

PESTANA e VILLASBÔAS ARRUDA  
ADVOGADOS

**EXMO. SR. DESEMBARGADOR – RELATOR DO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2003257-38.2019.8.26.0000 – 9ª 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, no **AGRAVO DE INSTRUMENTO** acima mencionado, em que é agravado, sendo agravante **RICARDO AMIN ABRAHÃO NACLE**, vem, por seus advogados abaixo assinados (fls.866 do processo subjacente), em atenção ao r. despacho de fls. 54, apresentar a V. Ex<sup>ª</sup> as anexas

**RAZÕES DE AGRAVADO**

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

Nestes termos,

P. Deferimento

São Paulo, 14 de Junho de 2109

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. 54, que determinou que o agravado fosse intimado para apresentar contrarrazões, foi publicado no DJe de 03 de Junho de 2019.

A contagem do prazo para apresentar as contrarrazões, iniciou-se, portanto, no dia 04 de Junho de 2019, terminando no dia 25 (vinte e cinco) de Junho de 2019, 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) a “concessão de tutela provisória de urgência, a fim de impedir que o corréu sr. Gilberto Kassab seja nomeado para qualquer cargo público no Estado de São Paulo”; e (b) “ao fim, seja julgado procedente o pedido, a fim de impedir a nomeação do corréu Sr. Gilberto Kassab para qualquer cargo na administração pública estadual”.

Alegou o agravante, para justificar a propositura da ação, que

PESTANA e VILLASBÔAS ARRUDA  
ADVOGADOS

o Sr. Gilberto Kassab figura como demandado em ação cível de improbidade administrativa promovida pelo Ministério Público de São Paulo (autos nº 1061823-03.2017.8.26.0053, 9ª Vara da Fazenda Pública), razão pela qual não atende às condições necessárias para “o exercício dos cargos comissionados”.

Pela r. decisão de fls.799, da ação popular, a liminar foi indeferida, pelo MM. Juiz da Vara de Plantão, em 21.12.2018.

Inconformado, o ora agravante interpôs o presente agravo de instrumento nº 2003257-38.2019.8.26.0000, mas não obteve êxito na sua pretensão porque essa Egrégia 9ª Câmara de Direito Público não apreciou seu pedido (fls. 28).

Dessa maneira, nada impediu que o Sr. Gilberto Kassab fosse nomeado Secretário- Chefe da Casa Civil, pelo Exmo. Sr. Governador do Estado, pelo Decreto 1, de 1º de Janeiro de 2019 (doc. nº 01).

Agora, pelo r. despacho de fls. 54, foram os agravados intimados para se manifestarem sobre o recurso interposto.

### **III - DO DESPROVIMENTO DO RECURSO INTERPOSTO**

À mingua de melhor argumento, o agravante insiste em repetir as mesmas alegações da sua 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

PESTANA e VILLASBÔAS ARRUDA  
ADVOGADOS

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 Meirelles<sup>1</sup> 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)

Sendo assim, é indiscutível que o agravante não possui interesse processual (art. 337, XI, do CPC), uma vez que a nomeação do Sr. Gilberto Kassab para o cargo de Secretário-Chefe da Casa Civil não importa em ATO LESIVO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO ou à MORALIDADE ADMINISTRATIVA.

Mas não é só!

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

PESTANA e VILLASBÔAS ARRUDA  
ADVOGADOS

O agravante é carecedor de ação, também, porque, no caso, houve PERDA DO OBJETO.

De fato, o Ricardo Nacle pretendeu, na inicial, IMPEDIR que o Sr. Gilberto Kassab fosse “nomeado para qualquer cargo na administração pública estadual”.

Como essa nomeação veio a efetivar-se, para o cargo de Secretário-Chefe da Casa Civil, não há menor dúvida de o agravante perdeu o interesse processual.

Em seu recurso, todavia, insiste, Ricardo Nacle, em sustentar que seu interesse processual não foi esvaziado pela nomeação que não foi impedida, e o posterior afastamento do Sr. Gilberto Kassab.

Pretende ele, “diante de tais fatos supervenientes (posse e afastamento), a cassação dos efeitos do Decreto que o nomeou como Secretário-Chefe da Casa Civil”.

Ora, essa pretensão não tem o menor cabimento, porque não constou do pedido da inicial, face ao disposto no artigo 329 do CPC, que estabelece que:

Art. 329. O autor poderá:

I - até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu;

II – Omissis”

Como, na hipótese, o agravado já foi citado e contestou a ação popular, é evidente que o ora agravante não poderá alterar seu pedido inicial.

PESTANA e VILLASBÔAS ARRUDA  
ADVOGADOS

Dessa maneira, não há dúvida de que o presente agravo de instrumento perdeu o objeto e o processo da ação popular deverá ser extinto sem resolução do mérito, de acordo com o disposto no art. 485, VI do CPC.

Admitindo, simplesmente para argumentar, que sua preliminar não seja acolhida, no mérito melhor sorte não assiste ao Autor.

**(B) - NO MÉRITO**

Na decisão que indeferiu a liminar, o MM Juiz da Vara de Plantão enfatizou, com propriedade, que:

*“a simples investigação policial em desfavor do corréu Gilberto Kassab, até mesmo em função da incidência do princípio da presunção de inocência, não determina reconhecer a afronta a qualquer princípio que rege a Administração Pública; notadamente o da moralidade administrativa. Em sendo assim, a sua indicação e futura nomeação não pode ser barrada ou impedida nesta fase”.*

De fato, o ato do Governador do Estado de nomeação de seus Secretários 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 Meirelles<sup>2</sup>.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>3</sup>, atos discricionários:

*“seriam os que a Administração pratica com certa*

<sup>2</sup> Direito Administrativo Brasileiro, Revista dos Tribunais, 1964, 1ª edição, pág. 66

<sup>3</sup> Curso de Direito Administrativo, 12ª edição, Malheiros, 2000, pág. 368

PESTANA e VILLASBÔAS ARRUDA  
ADVOGADOS

*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 administrativista<sup>4</sup> 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)*

Leciona Marcio Pestana<sup>5</sup> que:

*“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 Meirelles<sup>6</sup> acentua que:

*“Em tais atos (discricionários), desde que a lei confie à Administração a escolha e valoração dos motivos*

<sup>4</sup> ob. cit., pág. 370

<sup>5</sup> Marcio Pestana, Direito Administrativo Brasileiro, 3ª edição, Editora Atlas, pág. 257

<sup>6</sup> ob. citada, pág. 161

PESTANA e VILLASBÔAS ARRUDA  
ADVOGADOS

*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 separação dos poderes (art. 2º da CF), rever os critérios adotados pelo Exmo. Sr. Governador do Estado, para escolher e nomear seus Secretários.

Para fundamentar seu pedido, o agravante trouxe à baila a Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa (Processo nº 1061823-03.2017.8.26.0053) proposta pelo Ministério Público de São Paulo contra o Sr. Gilberto Kassab.

Todavia, melhor proveito o agravante Ricardo Amin Abrahão Nacle não colhe daí, porque o réu daquela ação apresentou substancial defesa prévia, na qual asseverou, a título de “ementa argumentativa” que:

*“Ação proposta com fundamento exclusivo em relatos unilaterais de colaboradores. Inexistência de qualquer elemento idôneo de corroboração – Necessidade de prova idônea e de fonte diversa (inexistentes no presente caso) para conferir a mínima credibilidade às alegações. Depoimentos contraditórios e frágeis. Inexistência de comprovação de ação de improbidade administrativa”. (o grifo não é do original) (doc. nº 02)*

Mais adiante, em sua defesa, afirma o Sr. Gilberto Kassab



PESTANA e VILLASBÔAS ARRUDA  
ADVOGADOS

que:

*“O art. 4º, p 16 da Lei nº 12.850/13 dispõe que  
“nenhuma sentença condenatória será preferida  
com fundamento apenas nas declarações de agente  
colaborador”.*

Cita ele, ainda, voto proferido pelo Ministro Dias Toffoli do  
Supremo Tribunal Federal, no Inquérito nº 3.994/DF, no sentido de que:

*“Todavia, os depoimentos de colaborador premiado,  
sem outras provas idôneas de colaboração, não se  
revestem de densidade suficiente para rastrear um  
juízo positivo de admissibilidade da acusação, o  
qual exige a presença do fumus comissi delicti (...)  
Se nenhuma sentença condenatória será proferida  
com fundamento apenas nas declarações de agente  
colaborador” (art. 4º, p. 16, da Lei nº 12.850/13) é  
lícito concluir que essas declarações, por si só, não  
autorizam a formulação de um juízo de  
probabilidade de condenação e, por via de  
consequência, não permitem um juízo positivo de  
admissibilidade da acusação” (o grifo não é do  
original)*

No final de sua defesa, o Sr. Gilberto Kassab requer, no  
mérito:

*“a improcedência da ação de improbidade,  
sobretudo pela narrativa da exordial fundamentar-  
se, exclusivamente, no relato unilateral dos  
colaboradores, sem qualquer prova idônea e de  
fonte diversa que corrobore tal versão, nos termos*

PESTANA e VILLASBÔAS ARRUDA  
ADVOGADOS

*do item 3". (o grifo não é do original)*

Saliente-se que a ação proposta contra o Sr. Gilberto Kassab ainda não foi julgada, estando em andamento na 9ª Vara da Fazenda Pública do Estado de São Paulo (doc. nº 03).

Inexistindo, portanto, qualquer condenação por improbidade administrativa ou criminal, presume-se a inocência do réu.

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”*

Harmonizando-se com o texto constitucional, a Resolução nº 156, de 08.08.2012, do Conselho Nacional de Justiça (doc. nº 04), estabelece, em seu art. 1º, que:

*“Art. 1º. Fica proibida a designação para função de confiança ou a nomeação para cargo em comissão, incluídos os de natureza especial, de PESSOA QUE TENHA SIDO CONDENADA EM DECISÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO OU PROFERIDA POR ÓRGÃO JURISDICIONAL COLEGIADO, nos seguintes casos:*

*I – ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.*

*(o grifo não é do original)*

Verifica-se, assim, que o Sr. Gilberto Kassab estava e está apto a ser nomeado para o cargo em comissão de Secretário-Chefe da Casa Civil, pelo Exmo. Sr. Governador do Estado, uma vez que não pesa contra ele qualquer condenação, muito menos com trânsito em julgado.

PESTANA e VILLASBÔAS ARRUDA  
ADVOGADOS

Acrescente-se que, na Ação Popular proposta por Renato de Oliveira Zucoloto contra os mesmos réus (proc. nº 1039171-54.2018.8.26.0506), visando impedir a nomeação do Sr. Gilberto Kassab para ocupar o cargo de Secretário-Chefe da Casa Civil, a Ilustre Juíza Carmen Cristina Fernandez Teijeiro e Oliveira, da 5ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital, indeferiu a liminar pretendida, por entender que:

*“o cargo para o qual o corréu Gilberto Kassab será nomeado é de confiança, provido por meio de livre nomeação, ou seja, de escolha privativa do Governador do Estado, descabendo, assim, qualquer interferência do Poder Judiciário, que não esteja diretamente relacionada aos requisitos previstos em Lei. E, neste aspecto, segundo o teor da inicial, verifica-se que o corréu Gilberto Kassab não ostenta condenação por improbidade administrativa, nem tampouco condenação criminal, inexistindo, assim, impedimento legal para que venha a assumir o cargo” (o grifo não é do original) (doc. nº 05)*

A título de ilustração, acentue-se que o mesmo Ricardo Amin Abrahão Nacle propôs mais uma ação popular contra a Fazenda do Estado de São Paulo (sic), João Agripino da Costa Doria Junior e Eduardo Odloak (Processo nº 1001487-62.2019.8.26.0053), para impedir que o último fosse nomeado para ocupar o cargo de Assessor Particular do Governador do Estado.

Como era de se esperar, a ilustre Juíza da 14ª Vara de Fazenda Pública Nandra Martins da Silva Machado indeferiu a liminar, por entender que, no caso, “não se operou o trânsito em julgado da condenação por ato de improbidade administrativa do corréu Eduardo, e assim, permanece

**PESTANA e VILLASBÔAS ARRUDA**  
ADVOGADOS

o direito de exercer o cargo público para o qual foi nomeado.” (doc. nº 06).

Em sua decisão, a ilustre magistrada, acima mencionada, invocou (a) o art. 20, caput, da Lei Federal nº 8.429/92, que dispõe que “a perda do 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”; (b) o acórdão da 13ª Câmara de Direito Público do TJESP, no agravo de instrumento nº 2042508-34.2017.8.26.0000, v.u., Rel. Desembargador Marcos Pimentel Tamassia, j. em 29.08.2017 (doc. nº 07); e (c) o acórdão da 4ª Câmara de Direito Público do TJESP, no agravo de instrumento nº 0000565-71.2017.8.26.0000, v. u., Relatora Des. Ana Liarte, em 19.03.18 (doc. nº 08).

Importante observar que a decisão, da 4ª Câmara de Direito Público do TJESP no agravo de instrumento nº 0000565-71.2017.8.26.0000, acima mencionado, negou provimento ao recurso de Ricardo Amin Abrahão Nacle contra a r. decisão que indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela, na ação popular em que ele pleiteava a suspensão da nomeação de Eduardo Odloak para o cargo de Subprefeito Regional da Sé do Município de São Paulo.

### III - SÍNTESE

Em resumo, pode-se dizer que:

(a) o agravante não possui interesse processual, porque a nomeação do Sr. Gilberto Kassab para o cargo de Secretário-Chefe da Casa Civil não implica em ato lesivo ao patrimônio público, nem à moralidade administrativa;

(b) o presente agravo de instrumento perdeu o objeto, uma vez que o Sr. Gilberto Kassab já foi nomeado Secretário-Chefe da Casa Civil,

PESTANA e VILLASBÔAS ARRUDA  
ADVOGADOS

pelo Decreto 1, de 01.01.2019;

(c) em razão da falta de interesse de agir do agravante, e da perda de objeto, a ação popular deverá ser extinta, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, inciso VI, do CPC;

(d) o ato do Governador do Estado de nomeação de seus Secretários decorre de seu poder discricionário, que é concedido à Administração Pública para a prática de atos administrativos com liberdade da escolha de sua conveniência (Hely. ob. cit.);

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

(f) não cabe ao Poder Judiciário rever os critérios adotados pelo Governador do Estado, para escolher e nomear seus Secretários, face ao disposto no art. 2º da Constituição Federal;

(g) nenhuma das ações civis públicas propostas contra o Sr. Gilberto Kassab têm decisão transitada em julgado, presumindo-se, assim, sua inocência (art. 5º, inciso LVII da CF); e,

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

#### **IV - PEDIDO**

Face ao exposto, requer o agravado que essa Egrégia 9ª Câmara de Direito Público negue provimento ao agravo de instrumento interposto por Ricardo Amin Abrahão Nacle, mantendo-se o indeferimento da

PESTANA e VILLASBÔAS ARRUDA  
ADVOGADOS

tutela de urgência.

Requer, ainda, que as intimações para serem válidas 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, de acordo com o disposto no artigo 272, §§ 2º e 5º do CPC.

Para todos os fins de direito, atestam os procuradores do agravado a autenticidade dos documentos juntos à presente.

Nestes termos, pedindo a juntada da presente, para que produza os devidos efeitos legais,

P. Deferimento

São Paulo, 14 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

RELAÇÃO  
DOS DOCUMENTOS ANEXOS  
ÀS RAZÕES DE AGRAVADO

1. Decreto de Nomeação do Sr. Gilberto Kassab;
2. Defesa Prévia do Sr. Gilberto Kassab, na ação civil pública de improbidade administrativa (Proc. nº 1061823-03.2017.8.26.0053);
3. Print de andamento do processo acima referido;
4. Resolução nº 156, de 08.08.2012, do Conselho Nacional de Justiça;
5. Decisão da Juíza da 5ª Vara da Fazenda Pública, da Comarca da Capital, na ação popular proposta por Renato de Oliveira Zucoloto (Proc. nº 1039171-54.2018.8.26.0506);
6. Decisão da Juíza da 14ª Vara da Fazenda Pública, da Comarca da Capital, na ação popular, processo nº 1001487-62.2019.8.26.0053;
7. Acórdão da 13ª Câmara de Direito Público do TJESP, no agravo de instrumento nº 2042508-34.2017.8.26.0000;
8. Acórdão da 4ª Câmara de Direito Público do TJESP, no agravo de instrumento nº 0000565-71.2017.8.26.0000.