



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO
Agravamento de Instrumento Nº 2162844-28.2021.8.26.0000

Registro: 2021.0001012919

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravamento de Instrumento nº 2162844-28.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante GILBERTO KASSAB, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Repelida a matéria preliminar, deram provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente sem voto), ALVES BRAGA JUNIOR E SILVIA MEIRELLES.

São Paulo, 13 de dezembro de 2021.

MARIA OLÍVIA ALVES
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO
 Agravo de Instrumento Nº 2162844-28.2021.8.26.0000

Voto nº 33.199

Agravo de Instrumento nº 2162844-28.2021.8.26.0000

Agravante: Gilberto Kassab

Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Juízo: 15ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo

Juiz: Dr. Kenichi Koyama

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação civil pública – Edição do Decreto nº 53.128/2012, pelo então prefeito do Município de São Paulo – Outorga de permissão de uso ao Círculo Militar de São Paulo, a título precário e oneroso, de área municipal – Alegação de inconstitucionalidade e ilegalidade por ausência de procedimento licitatório – Pretensão de declaração de nulidade do Decreto Municipal nº 53.128/2012, com determinação de cessação do uso da área municipal pelo Círculo Militar, além da condenação solidária dos requeridos ao pagamento de indenização por danos materiais ao Município e danos morais coletivos – Rejeição das alegações de prescrição, inadequação da via eleita e ilegitimidade passiva, indeferida, ainda, a produção de prova testemunhal – Pretensão de reforma – Possibilidade – Preliminar de não conhecimento do recurso afastada – Inteligência do artigo 19, §1º, da Lei da Ação Popular – Norma especial aplicável a todas as ações que integram o microsistema de tutela coletiva – Precedente do STJ (REsp nº 1.925.492-RJ) – Carência de justa causa para inclusão do agravante no polo passivo evidenciada – Hipótese em que não foi atribuída qualquer conduta supostamente lesiva a direito transindividual ao então ocupante do cargo de Prefeito do Município de São Paulo – Ausência de pertinência subjetiva que justifique sua manutenção no polo passivo – Exclusão do agravante que se impõe, prejudicada a análise das demais questões suscitadas – Recurso provido.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **Gilberto Kassab** contra r. decisão de fls. 2.408/2.411, proferida nos autos de ação civil pública ajuizada pelo **Ministério Público do Estado de São Paulo**, por meio da qual foram rejeitadas as preliminares de prescrição, de inadequação da via eleita e de ilegitimidade passiva, sendo indeferida, ainda, a produção de prova testemunhal.

Sustenta o agravante, em síntese, não ser aplicável a imprescritibilidade do suposto ressarcimento ao erário na hipótese em comento, eis que



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Agravado de Instrumento Nº 2162844-28.2021.8.26.0000

o ato combatido se refere à edição do Decreto Municipal nº 53.128/2012, o que não constitui ato de improbidade doloso, bem como assevera que sequer há alegação de má-fé em sua conduta. Alega a inadequação da via eleita, pois eventual interesse processual do autor diz respeito à declaração de inconstitucionalidade de Lei Municipal nº 17.090/19, através da qual foi permitido o uso do imóvel pelo Círculo Militar, de modo que a utilização da Ação Civil Pública como supedâneo à Ação Direta de Inconstitucionalidade usurparia a competência do Tribunal de Justiça, da cláusula de reserva de plenário, bem como do Procurador-Geral de Justiça, que possui a legitimidade ativa para propositura da referida ação. Defende, ainda, ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação, pois não há sentido lógico na distinção feita pelo Ministério Público para delimitar e apontar apenas o agravante como responsável pelo ato e pelos supostos danos que são causados há décadas ao Município de São Paulo, de sorte que, se há responsabilidade a ser apurada, todos os vereadores e todos os outros prefeitos da Cidade de São Paulo deveriam constar do polo passivo da ação. Subsidiariamente, insiste na necessidade de produção de prova testemunhal, posto que tal prova somente poderá ser considerada “inócua” após a sua produção.

O recurso foi processado sem outorga de efeito ativo (fls. 103/105).

Foi apresentada resposta com preliminar de não conhecimento do recurso (fls. 112/125).

A D. Procuradoria de Justiça opinou pelo não conhecimento do recurso ou, subsidiariamente, pelo seu não provimento (fls. 129/137).

Há oposição ao julgamento virtual manifestada pelo agravante (fl. 107).

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso e lhe dou provimento, rejeitada a matéria preliminar.

De início, é o caso de se rejeitar a preliminar de não conhecimento do recurso.

Conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no recente



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO
 Agravo de Instrumento Nº 2162844-28.2021.8.26.0000

Julgamento do Recurso Especial nº 1.925.492-RJ (Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/05/2021, DJe 01/07/2021):

“6. Deve-se aplicar à Ação por Improbidade o mesmo entendimento já adotado em relação à Ação Popular, como sucedeu, entre outros, no seguinte precedente: “A norma específica inserida no microsistema de tutela coletiva, prevendo a impugnação de decisões interlocutórias mediante agravo de instrumento (art. 19 da Lei n. 4.717/65), não é afastada pelo rol taxativo do art. 1.015 do CPC/2015, notadamente porque o inciso XIII daquele preceito contempla o cabimento daquele recurso em ‘outros casos expressamente referidos em lei’” (AgInt no REsp 1.733.540/DF, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 4.12.2019). Na mesma direção: REsp 1.452.660/ES, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 27.4.2018.

CONCLUSÃO

7. A ideia do microsistema de tutela coletiva foi concebida com o fim de assegurar a efetividade da jurisdição no trato dos direitos coletivos, razão pela qual a previsão do artigo 19, § 1º, da Lei da Ação Popular (“Das decisões interlocutórias cabe agravo de instrumento”) se sobrepõe, inclusive nos processos de improbidade, à previsão restritiva do artigo 1.015 do CPC/2015 [...]” – grifei.

Sendo assim, ainda que a hipótese dos autos não se trate de ação de improbidade administrativa, mas de ação civil pública, aplica-se a previsão do artigo 19, §1º, da Lei da Ação Popular (“Das decisões interlocutórias cabe agravo de instrumento”), por se tratar de norma especial aplicável a todas as ações que integram o microsistema de tutela coletiva.

No mais, ao contrário do que alega o agravante, não há que se falar em inadequação da via eleita. Isso porque, na hipótese, o reconhecimento da inconstitucionalidade de lei não constitui pedido direto, sendo plenamente viável, em ação civil pública, o controle realizado de forma incidental.

Conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRAVO



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Agravado de Instrumento Nº 2162844-28.2021.8.26.0000

INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de se admitir o controle difuso de constitucionalidade em ação civil pública desde que a alegação de inconstitucionalidade não se confunda com o pedido principal da causa. Precedentes. 2. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível, na hipótese, condenação em honorários advocatícios (arts. 17 e 18, Lei nº 7.347/1985). 3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, em caso de unanimidade da decisão.

(RE 910570 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 02/05/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-104 DIVULG 18-05-2017 PUBLIC 19-05-2017)

E M E N T A: RECLAMAÇÃO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE – QUESTÃO PREJUDICIAL – POSSIBILIDADE – INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal. Precedentes. Doutrina.

(Rcl 1898 ED, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/06/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-151 DIVULG 05-08-2014 PUBLIC 06-08-2014)

Por outro lado, é o caso de se acolher a alegação de ilegitimidade



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO
 Agravo de Instrumento Nº 2162844-28.2021.8.26.0000

passiva do agravante.

Extrai-se da inicial que, em maio de 2012, o então prefeito de São Paulo, Gilberto Kassab, expediu o Decreto Municipal nº 53.128/2012 (DOCSP de 10.05.2012), autorizando a outorga de permissão de uso ao Círculo Militar de São Paulo, a título precário e oneroso, de área municipal com edificações, situada na confluência da Rua Abílio Soares com a Rua Curitiba, Moema, nesta Capital, com área de 31.005,20 m², para continuidade de suas atividades socio esportivas (art. 1º). Do decreto constou a obrigação do permissionário de não utilização para finalidade diversa, não cessão a terceiro, não permissão de apossamento por terceiro, restituição do imóvel imediatamente sem direito de retenção ou indenização, cumprimento de contrapartidas sociais e cumprimento de obrigações e encargos já assumidos contrapartidas (art. 3º). Assim, em 13 de junho de 2012, o Município de São Paulo, representado pela Sra. Regina Maria Martins Mesquita, firmou com o Círculo Militar, sem licitação, termo de permissão de uso a título precário e oneroso da referida área municipal, pelo processo administrativo nº 2010-0.173.264-9 (fls. 83/88 do IC).

Consta, ainda, que o clube está instalado no terreno municipal, desde o ano de 1.957, por comodato, com sucessivas prorrogações realizadas no procedimento PA nº 1985-0.000.384-7, e por concessão administrativa, pelo prazo de 25 anos, por meio da Lei Municipal nº 10.070/86. Após o final do comodato e da concessão administrativa, relatou-se que houve nova contratação para permitir a continuidade do uso pelo clube, de forma precária e por tempo indeterminado, e que por edição da Lei Municipal 17.090/2019, o Executivo Municipal foi autorizado a outorgar ao Círculo Militar, a título oneroso, em comodato, a mesma área municipal descrita, por vinte anos, prorrogável por mais vinte.

Alega o Ministério Público, assim, que a contratação para cessão autorizada pelo então prefeito Kassab e a própria permanência da cessão do imóvel municipal ao clube réu é flagrantemente lesiva ao patrimônio público, dada a inconstitucionalidade e ilegalidade da situação, por ausência de procedimento licitatório.

Com isso, pugnou-se, em suma, pela declaração de nulidade do Decreto Municipal nº 53.128/2012, com a condenação do polo passivo à cessação do uso da área municipal pelo Círculo Militar, e à condenação em obrigação de não fazer



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO
 Agravo de Instrumento Nº 2162844-28.2021.8.26.0000

consistente em não firmar novo instrumento jurídico que outorgue o uso da área, nem a efetuar prorrogação sem licitação, além da condenação solidária dos requeridos ao pagamento de indenização por danos materiais ao Município, desde a última ocupação irregular em maio de 2012 até a efetiva desocupação e entrega do bem, com o pagamento de danos morais coletivos ao Fundo Estadual de reparação de danos coletivos.

Contudo, em que pese o entendimento do MM. Magistrado *a quo*, é possível concluir, desde já, pela ausência de justa causa para a inclusão do agravante no polo passivo da demanda.

Afinal, da leitura da petição inicial observa-se que não foi atribuída qualquer conduta supostamente lesiva a direito transindividual ao então ocupante do cargo de Prefeito do Município de São Paulo, seja culposa ou dolosa. Na verdade, o único ato que lhe foi imputado foi justamente a edição do Decreto Municipal nº 53.128/2012 (fls. 60/61 dos autos de primeiro grau), o que, a princípio, representa atribuição que está afeta ao próprio exercício do *múnus público* que lhe foi conferido.

Sendo assim, ainda que ao final da instrução processual fique inequivocamente demonstrada a lesividade ao patrimônio público, nos termos propostos na inicial, não terá cabimento a responsabilização direta apenas do agravante, a justificar sua manutenção no polo passivo da ação, ante a ausência de pertinência subjetiva que o justifique.

Ressalte-se, ainda, sem adentrar ao mérito da demanda, que, conforme destacado pelo I. Magistrado *a quo* quando da análise do pedido de tutela provisória (fls. 876/880 dos autos de primeiro grau), a situação combatida perdura desde o ano de 1.957, a demonstrar que o que se pretende reprimir é a continuidade de uma postura adotada, ao longo do tempo, por vários representantes do Município de São Paulo, tanto do Poder Legislativo quanto do Poder Executivo, o que inviabiliza, nesse contexto, a responsabilização de um único agente que tenha ocupado o cargo de prefeito durante poucos anos. O que se busca reprimir não se constitui em uma conduta pessoal do agravante, dolosa ou mesmo culposa, mas uma contratação que é feita pelo Município, por vários dos seus representantes há mais sessenta anos. O Decreto foi assinado por ele, mas com base em legislação municipal, que também é questionada nesta ação.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO
Agravamento de Instrumento Nº 2162844-28.2021.8.26.0000

Assim sendo, mostra-se clara a ausência de justa causa para a pretensão deduzida em relação à pessoa do agravante.

Destarte, sob qualquer ângulo que se analise a questão, de rigor a sua exclusão do polo passivo da ação civil pública e, assim, reconhecida a ilegitimidade passiva do agravante, fica prejudicada a análise das demais questões suscitadas no presente agravo.

Ante o exposto, pelo meu voto e para os fins acima, ***dou provimento ao recurso.***

MARIA OLÍVIA ALVES
Relatora