



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2017.0000397771

DECISÃO MONOCRÁTICA

Agravo de Instrumento Processo nº **2099054-12.2017.8.26.0000**

Relator(a): **Maurício Fiorito**

Órgão Julgador: **3ª Câmara de Direito Público**

DECISÃO MONOCRÁTICA N. 12286 (Processo Digital)

Agravo de Instrumento nº **2099054-12.2017.8.26.0000**

Agravante: **Fazenda do Estado de São Paulo**

Agravado: **Ministério Público do Estado de São Paulo**

Comarca: **São Paulo**

Juiz de 1ª Instância: **Simone Gomes Rodrigues Casoretti**

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO** contra decisão interlocutória do Juízo da 9ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo (e-fls. 44/45), nos autos da TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE visando futura Ação Civil Pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

O recurso é tirado de decisão que deferiu a liminar para proteção do valor artístico e cultural da Banda Sinfônica do Estado de São Paulo (BDESP), determinando que FESP *se abstenha de qualquer ato tendente a extinguir a referida Banda, bem como adotar medidas necessárias à sua preservação e promoção*, no prazo de dez (10) dias, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A agravante pretende a reforma da decisão agravada, sustentando, em síntese, que não houve desmantelamento da BSESP, mas apenas modificação de gerência, adaptada a novos tempos de sérias restrições orçamentárias, do que resulta ato discricionário e plenamente ao alcance do Executivo, sem contar a inadequação do tratamento de definitividade pretendido pelo ora AGRAVADO.

Entende que inexistente fundamento legal a exigir a manutenção perpétua da Banda Sinfônica, tampouco a assegurar sua presença em chamamentos públicos relacionados aos demais objetos culturais constantes da **Resolução SC nº 002/2017**. E que se revela ao contrário, dano reverso, pois se encontra em andamento a contratação de **Organização Social** já nos moldes da nova gestão e adequação ao novo orçamento, que o status atual não comporta.

Com efeito, a suspensão do procedimento até decisão final do processo judicial cria um verdadeiro hiato na condução do objeto contratual, pois esse lapso avança para além do período do contrato em vigor (com término previsto para abril deste ano), impedindo a continuidade do corpo técnico e administrativo, por falta de suporte à sua manutenção, bem como às atividades administrativas e funcionais, que permanecerão paralisadas em prejuízo do mesmo interesse que aqui se pretende tutelar.

Requer a **concessão de efeito suspensivo**, com antecipação de tutela recursal para revogar a tutela antecipada.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

É O RELATÓRIO

FUNDAMENTO

Trata-se na origem de TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE visando futura Ação Civil Pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO de modo a impor ao ESTADO DE SÃO PAULO que não pratique qualquer outro ato incompatível com tal declaração, bem como que adote todas as providências necessárias à preservação e promoção do valor imaterial da BSESP.

O juiz *a quo* deferiu a liminar no sentido de determinar que FESP *se abstenha de qualquer ato tendente a extinguir a referida Banda, bem como adotar medidas necessárias à sua preservação e promoção*, no prazo de dez (10) dias, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Insurge-se a FESP contra a decisão proferida pelo juízo monocrático ao deferir a liminar pleiteada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo.

Analizados os autos, verifica-se que na realidade a TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE deve ser julgada extinta, diante da falta de interesse de agir qualificada na modalidade adequação.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Nota-se que na decisão agravada, entendeu o juiz da causa que a Banda já não havia sido incluída na Convocação Pública **Resolução SC no. 002, de 24 de janeiro de 2017**, destinada à substituição do Contrato de Gestão no. 08/11.

De fato, encontra-se sob minha relatoria, nos autos do Agravo de Instrumento nº 2049097-42.2017.8.26.0000, a discussão envolvendo a referida Resolução n. 002/2017, oriunda dos autos da Ação Popular n. 1006656-98.2017.8.26.0053 que tramita perante a 16ª Vara da fazenda Pública da Comarca de São Paulo.

Conforme consta na inicial da ação popular, o autor-popular sustenta supostas violações aos princípios administrativos [da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da eficiência]; ocorrido no curso processo promovido pela Secretaria de Cultura do Estado de São Paulo, com o objetivo de selecionar Organização Social para a gestão dos seguintes equipamentos culturais, em razão de:

- i) Jazz Sinfônica;
- ii) Theatro São Pedro;
- iii) Orquestra do Theatro São Pedro;
- iv) *Apoio a grupos musicais estáveis no Estado de São Paulo*;
- v) Teatro Caetano de Campos;
- vi) Centro Cultural de Estudos Superiores Authos Pagano;
- vii) Produção do Prêmio Governador do Estado de São Paulo,

Pois bem. Ao que tudo indica, no *item iv acima reproduzido*, segundo a decisão agravada, não estaria inclusa a Banda Sinfônica do Estado



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de São Paulo (BSESP), entendendo o Ministério Público do Estado de São Paulo, ora agravado, que referida banda teria sido, na prática, extinta.

Na realidade, a própria agravada expressamente noticiou nos autos principais que por meio do Contrato de Gestão nº 08/2011 (Processo SC/SPDOC nº 131849/2011), ficava a cargo do “Instituto Pensarte” o fomento e a operacionalização da gestão e execução da BSESP, além da elaboração e implementação das ações culturais correlatas, sendo que pelo Termo de Aditamento nº 08, o contrato teve vigência até dezembro de 2016.

Já em Janeiro de 2017, foi publicada a Convocação Pública Res. SC nº 002/2017, que não incluiu a BSESP em sua gestão, enquanto que a apresentação de propostas, enfim, deveria ser apresentada até fevereiro de 2017.

Ao seu tempo, quando da sua peça de defesa nos autos da TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE, procurou defender a FESP que ocorreu, sim, modificação na gestão administrativa, para que fosse adaptada ao novo cenário econômico-financeiro do Estado, diante da crise nacional e da revisão orçamentária a que estão sujeitos atualmente todos os segmentos públicos.

Neste sentido, esclareceu, ainda a FESP, que se optou ao invés de manter um corpo permanente é por demais custosos, com apresentações esporádicas e desproporcionalmente custosas; ***que se efetuasse o pagamento***



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

por cachê, ou seja, por apresentação, tornando a modelagem mais eficiente e menos onerosa aos cofres públicos.

Importante salientar, que ao Poder Judiciário não cabe se imiscuir no mérito administrativo, sobre pena de afronta ao princípio da separação dos poderes.

In casu, observa-se que não há como determinar que FESP se abstenha de qualquer ato tendente a extinguir a referida Banda, bem como adotar medidas necessárias à sua preservação e promoção, sob pena de multa diária.

Com isso, não pode o Poder Judiciário obrigar o Estado de São Paulo a tal providência, conforme o pedido inicial, por se tratar de ato típico do Poder Executivo, caracterizado pela discricionariedade no âmbito de suas decisões.

Caso fosse mantida a decisão liminar recorrida, estar-se-ia trocando o titular de tal discricionariedade, assumindo o Ministério Público do Estado de São Paulo, com o aval do Judiciário, a posição de quem define quais são as prioridades da Administração Pública, o que não se pode admitir.

Nesta ordem de ideias, forçoso concluir que é de competência do poder Executivo "... o direito e o dever de fixar as prioridades de sua administração, dentro da previsão orçamentária..." (Al n° 994.03.040957-3 - v.u. j . de 03.11.03 - Rel. Des. OLIVEIRA SANTOS).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ademais, ensina José Joaquim Gomes Canotilho:

“o princípio da separação como "princípio positivo" assegura uma justa e adequada ordenação das funções do estado e, consequentemente, intervém como esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais de soberania”. (Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 246.)

Também se posicionou o professor José Afonso da Silva ao ponderar que:

“a independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais.” (Curso de Direito Constitucional Positivo. 33ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 110.)

E ainda, registre-se que o Supremo Tribunal Federal tem firme posicionamento no sentido de que as restrições impostas ao exercício das competências constitucionais conferidas ao Poder Executivo, entre elas a fixação de políticas públicas, importam em contrariedade ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes (ADI 4102 REF-MC, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 26/05/2010, DJe-179 DIVULG 23-09-2010 PUBLIC 24-09-2010).

Em assim sendo, repita-se, não há possibilidade de ingerência do Poder Judiciário na esfera da conveniência e oportunidade das decisões administrativas, das quais competem exclusivamente ao Poder Executivo.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Data maxima venia, entendo que não restou caracterizado o suposto desmantelamento da BSESP, mas apenas (como defendido pela FESP) modificação de gerência, adaptada a novos tempos de sérias restrições orçamentárias, do que resulta ato discricionário e plenamente ao alcance do Executivo, sem contar a inadequação do tratamento de definitividade pretendido pelo Autor da Tutela Antecipada Antecedente, ora agravado.

Existe, pois, ao provimento jurisdicional pleiteado, falta de interesse de agir qualificado na modalidade adequação, circunstância esta que ao ver deste Relator, enseja a extinção da TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE, tendo em vista tratar-se de matéria de ordem pública cognoscível em qualquer grau de jurisdição.

Sendo assim, em obediência aos princípios constitucionais da celeridade processual e da duração razoável dos processos, o feito já está em condições de imediato julgamento, o que permite julgar extinto o processo, nos termos acima expostos.

Desta forma, deve ser extinto o feito principal por falta de interesse processual, nos termos do artigo 485, VI do Novo CPC, sendo certo, por consequência, jogar prejudicado o presente agravo de instrumento, sem condenação em custas, despesas ou verba honorária, diante do disposto no art. 18 da Lei 7.347/85 e na Súmula 421 do STJ.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECIDO

Ante o exposto, pelo meu voto, **julgo extinto o presente feito** por falta de interesse processual, nos termos do artigo 485, VI do Novo CPC, sendo certo, por consequência, **julgar prejudicado o presente agravo de instrumento**, sem condenação em custas, despesas ou verba honorária, diante do disposto no art. 18 da Lei 7.347/85 e na Súmula 421 do STJ.

São Paulo, 5 de junho de 2017.

Maurício Fiorito
Relator