



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

**Registro: 2017.0000607332**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação / Reexame Necessário nº 0025495-04.2011.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes GILBERTO KASSAB, PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e JUÍZO EX OFFÍCIO, são apelados ASSOCIAÇÃO PRESERVA SAO PAULO, FABIO RAMOS DE CARVALHO e AURELIO FERNANDEZ MIGUEL.

**ACORDAM**, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do Agravo Retido, negando provimento aos recursos voluntários, ao tempo em que deram provimento ao reexame necessário, por unanimidade. Determinaram, na oportunidade, a expedição de ofício ao Excelentíssimo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, com remessa da cópia do v. acórdão, para as providências que entender cabíveis, à vista de indícios de prática de ato de improbidade por parte do agente político e dos procuradores do Município.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA (Presidente), COIMBRA SCHMIDT E MAGALHÃES COELHO.

São Paulo, 14 de agosto de 2017.

**LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA**

**RELATOR**

**Assinatura Eletrônica**



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

**Voto nº 12411**

Apelação Cível nº 0025495-04.2011.8.26.0053 - Comarca de São Paulo

Apelante: Municipalidade de São Paulo e Gilberto Kassab

Apelado: Aurélio Fernandez Miguel, Fábio Ramos de Carvalho e Associação Preserva São Paulo

**AÇÃO POPULAR** – Prefeito de São Paulo que encaminha à Câmara Municipal Projeto de Lei elaborado com vista à desafetação e venda de área pública, mesmo ciente, formalmente, de que se tratava de bem objeto de processo de tombamento, área na qual havia escolas públicas, creche, biblioteca, teatro, APAE e CAPS, além de árvores de preservação permanente, devidamente identificadas, tudo em desconsideração à regra do art. 11, *caput*, do DL nº 25/37, agindo o Prefeito a pretexto de que dependia da venda para a construção de creches em outros pontos da Cidade – Ato político (iniciativa de lei e sanção) que, no dizer da doutrina, reveste-se da natureza de ato administrativo – Ilicitude e lesividade configuradas – Prova abundante da ocorrência de desvio de finalidade, o que implica a desconsideração dos efeitos concretos da lei sancionada, a qual, diante do mau uso da competência do Chefe do Executivo, não pode investir contra a situação jurídica subjetiva dos administrados, titulares de interesses coletivos que não se submetem ao ato viciado – Condenação do réu ao ressarcimento dos prejuízos decorrentes do ato administrativo (iniciativa e sanção), bem como ao pagamento das custas, despesas e honorários advocatícios – Agravo Retido não conhecido, recursos voluntários improvidos e reexame necessário provido.

Vistos, etc.

Cuida-se de Ação Popular, ajuizada por Aurélio Fernandez Miguel, então vereador em São Paulo, em face de Gilberto Kassab, ex-prefeito da Capital, na qual pede o autor a sustação liminar



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

dos efeitos da Lei nº 15.397/11 – de iniciativa do então Chefe do Executivo, ora réu – que desafetou área situada entre a Av. Horácio Lafer e as Ruas Salvador Cardoso, Cojuba e Lopes Neto, no bairro do Itaim Bibi, conhecida como “Quarteirão Cultural do Itaim Bibi”, argumentando o requerente no sentido de que a tramitação do respectivo Projeto de Lei deu-se de maneira irregular, porquanto, abrigando o local três escolas públicas (EMEI Tide Setubal, Centro Educacional Infantil Santa Tereza de Jesus e EE Prof. Ceciliano José Ennes), além de uma APAE, sem contar biblioteca e teatro, haveria a Câmara Municipal de observar o que dispõe a regra dos artigos 7º, parágrafo único, e 41, XI, ambos da Lei Orgânica do Município, que exige a convocação de duas audiências públicas durante a tramitação de projetos de lei que versem sobre “atenção relativa à Criança e ao Adolescente”. Aduz ainda que tramita processo administrativo de tombamento relativo à área em questão, pelo que impossível desafetá-la, revelando-se contrário ao interesse público, ademais, o objetivo de transferi-la à iniciativa privada, não só porque nela há escolas, creche, biblioteca municipal, teatro, Unidade Básica de Saúde, além de uma unidade da APAE e um Centro de Atenção Psicossocial, mas também porque, para construir creches na periferia – propósito que o legislador municipal diz perseguir –, a Municipalidade tem dinheiro em caixa, razão por qual a venda do “Quarteirão Cultural do Itaim Bibi” não atende ao interesse público, mas sim à especulação imobiliária. Em remate, argumenta dizendo que parte do imóvel é de propriedade do Estado de São Paulo, que realizou permuta com a Municipalidade, em 1994, objeto de protocolo de intenções. Pede, por fim, que se reconheça a ilegalidade na tramitação do referido Projeto de Lei, com a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

condenação dos “agentes públicos” (*sic*) à restituição das despesas decorrentes da tramitação ilícita do Projeto, desde o “preparativo”, quantia a ser apurada em liquidação de sentença.

O magistrado determinou a inclusão da Municipalidade de São Paulo no polo passivo, na condição de litisconsorte necessária (fls. 81), admitindo, ainda, o ingresso de Fábio Ramos de Carvalho no polo ativo da ação, como litisconsorte facultativo (fls. 455). Ademais disto, admitiu a “Associação Preserva São Paulo”, na condição de *amicus curiae*, à vista da repercussão social da questão discutida nos autos (fls. 1129).

Há agravo retido, interposto pelo Ministério Público, no qual pede a inversão do ônus da prova a fim de que seja atribuído aos réus o ônus de comprovar a existência de interesse público, necessidade e pertinência da desafetação, tanto quanto a falta de recursos orçamentários para a construção de creches em outras regiões da Cidade, a justificar o emprego do dinheiro correspondente à venda dos imóveis localizados no “Quarteirão Cultural” (fls. 1370).

Afastadas as preliminares, foi a ação julgada parcialmente procedente, por entender o magistrado que a tramitação da Lei nº 15.397/11 deu-se de maneira irregular, porquanto realizada em afronta ao que dispõem a Lei Orgânica do Município, no artigo 41, e o Estatuto da Cidade, no artigo 43, os quais preveem a realização de consulta à população – por meio de debates e audiências – no caso de projeto de lei que verse sobre atenção relativa à criança e ao adolescente.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

Consignou o magistrado, na oportunidade, que a existência de uma creche e duas escolas, além de uma biblioteca e uma UBS, no “Quarteirão Cultural”, interfere diretamente com o interesse de crianças e adolescentes, e também com o direito à saúde e à educação, garantido pela Constituição Federal, prerrogativas que seriam violadas com a desafetação e conseqüente transferência do imóvel à iniciativa privada. Afastou, entretanto, o pedido de reparação ao erário, por entender não demonstrada a má-fé na tramitação e aprovação da Lei, ao tempo em que condenou os requeridos no pagamento das custas e despesas processuais, fixando os honorários advocatícios no valor de R\$ 1.500,00, em relação a cada réu.

Em sede de apelação, Gilberto Kassab suscita, preliminarmente, a inadequação da via eleita, tanto quanto a ilegitimidade passiva. Argumenta, ainda, com falta de condição da ação, porquanto inexistente lesão ao erário. No mérito, aduz que a realização de audiência pública não é imperativa, no caso em exame, pois o Projeto de Lei nº 271/11, que resultou na edição da Lei Municipal nº 15.397/11, visava à desafetação de área pública, não dispondo diretamente sobre qualquer assunto relativo à criança ou ao adolescente, ressaltando ainda que, necessária, por hipótese, a realização de audiências, caberia à Câmara Municipal convocá-las, e não ao Prefeito, conforme dispõe o artigo 41 da lei Orgânica do Município. Alega também que a Municipalidade tem o domínio exclusivo do bem, a despeito da existência de um protocolo de intenções firmado com o Governo do Estado de São Paulo, ao qual não se deu seguimento. Acrescenta que a existência do tombamento, por ora provisório, não



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

afasta a possibilidade de alienação do bem público dominical, previamente desafetado do uso especial, impedindo apenas que o particular adquirente o descaracterize. Por fim, afirma a existência de interesse público na venda do “Quarteirão Cultural”, política urbanística inserida no programa de Desmobilização de Ativos da Prefeitura, cujo objetivo é a redução do déficit de vagas na área da educação pré-escolar.

Apela também a Municipalidade, sustentando a legalidade da tramitação do Projeto de Lei, haja vista que a realização de audiência pública é facultativa, pois o regime democrático brasileiro é representativo. Argumenta também com a possibilidade de alienação de bem público tombado ou em processo de tombamento, não se podendo confundir a impossibilidade de descaracterização do bem tombado com a impossibilidade de venda de um bem que, passando à categoria dominical, revela-se inalienável. Por fim, aduz que não cabe ao Judiciário avaliar a existência ou não de interesse público, o que afrontaria o princípio da separação dos poderes.

A *Associação Preserva São Paulo* apresentou contrarrazões, nas quais busca a confirmação da r. sentença.

Há reexame necessário.

O parecer da Douta Procuradoria de Justiça, favorável à manutenção da r. sentença, encontra-se a fls. 1619 a 1621.

**É o relatório.**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

Aplica-se ao presente recurso o regime do Código de Processo Civil de 1973, considerando a data em que foi proferida a r.sentença, consignando-se que, como não houve apelação do Ministério Público, o qual, nestas circunstâncias, deixou de postular a apreciação do Agravo Retido, dele não se conhecerá.

Ausente apelação do autor popular, do litisconsorte necessário e do Ministério Público, que atuava como *custos legis*. De qualquer forma, há reexame necessário, mesmo na hipótese de parcial procedência (STJ, REsp. nº 189.328-sp, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU 1.7.2002, p. 219).

Diga-se que a prova da condição de cidadão, necessária à propositura da ação popular, acha-se consubstanciada no documento produzido pela Câmara Municipal, cuja cópia está a fls. 43 a 47, o qual o autor popular assina na condição de vereador da Câmara Municipal de São Paulo. E o pressuposto da elegibilidade é, precisamente, o alistamento eleitoral (artigo 14, § 4º, da Constituição Federal).

Passa-se agora ao exame das questões preliminares.

A Lei Municipal nº 15.397/11, ao transformar bem público de uso especial em dominical, autorizando a venda, diante da desafetação, não se revela norma geral e abstrata, mas sim lei de efeitos individual e concreto, havendo de se considerar, para responder positivamente à indagação acerca da possibilidade de desconstituição de



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

ato legislativo por via de ação judicial, a existência de consequências imediatas da sua atuação, hipótese na qual se estaria diante de "lei" somente no sentido formal, visto que equiparada, do ponto de vista material, a um ato administrativo (Hely Lopes Meirelles, *Ação popular*, atualização feita por Arnaldo Wald, *in* Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*, 35ª ed, SP, Malheiros, 2.010, p. 186).

E essa é a doutrina majoritária, como se retira da competente resenha feita por Milton Flaks. De fato, isolada se mostra a posição defendida por Alfredo Buzaid, Carlos Maximiliano, Themístocles Cavalcanti, Bueno Vidigal e Sergio Fadel, segundo a qual somente depois de um ato executório da autoridade, com base na lei questionada, é que se há de falar em controle jurisdicional. Numa posição mais liberal encontram-se Pontes Miranda, Sergio de Andrea Ferreira, Cândido de Oliveira Neto e Reginaldo Nunes, para os quais basta, simplesmente, que a tese da lei venha a representar ameaça ao direito do jurisdicionado para justificar a atuação jurisdicional, o que, para os dois últimos, aplica-se até mesmo ao momento da tramitação legislativa. Numa posição intermediária estão Castro Neves, Seabra Fagundes, Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald, Celso Agrícola Barbi, Cretella Júnior, Othon Sidou e Arruda Alvim, segundo os quais só a lei de efeito concreto autoriza a atuação jurisdicional (Milton Flaks, *Mandado de Segurança: pressupostos da impetração*, RJ, Forense, 1980, p. 153 e 154).

É certo que as considerações de Milton Flaks, tanto



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

quanto a dos autores por ele citados, põem-se na esfera do mandado de segurança. Mas elas também valem, por tudo e em tudo, para a ação popular constitucional, pois o sistema de controle dos atos da Administração Pública, que interfere com a tutela dos interesses homogêneos, tem vasos comunicantes (a propósito, ver José Marcelo Menezes Vigliar, *Ação Civil Pública*, 5ª ed., SP, Atlas, p. 23 e 24).

E a questão toca, precisamente, na primeira preliminar suscitada pelo réu, ora apelante, vale dizer, o aspecto relativo à adequação da via eleita, cabendo esclarecer, a propósito, que, enquanto o mandado de segurança visa à proteção de direito líquido e certo, diante de lesão ou ameaça de lesão, configurada na prática de ato ilegal ou abuso de autoridade pública de agente que lhe faça as vezes, a ação popular constitucional tem espectro mais amplo, voltado à defesa dos interesses difusos ligados à moralidade, eficiência e probidade administrativa, além da tutela do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII, da CF).

E a Constituição Federal, traçando o novo perfil da ação popular, não exige mais que o ato seja ilegal e lesivo, substituindo a aditiva pela alternativa, ilegal, **ou** lesivo (a propósito, v. Lucia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, 7ª ed., SP, Malheiros, 2004, p.419). Com isto, vê-se afastada a segunda preliminar.

O que se busca, na presente ação, outra coisa não é senão o reconhecimento da *lesividade* do Projeto de Lei, a final aprovado e sancionado, que investe contra o patrimônio histórico,



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

cultural e ambiental da Cidade, a par do reconhecimento da *ilegalidade*, diante do desvio de finalidade do ato. E a anulação desses atos lesivos, mesmo na doutrina anterior à formulação da tutela dos interesses difusos e coletivos, faz-se tanto por meio de mandado de segurança como de ação popular (Celso A. Barbi, *Do mandado de segurança*, 4<sup>a</sup> ed., RJ, Forense, p. 92).

A propósito da lesividade, há entendimento, na Suprema Corte, no sentido de que o prejuízo autorizador do ajuizamento de ação popular “não está restrito ao prejuízo material aos cofres públicos”, podendo advir, por exemplo, “da aprovação de projeto de lei municipal permitindo a edificação de motéis em área residencial, no interesse de um restrito grupo de pessoas” (Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar Mendes, ob. cit., p. 178). *Mutatis mutandis*, o que se verifica no presente caso é a aprovação de lei que sacrifica bens públicos cujo valor cultural não pode ser desprezado.

Tanto a posição liberal quanto a intermediária alinham-se no sentido de que a atividade jurisdicional, mesmo nos casos de controle difuso de constitucionalidade, não implica a anulação da lei, buscando apenas subtrair o autor da demanda dos efeitos da lei questionada (Celso A. Barbi, ob. cit., p. 150 e 151), cabendo transcrever, a propósito, a lição de Rui Barbosa, citada por Celso Agrícola Barbi:

“(…) Que a ação não tenha por objeto diretamente o ato inconstitucional do Poder Legislativo, ou Executivo, mas se refira à inconstitucionalidade dele apenas como fundamento, e não como alvo do “libelo.” (...) “que a decisão se



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

circunscreva ao caso em litígio, não decretando em tese a nulificação do ato increpado, mas subtraindo simplesmente à sua autoridade a espécie em questão”.

E partindo das considerações de Rui Barbosa, Celso Agrícola Barbi assim esclarece:

“Sob a influência da lição do grande constitucionalista, haurida do direito norte-americano, fixou-se entre nós o princípio de que a finalidade da demanda nunca poderia ser a anulação da lei inconstitucional, mas sim a proteção de um direito subjetivo. Se o ato lesivo ofendia diretamente a Constituição ou se, mesmo baseado em lei ordinária, esta era constitucional, negava-se, no caso concreto, aplicação à lei ou ao ato. A lei, porém, continuava a vigorar. À luz desses conceitos, surgiu a afirmação, corrente nos livros e nas decisões judiciais, de que não pode haver ação contra *lei em tese*. Consagrou-se, assim, o sistema de declaração de inconstitucionalidade em exceção, oposto ao dos países em que o objeto da ação é anular a lei e que se denomina sistema de declaração da inconstitucionalidade por via de ação” (Rui Barbosa, *Comentários à Constituição Federal do Brasil*, coligidos e ordenados por Homero Pires, 1933, *opud* Celso A. Barbi, ob. citada, p. 144).

No mesmo sentido, também citando a lição de Rui Barbosa é a orientação de Castro Nunes, para quem a lei, em boa técnica, não é declarada nula. Anula-se o ato de execução da lei. Anular uma lei é função legislativa. Sentenças não podem anular leis. “O que se dá é o abandono da lei contraventora e a sujeição do caso *sub judice* ao direito legal (Castro Nunes, *Do mandado de segurança*, 8ª ed., RJ, Forense, 1980, p. 286 e 287).

No caso presente, não se trata de reconhecer vício de procedimento, porquanto isto interfere com a declaração da



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

inconstitucionalidade da lei, mas de admitir que a iniciativa do projeto de lei, a despeito de participar do processo legislativo, é ato administrativo, praticado no exercício de competência do Chefe do Executivo, do qual resultaram efeitos concretos capazes de lesar direitos dos jurisdicionados. Enfim, como não se está cogitando de controle jurisdicional de lei em tese, vencida se encontra a posição, que se encontra na doutrina e jurisprudência antigas (Ulderico Pires dos Santos, *O mandado de segurança na doutrina e na jurisprudência*, 3ª ed., RJ, Forense, 1985, p. 93), no sentido de que tampouco caberia o controle do ato que a sanciona.

Entre os autores mais recentes, cabe citar a lição do saudoso – e grande publicista brasileiro – Celso Ribeiro Bastos, segundo a qual há atos normativos que, a despeito da forma legal, veiculam, na realidade, atos administrativos, vale dizer, uma medida produtora de efeitos concretos, como é o caso da lei que decreta a utilidade pública de um imóvel, revelando-se apto, portanto, a lesar ou ameaçar direitos subjetivos (Celso Bastos, *Do mandado de segurança*, 2ª ed., SP, Saraiva, 1982, p. 41 a 44).

Igualmente, Regis Fernandes de Oliveira, tratando dos atos políticos, leciona dizendo que nada justifica, no Estado de Direito, a distinção entre *atos de governo* em oposição aos *atos administrativos*, de forma que inconcebível se mostra uma atuação extrajurídica ou suprajurídica do Estado, não se havendo de invocar, à guisa de diferenciá-los, a existência de motivos políticos, subjacentes aos atos de governo, pois o mais simples ato administrativo, igualmente,



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

tem conteúdo político. Por tal motivo, segundo Zanobini, citado pelo administrativista, o ato político é, antes de tudo, ato administrativo, sujeito ao controle de legalidade, naquilo que o ato administrativo a este também se submete (Regis Fernandes de Oliveira, *Ato Administrativo*, 5ª ed., SP, RT, 2007, p. 36 a 41).

Feitas tais considerações, é forçoso reconhecer, afastando a terceira preliminar, que o ex-Prefeito da Capital, que encaminhou o Projeto de Lei nº 271/11 à Câmara Municipal, sancionando-o, ao final, é parte legítima para figurar no polo passivo da ação popular constitucional; e isto sob duplo fundamento, pois teria agido com manifesto desvio de finalidade e, por fim, porque aprovou, vale dizer, confirmou, por meio de sanção, a lei votada, a toque de caixa, pelo Legislativo, diploma normativo que se revelou não só lesivo ao patrimônio histórico, cultural e ambiental da Cidade, como também contrário às disposições dos artigos 7º, parágrafo único, e 41, XI, da Lei Orgânica do Município. É o que se passará a expor.

A Municipalidade de São Paulo, que tem domínio exclusivo sobre o bem em questão – pois o protocolo de intenções, firmado com o Governo do Estado de São Paulo, em 1990 (fls. 153 a 157), não foi levado a termo, como se vê do documento a fls. 150 a 152, produzido em 1996, do qual se retira que a propriedade continua sendo integralmente do Município, que cedeu ao Estado apenas o uso, a título precário –, por vontade do então Prefeito, deliberou desafetar a área correspondente ao chamado “Quarteirão Cultural do Itam-Bibi”,



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

passando-a da condição de bem de uso especial para a categoria de bem dominical.

É certo que os bens públicos de uso especial (na hipótese concreta, há equipamentos públicos instalados em parte do imóvel que constitui o chamado “Quarteirão Cultural do Itaim-Bibi”, desenvolvendo-se, na parte restante, atividades comunitárias) são inalienáveis apenas enquanto conservarem essa qualificação (art. 100 do Código Civil), de forma que, desafetados à destinação pública, a lei poderá também autorizar a venda.

Mas razoável se mostra interpretação – que, de resto, já fizemos ao apreciar o primeiro agravo interposto pela Municipalidade – no sentido de que, a despeito da possibilidade de desafetação da destinação originária, os bens de uso especial, diante da sua natureza, são, pelo menos a princípio, inalienáveis. Em outras palavras, é da *essência* do conceito a inalienabilidade, não importando aqui, quando se trata do aspecto ontológico (“natureza das coisas”, para repetir os termos do artigo 11 do Decreto-lei nº 25/37), aquilo que é contingente, singular (possibilidade de desafetação).

Cumprido dizer que nem sempre foi assim. A classificação que já se encontrava na regra do artigo 66 do Código Civil de 1916, remonta ao Direito Romano, no qual os bens públicos dividiam-se em *res communes* e *res publico usui destinatae*, o equivalente, na classificação do Código Civil brasileiro, desde 1916, a bens de uso comum do povo; *res universitatum*, o equivalente, no nosso



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

Direito, aos bens de uso especial; *res in pecúnia populi*, que seriam, atualmente, os bens dominicais, vale dizer, os que, por compor o patrimônio público, podem ser alienados. Para a maior parte da doutrina, a regra é a inalienabilidade dos bens públicos, que pode ser revogada, por lei especial, desde que tenham perdido a utilidade ou necessidade pública (desafetação). Há quem pense de outra forma. JM de Carvalho Santos sustenta que “verdadeira inalienabilidade não existe senão quando esta é inerente à própria coisa, vale dizer, a inalienabilidade do domínio público se liga ao fato de ser a coisa destinada ao uso público”. Para ele, contudo, “a dominialidade não depende da natureza da coisa, e sim da atribuição da lei; não é uma destinação necessária, mas uma atitude artificial (Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. II, 7ª ed., RJ, Freitas Bastos, 1958, p. 143).

Todavia, a legislação especial dá um tratamento particular à questão. De fato, o Decreto-Lei nº 25, de 30/11/37 – que tem força de lei, expressão da vertente nacionalista do Governo Vargas –, diz que qualquer coisa tombada, quer pertença à União, aos Estados ou ao Município, é, “por natureza”, inalienável, só podendo ser transferida entre as pessoas jurídicas de direito público interno (art. 11, *caput*).

Veja-se que, embora, para Carvalho Santos, não se possa cogitar de uma inalienabilidade *in rem ipsa*, como característica que não se destaca da coisa, por ser inerente a ela própria, fato é que ele



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

mesmo admite que, dispondo a lei no sentido de que o bem não pode ser alienado, assim será por vontade do legislador, que trata de “atitude artificial”.

No caso presente, sobreleva observar que não só o legislador dispôs no sentido de que as coisas tombadas, independentemente de sua categoria (bens de uso comum do povo; bens de uso especial; bens dominicais) são inalienáveis, como também frisou que assim o são “por natureza”, donde resulta o caráter essencial da inalienabilidade, tal qual se acentuou no julgamento do AI nº 0214757-35.2011.8.26.000, pouco importando o que é contingente, vale dizer, a possibilidade de desafetação, de destinação de uma classe a outra de bens públicos.

E foi precisamente desse prisma que o julgamento de primeira instância interpretou a regra do artigo 11 do Decreto-Lei Federal nº 25, de 30/11/37, havendo de se acrescentar que o tombamento provisório, de fato, tem efeitos que se equiparam àqueles decorrentes do tombamento definitivo, como se retira da conjugação da regra dos artigos 10 e 17, havendo de se compreender que, quando o Decreto-Lei diz que “as coisas tombadas não poderão, em caso nenhum, ser destruídas”, sem estabelecer distinção entre tombamento provisório ou definitivo, está se referindo a ambos, mesmo porque, quando o diploma legal quis ser específico, ele o fez, tal como se vê na regra do artigo 13.

E não se revela remota a possibilidade de que, para



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

contornar a limitação administrativa advinda do tombamento, a alguém pudesse interessar a alienação do bem público, invocando, precisamente, a norma do artigo 100 e 101, ambos do Código Civil (que, por ser lei geral, objetamos nós, não se sobrepõe, contudo, à regulação do DL 25/37, lei especial, valendo citar, a propósito, o princípio da velha jurisprudência romana segundo o qual *lex posterior generalis non derogat priori speciali*). Com isto, facultar-se-ia ao administrado a fruição de um direito de que, em outras circunstâncias, tratando-se de imóvel pertencente a particular, ele não desfrutaria, pois ao tempo, vigia a restrição imposta pelo artigo 22 do Decreto-Lei nº 25/37, consistente no direito de preferência das pessoas de direito público na aquisição de bens particulares tombados, regra esta que somente foi revogada pela Lei Federal nº 13.105/15.

Tudo isso já se apontou ao tempo do julgamento do AI nº 0214757-35.2011.8.26.0000, a sugerir a existência de desvio de finalidade do ato administrativo (iniciativa do Projeto de Lei), mormente quando se observa que, já realizado o tombamento provisório, com notificação das autoridades competentes (art. 10 do DF nº 25/37), mais particularmente, do então Prefeito, ora réu, o que se deu em 23/5/11 (fls. 38), tratou o Chefe do Executivo de encaminhar à Câmara Municipal de São Paulo a iniciativa do Projeto de Lei (que recebeu o nº 271/11), o qual dispunha sobre a desafetação de toda a área municipal conhecida como “Quarteirão Cultural do Itaim-Bibi” e, ao mesmo tempo, autorizava a alienação do bem mediante concorrência (fls. 22). E o fez mesmo sabedor de que o tombamento provisório, por



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

si só, já implicava a impossibilidade de alteração do bem (arts. 14, 134, § 1º, e 142, par. único, todos do D.E. nº 13.426 e art. 17 do DF nº 25/37).

Não satisfeito, inteirando-se da repercussão do ato administrativo na imprensa, nas mídias e na própria comunidade, que se mobilizou em torno da preservação do patrimônio público (fls. 704; 709 a 713; 718; 965 a 984; 985 a 993; 998 a 1017; 1087 a 1127), cuja expressão histórica, cultural e ambiental foi objeto de alentados estudos (fls. 594 a 603; 776 a 962), o ex-Prefeito, ora réu, solicitou à Câmara Municipal que a tramitação do Projeto de Lei nº 271/11 se desse em regime de urgência, “considerada a importância da matéria nele contida”, incumbindo a *JHSF Incorporações S/A* de elaborar o projeto básico de que trata o artigo 6º, IX, da Lei Federal nº 8.666/93, o artigo 21 da Lei Federal nº 8.987/95 e o artigo 1º do Decreto Municipal nº 51.397/10, tudo a toque de caixa. Diga-se que nem mesmo a instauração de inquérito civil, que se deu em janeiro de 2011 (fls. 1049 a 1050), demoveu o ex-Prefeito, ora réu, do propósito de alienar o “Quartirão Cultural do Itaim-Bibi”, avaliado em 230 milhões, na época dos fatos (fls. 345).

E a prova indiciária de que havia muitos interesses particulares envolvidos na proposta de lei e na sua rápida tramitação é exuberante, havendo de se frisar – o que é muitas vezes alvo de polêmicas estéreis, sobretudo na exploração midiática que se faz de matérias relacionadas ao Direito, alvo do comentário de neófitos – que



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

indícios são prova (art. 239 do CPP), não impressionando o fato de se invocar aqui regra contida na lei adjetiva penal, porque a norma tem como fonte a teoria geral da prova, como se retira de autores clássicos como Carlos Martinez Silva (*Tratado de las pruebas judiciales*), Leo Rosemberg (*La carga de la prueba*), Micheli (*La carga de la prueba*), Eduardo Bonnier (*Tratado de las pruebas em Derecho Civil*) e, por último, Francesco Carnelutti (*La prueba civil*).

A falar em favor da existência de farta prova indiciária está o inegável interesse da *JHFS Incorporações* na área conhecida como “Quarteirão Cultural do Itaim-Bibi”, contratada que fora para elaborar o projeto básico (fls. 697 a 700), Construtora que já ergueu um imponente prédio, denominado *Vitra*, precisamente ao lado (fls. 569 a 573), circulando pela imprensa a notícia de que o próprio Secretário de Desenvolvimento Econômico e do Trabalho, diretamente envolvido no projeto urbanístico objeto da iniciativa do Prefeito (de que resultou a LM nº 15.397/11) comprara imóveis da supramencionada Incorporadora e Construtora, empresa em que trabalha a filha (fls. 359).

Há também rumores envolvendo espúrias relações entre os vereadores da Câmara Municipal, que trataram de discutir e votar o Projeto de Lei nº 271/11 em regime de urgência, com o segmento do mercado imobiliário (fls. 1418 a 1427 e 1433 a 1441).

E não impressionou a nenhum deles, Prefeito, Secretário, Vereadores, o fato de existir, no local, dezenas de espécies arbóreas, devidamente identificadas e catalogadas pelo Instituto de



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

Biociências da USP (fls. 594 a 603 e 644 a 647), a praticamente inviabilizar o projeto imobiliário resultante da alienação do “Quarteirão Cultural do Itaim-Bibi”, pois o remanejamento das árvores, praticamente centenárias, como indicam as máximas da experiência, é impossível, revelando-se ilícito o corte. Aliás, nem projeto de impacto de remanejamento havia, preocupando-se o então Prefeito, é claro, com a quantia que resultaria da venda do bem público.

A participação do Secretário e dos Vereadores na negociação que se pretendia levar a termo, por si só, não é indicativo de litisconsórcio necessário. Tudo sinaliza no sentido de que também poderiam responder pelos fatos descritos na inicial – diante, sobretudo, da sobeja prova que foi se acumulando nos autos –, mas a falta da integração do polo passivo não implica dizer que vedada seria a condenação do ex-Prefeito. Afinal, o réu sancionou, vale dizer, confirmou o mal feito.

Postas as coisas nestes termos, impõe-se a análise de questões que interferem com o argumento da Municipalidade, a deixar muito claro o desvio de finalidade na iniciativa do Projeto de Lei. Segundo notícia da imprensa, não infirmada pelo réu, a Prefeitura tinha em caixa, no mês de julho de 2011, 10,07 bilhões, que representavam 28,28% do orçamento a ser executado em 2011 (993, 990 e 991). Mais que isto, não se revelaria remota a possibilidade de o comprador do imóvel pagar o respectivo preço mediante precatório (adquirido, através de cessão de direitos, por valor muito inferior ao de rosto, como é



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

usual). Enfim, o adquirente do imóvel ganharia duas vezes: primeiramente, diante da oportunidade de comprar uma área, extremamente valorizada, que, se pertencente a particular, teria de ser oferecida, em igualdade de condições, ao poder público e, em segundo lugar, por pagar o preço com poucos recursos (em termos relativos).

Não bastasse, vale mencionar o alerta do Desembargador Venicio Salles, então Coordenador da Diretoria de Execução de Precatórios, no sentido de que, à vista do passivo da Municipalidade, decorrente de precatórios, e ausente a comprovação de efetivas condições de liquidá-lo no prazo da moratória concedida pela Emenda Constitucional nº 62, de 11/11/09, temerária revelar-se-ia a alienação do Quarteirão Cultural do Itaim-Bibi, haja vista que os credores judiciais teriam preferência constitucional na aquisição conforme a regra do artigo 97, § 1º, I, do ADCT (fls. 702 e 703).

Enfim, não se trata de imiscuir-se na análise da conveniência e oportunidade do ato administrativo. Admitindo-se que a contrapartida envolvida na licitação fosse mesmo vantajosa do ponto de vista social e financeiro (como tenta fazer crer a Secretaria de Desenvolvimento Econômico e do Trabalho, a fls. 1055 a 1058), mesmo assim, nada justificaria a desconsideração do impacto de remanejamento de dezenas de árvores centenárias, a desativação de uma tradicional biblioteca, de uma escola de educação infantil, de uma escola de ensino fundamental, creche, UBS, APAE, de um Centro de Atenção Psicossocial (CAPS) e, ainda, a ameaça de violação da norma



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

do art. 97, § 1º, I, do ADCT, à consideração de que a alienação da área, com o seu conseqüente desmonte, seria imprescindível à construção de creches em regiões mesmo privilegiadas da Cidade, com baixo Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), como se argumenta a fls. 1055 a 1056, pois todas as premissas enunciadas são absolutamente falsas.

Primeiramente, dependesse, realmente, a construção de creches nos arrabaldes da desativação daqueles serviços, desenvolvidos na área de propriedade do Município, ainda se poderia considerar a argumentação do Chefe do Executivo. Fato é que uma coisa nada tem a ver com a outra. A Municipalidade tinha recursos de sobra para investir inclusive em outros projetos (fls. 358, 989, 990, 1142, 1431 e 1432), de sorte que não dependia da alienação de valioso quarteirão, situado numa das regiões mais nobres do País (alvo de intensa especulação imobiliária, como bem sabia o réu, formado em Engenharia Civil e em Economia, ex-corretor de imóveis em São Paulo) para atender a demandas por creches que poderia ser suprida até mesmo por meio de convênio (fls. 344).

O que se vê, na ação política do então Chefe do Executivo, é o exercício da retórica no pior sentido, que parte de argumentos especiosos, na base de dicotomias maniqueístas (*pobres versus ricos*; *periferia versus centro*; *miséria versus opulência*; *carestia versus abundância*), para justificar um projeto de poder que não guarda a mais remota relação com o interesse público, maniqueísmo próprio da semântica empobrecida de alguns dos atuais partidos que se rotulam “de



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

esquerda”, da qual se apropriam as agremiações de centro e de direita, quando lhes convém.

Isto denuncia uma estratégia de esvaziamento das proposições éticas em nome da própria ética, expediente retórico do qual já nos falava Max Horkheimer, em *Eclipse da razão*. A crítica volta-se contra um “heroico individualismo metafísico” com que os agentes do poder buscam neutralizar os estragos produzidos pela razão instrumental, falando sempre em nome de interesses superiores, da solidariedade, do bem comum, e outras arengas mais, quando o que importa é o dinheiro, a realização de projetos próprios e de objetivos muitas vezes inconfessáveis.

Aliás, não é a primeira vez que o patrimônio público paulistano desperta a cobiça do mercado imobiliário. No final da gestão da então Prefeita Marta Suplicy, Estado e Município compuseram-se para a permuta de uma área de 10 mil metros quadrados (onde se encontra instalada a EE Martin Francisco, em região nobre da Cidade de São Paulo) com um terreno quarenta vezes maior, situado na periferia, de propriedade de certa incorporadora, a pretexto de que lá, nos arrabaldes, seria desenvolvido um projeto habitacional para a população de baixa renda. O fato, objeto de processo que tramita na 8ª Vara da Fazenda Pública da Capital, ocorreu no apagar das luzes de 2004, nos últimos dias do mês de dezembro, quando se findava a administração da Prefeita. A escritura pública, como consta dos respectivos autos, mais precisamente do depoimento de uma



TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

Procuradora do Município, foi lavrada na casa da então Chefe do Executivo, no dia 29 de dezembro, durante a noite. Na gestão seguinte, coube ao Secretário dos Negócios Jurídicos, Luiz Antonio Marrey, revogar o ato administrativo, prosseguindo o feito, entretanto, diante da imputação relativa à prática de improbidade administrativa.

Enfim, quando o assunto é dinheiro, todos passam a falar a mesma linguagem, direita e esquerda, conservadores e liberais, progressistas e reacionários. O que os une nem sempre é o propalado interesse público, mas um certo pragmatismo, como se vê agora, em tempos de “Lava-Jato”. E, caracterizado o desvio de finalidade do ato administrativo – na base de exuberante prova indiciária, existente nos presentes autos –, não há como fechar os olhos para a evidência, tampouco deixar de reconhecer a ausência do pressuposto de validade teleológico do ato administrativo, vale dizer, do objetivo inerente à categoria do ato, na autorizada lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*, 24<sup>a</sup> ed., SP, Malheiros, 2007, p. 381, 393 e 394).

A ser assim, se a causa enunciada na edição do ato (motivação) – no caso em exame, a imprescindibilidade da venda para a realização de recursos necessários ao oferecimento de creches à população carente – não corresponde ao que se passa no mundo fenomênico (motivo), o ato administrativo vê-se irremediavelmente tisonado por vício de origem, pois o agente, fazendo mau uso da sua competência, invoca razão de fato inexistente para a prática do ato,



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

motivo determinante que, em verdade, inexistente.

A situação jurídica acima mencionada equivale a desvio de poder, que implica a nulidade do ato administrativo, pois, ao invocar causa inexistente, dando ao ato uma roupagem que o legitimaria, atua o agente com manifesto desvio de finalidade, finalidade esta que é pressuposto teleológico ao ato, vinculado, sempre e sempre, ao interesse público.

Enfim, os efeitos da sanção ao Projeto de Lei nº 271/11 não podem atuar de molde a investir contra a situação jurídica em que estão investidos os paulistanos, titulares de interesses coletivos flagrantemente violados pelo desvio de finalidade do ato político, que outra coisa não é – na dicção da doutrina – senão um ato administrativo, viciado desde a origem, no caso.

Desse ponto de vista, desnecessário argumentar com o vício na tramitação do Projeto de Lei (ausência da participação popular prevista na regra do artigo 180, II, da Constituição Estadual, que obriga o Município, por força da norma dos artigos 29, *caput*, e XII, da Constituição Federal; desconsideração da regra dos arts. 2º, II, XIII, 4º, III, f, e § 3º, 27, § 2º, 33, VII, 4º, § 4º, 42, III, 43 a 45, 52, VI, todos da Lei Federal nº 10.257/01, disposições estas que atendem à norma do artigo 1º da Constituição Federal; violação da disposição dos artigos 7º, parágrafo único e 41, XI, ambos da Lei Orgânica do Município e da norma do artigo 2º, VIII, 3º, I, ambos da Lei Federal nº 9.784/99, dentre outras previsões normativas pertinentes, invocadas pelo autor, pelo



TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

*amicus curae*, pelo litisconsorte e pela Douta Procuradoria de Justiça).

De fato, a gênese da invalidação do ato reside no motivo de sua edição, no mau uso da competência do Prefeito, na contaminação do ato por interesses manifestamente alheios à finalidade pública, tudo como demonstrado até aqui.

Está comprovado nos autos que a edição do ato administrativo implicou despesa ao erário. Há notícia de que os gastos com a realização do projeto básico serão suportados, a final, pelo vencedor da futura licitação. Diz a JHSF, a sua vez, que nada despendeu a Municipalidade (fls. 697 a 700).

Todavia, as coisas não se passam exatamente assim, cabendo salientar que, nos termos no artigo 21 da LF 8987/95, caberá àquele que for contratado, por força da licitação, o *ressarcimento* dos gastos decorrentes do projeto básico, expressão que pressupõe pagamento prévio por parte do contratante do serviço. É certo que, segundo o Decreto Federal nº 5.977/06, poderá o interessado na realização do projeto apresentá-lo por liberalidade, sem qualquer custo para o poder público. Isto depende, contudo, de autorização, fato que não está devidamente comprovado nos autos. Enfim, tratar-se-á, oportunamente, de fazer liquidação na forma do procedimento comum (art. 509, II, do CPC), antiga “liquidação por artigos”.

Ademais, a Procuradoria Geral do Município assumiu a defesa do réu, que outorgou procuração a Procuradores do



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

Município, a fls. 137, o que foi alvo de acendradas críticas do Ministério Público (fls. 566). De fato, não se confundem *advocacia pública* e *advocacia exercida em favor do agente público*. Findo o mandato, o ex-Prefeito tratou de outorgar procuração a um escritório de advocacia, renunciando à outorga os Procuradores do Município que atuavam na defesa do réu (fls. 1135). O fato haverá de ser levado na devida conta, haja vista que se insere no espectro “das despesas decorrentes de tramitação ilícita do projeto”, circunscrevendo-se, portanto, nos limites do pedido. Sob outro ângulo, há de se observar a norma do artigo 462 do *CPC de 73* (ao qual corresponde o atual art. 493), sendo desnecessário invocar, no caso, a regra do artigo 322, § 2º, do Código de Processo Civil, fruto da orientação, que já se formara no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que certos pleitos, ainda que não expressos na inicial, hão de ser considerados no momento da decisão, porque decorrem ou são pressuposto do pedido. Trata-se, neste particular, de proceder à liquidação por arbitramento, na forma do artigo 509, I, do Código de Processo Civil, levando em conta a natureza e a complexidade da causa, o trabalho realizado e o tempo exigido para a consecução.

Ademais disto, os estudos desenvolvidos na elaboração do Projeto de Lei, que envolveram a Secretaria de Desenvolvimento Econômico e do Trabalho, a Secretaria Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão, a Secretaria Municipal dos Negócios Jurídicos e, particularmente, no âmbito dela, a Procuradoria Geral do Município, implicaram gastos (inclusive no concernente aos



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

honorários advocatícios, que haveriam de ser pagos se o réu tivesse de contratar um advogado para sua defesa em juízo).

Trata-se de levar em conta o valor dos vencimentos de cada servidor (dos diversos segmentos da Administração Pública Municipal) envolvido nos trabalhos de elaboração e materialização do Projeto de Lei nº 271/11, dividindo-o pelo número de horas de efetivo trabalho do servidor no mês, resultado este que haverá de ser multiplicado pelo número de horas empregadas no trabalho de elaboração e/ou materialização do Projeto de Lei. A liquidação far-se-á na forma do artigo 509, II, do Código de Processo Civil.

Enfim, é certo que a r.sentença se limitou a reconhecer vício formal na edição da Lei Municipal nº 15.397/11, ao que declarou a nulidade dela. Todavia, por força do reexame necessário, cuida-se de acolher também o pedido de “restituição aos cofres públicos municipais das despesas decorrentes da tramitação ilícita do projeto”, que haverá de ser feita por Gilberto Kassab, na forma acima exposta, condenando-se o réu à devolução dos valores despendidos na realização dos trabalhos desenvolvidos com vista à elaboração do Projeto de Lei nº 271/11, e em decorrência dele, a serem apurados em liquidação (art. 509, I e II, do CPC), incidentes correção monetária desde o fato, na base da Tabela Prática, e juros de mora de 1% ao mês (art. 406 do CC) desde a citação (art. 405 do CC), não incidindo, nestes termos, a vedação prevista na Súmula 45 do Superior Tribunal de Justiça.

Arcará o réu com o pagamento das custas, despesas



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

processuais e honorários advocatícios, cujo percentual será oportunamente fixado, à vista da regra do artigo 85, § 3º, II do Código de Processo Civil.

Isto posto, deixo de conhecer do agravo retido, negando provimento aos recursos voluntários e dando provimento ao reexame necessário.

Para fins de acesso aos Egrégios Tribunais Superiores, ficam expressamente pré-questionados todos os artigos legais e constitucionais mencionados pelos litigantes.

**LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA**  
**Relator**