MUNICIPAL RUY CARLOS GONZALES”
(doc. nº 04)

Na ação proposta pelo Ministério Público contra Eduardo Odloak, nada disso ocorreu. Tanto que, repita-se, a 4ª Câmara de Direito Público, deixou expreso, no acórdão proferido na apelação nº 0044477-37.2009.8.26.0053, que:

“EM NENHUM MOMENTO PROCESSUAL, restou demonstrado que o referido TENHA RECEBIDO QUALQUER QUANTIA OU PROVEITO FINANCEIRO”

O agravante pretendeu, igualmente, tirar partido da decisão proferida, pela eminente juíza da 9ª Vara da Fazenda Pública, na ação Civil Pública proposta contra Ricardo Teixeira – (Processo nº 1008012-70.2013.8.26.0053).

Acontece que o pedido constante daquela ação foi julgado improcedente pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao dar provimento à apelação da Municipalidade de São Paulo e do réu-Ricardo Teixeira (DJe 04.12.2014).

PESTANA e VILLASBÔAS ARRUDA
ADVOGADOS

IV - SÍNTESE

Em resumo, resta provado e demonstrado que:

(a) o agravante não possui interesse processual, porque a designação do Sr. Eduardo Odloak para Assessor Particular do Exmo. Sr. Governador do Estado não implica em ato lesivo ao patrimônio público ou em atentado à moralidade administrativa;

(b) em razão da falta de interesse de agir do agravante, o processo deverá ser extinto sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, inciso VI, do CPC;

(c) o ato do Governador do Estado de nomeação de seus Secretários/ Assessores decorre de seu poder discricionário, que é concedido à Administração Pública para a prática de atos administrativos com liberdade da escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo;

(d) o mérito administrativo se consubstancia no juízo de conveniência e oportunidade que preside o agir do agente público diante de uma situação concreta;

(e) não cabe ao Poder Judiciário rever os critérios adotados pelo Governador do Estado, para escolher e nomear seus Secretários/ Assessores, face ao princípio da independência entre os poderes (art. 2º da CF);

(f) a decisão da 4ª Câmara de Direito Público proferida na apelação cível nº 0044477-37.2009.8.26.0053, não transitou em julgado, estando pendentes de julgamento os recursos especial e extraordinário, presumindo-se, assim, a inocência de Eduardo Odloak (art. 5º, LVII da CF) e mantendo-se íntegro seus direitos políticos, a rigor do art. 20 da Lei nº 8.429/92;

PESTANA e VILLASBÔAS ARRUDA
ADVOGADOS

(g) do acórdão acima mencionado consta que restou demonstrado que Eduardo Odloak não praticou qualquer ato doloso; e,

(h) a jurisprudência desse Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo é mansa e pacífica sobre a matéria, como se pode observar pelas decisões trazidas à colação.

V - PEDIDO

Face ao exposto, requer o agravado que essa Egrégia 13ª Câmara de Direito Público negue provimento ao agravo de instrumento interposto por Ricardo Amin Abrahão Nacle, mantendo-se o indeferimento da “tutela recursal”, uma vez que o agravante não satisfaz o requisito previsto no parágrafo único do art. 995 do CPC.

Requer, ainda, que as intimações para serem válidas e vinculativas sejam feitas, inclusive na imprensa, em nome do Dr. Marcio Pestana, inscrito na OAB/SP sob o nº 103.297 e da Dra. Maria Clara Villasbôas Arruda, inscrita na OAB/SP sob o nº 182.081-A, ambos com escritório à Avenida São Gabriel nº 333 – 18º andar, na Capital do Estado de São Paulo.

Atestam os procuradores do agravado a autenticidade dos documentos anexos à presente, para todos os fins de direito.

São Paulo, 06 de junho de 2019.

Maria Clara Villasbôas Arruda
OAB/SP nº 182.081-A

Marcio Pestana
OAB/SP nº 103.297

João Maurício Villasbôas Arruda
OAB/RJ nº 8.953