JURISPRUDÊNCIA

Processo nº 5.865-90*00

Termo de permissão de uso, a título precário e oneroso de espaço aéreo sobre logradouro público – passarelas unindo dois "shoppings centers" – compromisso de construção de 335 habitações de interesse social, pela permissionária – "shopping West Plaza" - Decreto 27841/89 - Concessão e Permissão - distinção dos conceitos - superveniência de Termo de Reti-ratificação e aditamento - caráter discricionário e precário da outorga (m.v.)

RELATÓRIO

(Conselheiro Paulo Planet Buarque)

Através de Decreto (nº 27.841) que se publicou aos 30 de junho (vésperas do recesso parlamentar) de 1989, a Prefeitura, por ato da Chefia do Executivo, procedeu a um Termo de Permissão de Uso, mediante o qual cedia ao Grupo Susa e Locbras S.A. a utilização do espaço aéreo (por sobre via pública) de passarelas dessas empresas, unindo dois "shopping centers" que se estavam construindo (já concluídos) no local: Parque da Água Branca.

Dizia a Lei Orgânica, então vigente, quando tratando da alienação de bens municipais, subordinada a interesse público devidamente justificado que essa cessão seria sempre precedida de avaliação e obedeceria às seguintes normas:

a) quando imóveis dependerá de autorzação legislativa e concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:
   1) doação, devendo constar obrigatoriamente do contrato os encargos do donatário, o prazo do seu cumprimento e a cláusula de retrocessão, sob pena de nulidade do ato;
   2) permuta

No artigo 65 referida Lei cuidava do uso de bens municipais e estabelecia que esse uso poderia ser feito mediante concessão, permissão ou autorização, conforme o caso e o interesse público o exigisse.

E explicitava as formas anotadas.

"A concessão administrativa dos bens públicos de uso especial e dominiais, dependerá de lei e concorrência e far-se-á mediante contrato sob pena de nulidade do ato. A concorrência poderá ser dispensada, mediante lei, quando ouso se destinar a concessionária de serviços públicos e entidades assistenciais, ou quando houver interesse público relevante devidamente justificado."

"A concessão administrativa de bens públicos de uso comum somente poderá ser outorgada para finalidades escolares, de assistência social ou turística, mediante autorização legislativa."

"A permissão, que poderá incidir sobre qualquer bem público será feita a título precário, por decreto."

Ora era essa Lei, precisamente essa Lei que estava em vigor ao tempo em que a Prefeitura cedeu, por decreto, portanto sem autorização legislativa, ao Grupo Susa a utilização de bem público ou seja espaço aéreo de uma rua pública. Transformada, aliás, em calçadão, para beneficiar, ainda mais a empresa já beneficiada pela cessão em questão.

Indaga-se, de princípio: onde a precariedade de que fala a Lei? Precariedade, além do mais, no prazo de trinta anos?

Evidente que não se trata de permissão. Repetindo-se aqui o já observado anteriormente quando da discussão neste mesmo Plenário das obras do Autódromo de Interlagos. O Executivo teima em entender uma concessão como permissão, figuras distintas, totalmente diferentes.

Uma vez que, por exemplo, a Prefeitura, dada a precariedade da permissão de uso, desejar a retomada da rua, evidente que se imporia a derrubada das passarelas.

De se acrescentar que no "contrato" (pois que se trata de contrato, sem nenhuma dúvida) a rescisão do mesmo é prevista tão somente no caso da dissolução das permissionárias ou não cumprimento de outras cláusulas ajustadas, o que evidente pressupõe um negócio bilateral oneroso e eficaz para as permissionárias. Dizer-se, pois, que se trata de algo precário é inadmissível.

Trata-se, insisto, sem dúvida, de uma concessão, que depende de autorização legislativa, o que não ocorreu.

Não se está discutindo aqui que o "negócio" tenha sido mau para a Prefeitura. Como, igualmente, não se pode ignorar Ter sido um ótimo negócio para as empresas contratantes. O que se impõe discutir é quanto à formalização legal desse acordo, que se fez inconvenientemente, ilegalmente, do que resulta Ter sido ato absolutamente nulo.

Devemos rejeitar o termo, por se tratar de concessão, nunca de uma permissão de uso, pendente, portanto, de autorização legislativa, no mínimo.

Tampouco se discute o problema à luz da nova Lei Orgânica que entrou em vigor em abril do corrente ano. Esta no seu artigo 114 diz, claramente que:

> "A permissão que poderá incidir sobre qualquer bem público será sempre por tempo indeterminado (no caso presente o prazo é de trinta anos) e a título precário, formalizada através de decreto".
>
> "A concessão administrativa de bens públicos de uso comum somente poderá ser outorgada mediante autorização legislativa garantindo-se em qualquer hipótese a preservação do meio ambiente e do patrimônio histórico cultural".

Concluindo, entendo que referido Ato deve ser **considerado nulo,** concedendo-se, nos termos da Lei, prazo de 30 (trinta) dias para sua regularização. Caso contrário remeta-se à Egrégia Câmara Municipal, que deliberará afinal.

São Paulo, 21 de novembro de 1990.

PAULO PLANET BUARQUE
Conselheiro
Relator

RELATÓRIO

(Conselheiro Francisco Gimenez)

Toda a discussão ferida nestes autos acaba se concentrando na seguinte indagação: reveste-se ou não da característica de precariedade o termo de permissão de fls. 7/9?

Doutas manifestações de assessorias desta Corte divergiram na resposta dada à indagação supra.

À fls. 55/60 e 63/65 encontramos judiciosas manifestações que concluem pela incorrência de tal requisito, afirmam que o ato em discussão caracterizaria uma concessão, e não uma permissão, reclamando portanto, autorização legislativa para sua eficácia, autorização essa que no caso não ocorreu. É a opinião de José Anibal de Freitas Marques, Nelson Planet Júnior e João Alberto Guedes. Os primeiros citados apoiam-se, entre outros, no argumento de que não pode haver permissão com prazo certo. O último, menos por esse argumento, mas mais pelas características da obra levada a efeito em decorrência da permissão dada, entende pela não precariedade do ato, o que o descaracterizaria como permissão de uso. Opinam, enfim, pela ilegalidade do ato.

Por outro lado, outras não menos judiciosas ponderações, que se encontram à fls. 31/42, 43, 46/54, entendem que o elemento prazo não é da essência da concessão, da mesma forma que a ausência dele não é essencial à permissão. Essa foi a manifestação de Alceu Dantas Maciel Júnior, Ruy Homem de Melo Lacerda e Maria Regino Marino Ferreira Conti. Reconhecem a precariedade e dão pela legalidade do ato.

Observo, ainda, existirem no processo administrativo em apenso, nº 08-000.083-89, da Municipalidade, pareceres de renomados doutrinadores, a saber: Celso Bastos (fls. 42/64 e 115/126), Manoel Gonçalves Ferreira Filho (fls. 66/74 e 104/113), Geraldo Ataliba (fls. 75/97), Dalmo de Abreu Dallari (fls. 107/180), Ives Gandra da Silva Martins (fls. 225/256), Arruda Alvim (fls. 257/292) e José Cretella Júnior (fls. 293/327).

Convém ressaltar, desde logo, que os três primeiros tratadistas, retro citados, opinaram pela ilegalidade da outorga do bem público, mas chegaram a tal conclusão por outros motivos que não aquele ora em discussão, ou seja, não analisaram a ocorrência ou não de precariedade no caso em exame.

Os outros pareceristas, ao contrário, não só opinaram pela legalidade do ato administrativo como, ainda, dissertaram favoravelmente sobre a legitimidade de permissão de uso por tempo certo, a que se costuma designar como "permissão de uso qualificada".

Registre-se que, poucas vezes este Tribunal teve oportunidade de se manifestar sobre questão tão ricamente debatida por tantos e renomados estudiosos de direito administrativos.

Feitas essas considerações, e tendo lido com paciência e atenção, tudo que dos autos consta, sinto-me à vontade para proferir o meu voto assinalando, desde logo, que ouso divergir do ilustre relator, uma vez que me decido pela legalidade do ato em julgamento.

Estou seguramente convencido de que a indeterminabilidade de prazo não é requisito indispensável para a caracterização da permissão de uso, e sobram-me argumentos para chegar a tal conclusão. Diógenes Gasparini ("Enciclopédia Saraiva de Direito), Hely Lopes Meirelles ("Direito Administrativo Brasileiro") e José Cretella Júnior (parecer citado, pg. 308), são unânimes em admitir a permissão de uso por prazo determinado.

Vale reproduzir as definições dos dois últimos tratadistas supra referidos sobre a permissão de uso:

"Ato negocial, unilateral, discricionário e precário, através do qual a Administração faculta ao particular a utilização individual de determinado bem público. Como ato negocial, pode ser com ou sem condições, gratuito ou remunerado, **por tempo certo** ou indeterminado, conforme estabelecido no termo próprio, mas sempre modificável e revogável unilateralmente pela Administração, quando o interesse público, o exigir, dada a sua natureza precária e o poder discricionário do permitente para consentir e retirar o uso especial do bem público. A revogação se faz, em geral, sem indenização salvo se em contrário se dispuser, pois a regra é a revogabilidade sem ônus para a Administração." (Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 7ª edição, Ed. R.T., 1979, pg 486/487).

Do parecer do ilustre José Cretella Júnior, permitimo-nos destacar os seguintes tópicos:

"Permissão de uso, definem alguns, é o ato unilateral, gratuito ou remunerado, discricionário, mediante o qual o Estado faculta ao particular a utilização privativa do bem público, superficial ou profunda, a título precário, revogável a qualquer tempo a critério da Administração. Ou a **prazo fixo,** com o termo final fixado".

.....

"A permissão qualificada, que é a outorgada por um determinado tempo, gera, a nosso ver, direitos para o permissionário em caso de revogação imotivada e arbitrária ou quando seja possível a prova do desvio de poder".

.....

"Se não fosse, seria mesmo um contra-senso, em virtude dos gastos feitos pelo permissionário ao instalar-se.

> Os investimentos realizados pelo permissionário, justificam garantia por tempo certo. Imagine-se o caso de um particular que investisse vultoso capital, no aparelhamento de um bem e, logo depois, tivesse a outorga revogada, como no caso de passarelas sobre vias públicas".

É preciso ressaltar que a fixação de um prazo certo para a permissão de uso, por si só, não elimina o requisito de precariedade. Em outras palavras: a precariedade é perfeitamente compatível com a determinabilidade de prazo.

O caso sob exame, a permissão de uso de fls. 7/9, autorizado pelo Decreto Municipal nº 27.841, de 29 de junho de 1989, foi feita a título oneroso, pelo prazo de trinta anos, e foi dada a título precário.

A precariedade assinalada, e aceita pela permissionária, afasta qualquer dúvida sobre tratar-se ou não de uma permissão de uso. E, sendo permissão, bastaria, como bastou, para autorizá-la, a expedição do decreto referido, prescindível, no caso, de qualquer autorização legislativa.

Tenho para mim, inclusive, que tendo sido imposta e aceita a cláusula de precariedade, mesmo antes do vencimento do prazo estipulado, desde que o interesse público assim o exigir, poderá a permitente, unilateralmente, dar por revogada a permissão, independentemente de qualquer indenização. A revogabilidade, a qualquer tempo, é consenquência natural da precariedade do ato permissivo, imposto pela Municipalidade e aceito pela permissionária. Esse meu entendimento ainda é fortalecido pelo item "I" da cláusula 5ª do termo de permissão de uso em discussão que me animo a reproduzir:

> "5º - que pelo presente termo e em consonância ainda com o Decreto nº 27.841, de 29.06.89, as Permissionárias se obrigam:
>
> .....
>
> I.) – restituir as áreas imediatamente, tão logo solicitadas pela Permitente, independente de notificação e sem qualquer direito de retenção ou indenização pelas benfeitorias executadas, ainda que necessárias".

Aceitando a precariedade, e a inserção dessa cláusula, tenho fundadas dúvidas sobre eventual direito de indenização em caso de revogação determinada por interesse público, mesmo antes do vencimento do prazo estipulado.

Claro é, pelo menos para mim, que a discricionariedade que autoriza a revogação de qualquer permissão, não se confunde com arbitrariedade, uma vez que haverá de conformar-se, e sempre, aos parâmetros ditados pelo interesse público. Em outras palavras, sem a ocorrência justificadora do interesse público é de se afastar a ação discricionária do poder público, até mesmo para revogar permissão de uso por prazo indeterminado.

Presente, portanto, a precariedade, inobstante a fixação de prazo certo. E, constatada e confirmada a precariedade, não vejo como caracterizar o termo de fls. 7/9 a não ser como permissão de uso, ato administrativo que, por definição, está dispensado de qualquer autorização legislativa.

Finalmente, obrigo-me a consignar, que no meu convencimento pela legalidade do ato, desconsiderei argumentos extra-ordinários que, uma vez considerados, poderiam, também, me seduzir no sentido de opinar pela sua validade.

Embora desnecessários, certos fatos importantes circunstanciam a matéria sob julgamento. O interesse público na efetivação dessa permissão destaca-se não só pela efetivação da obra que assegurará passagem de pedestres com segurança, beneficiando o povo em geral, mas também pelo pagamento efetuado pelas permissionárias para a construção de 335 Habitações de Interesse Social. Diante desse quadro, o respeito a uma situação jurídica definitivamente constituída, seria uma imposição à minha consciência enquanto julgador, até, e principalmente, pela recomendação que nos é dirigida pelo artigo 5º da Lei de Introdução do Código Civil que proclama, sem reticências, que na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Adite-se, para considerar, também, que o prazo inicialmente ajustado na administração anterior, em 99 anos, foi reduzido para 30 anos.

Por todo o exposto, meu voto é pela legalidade do termo de permissão de uso de fls. 7/9.

Plenário Prefeito "Faria Lima", 19 de dezembro de 1990.

FRANCISCO GIMENEZ
Conselheiro

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC nº 72-005.865.90-00, reincluídos em pauta, a pedido do Conselheiro Francisco Gimenez, após vista que lhe fora concedida na 1308ª S.O. de 21/11/90, prorrogada nas sessões subsequentes, com voto já proferido do Conselheiro Planet Buarque – Relator, acompanhado pelo Conselheiro Eurípedes Sales – Revisor.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros PLANET BUARQUE – Relator, EURÍPEDES SALES – Revisor e ALTINO MACHADO, em considerar nulo o ato, concedendo-se à Origem, nos termos da Lei, prazo de 30 (trinta) dias para a sua regularização.

ACORDAM, outrossim, por maioria, em caso de não cumprimento do decidido, em encaminhar os autos à Egrégia Câmara Municipal de São Paulo, que deliberará afinal. Vencido o Conselheiro FRANCISCO GIMENEZ, que votou pela legalidade do Termo de Permissão de Uso.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor, FRANCISCO GIMENEZ e ALTINO MACHADO.

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda ELISABETH NAZAR CARRAZZA.

Plenário Prefeito Faria Lima, 19 de dezembro de 1990.

IVAN DO COUTO
Presidente

PLANET BUARQUE

Conselheiro

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC nº 72.005.865.90-00, ora em grau de Recurso, reincluídos em pauta, a pedido do Conselheiro Planet Buarque, após prorrogação de prazo, nos termos do art. 121, letra "a" do Regimento Interno desta Corte, que lhe fora concedida na 1335ª S.O. de 08/05/91.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por unanimidade, em conhecer do recurso e, por maioria, negar-lhe provimento, considerando nulo o Termo de Permissão de Uso, mantendo-se a decisão recorrida. Vencido o Conselheiro EURÍPEDES SALES que votou pela transformação do julgamento em diligência, fixando o prazo de 30 (trinta) dias para a regularização do referido termo.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor designado nos autos, e PLANET BUARQUE.

Declarou-se impedido o Conselheiro Substituto JOÃO ALBERTO GUEDES.

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda ELISABETH NAZAR CARRAZZA.

Plenário "Prefeito Faria Lima", 15 de maio de 1991.

FRANCISCO GIMENEZ
Presidente

ALTINO MACHADO
Relator

VOTO

Adoto as conclusões alcançadas pela A.T. e por S.D.G.

Recebo os recursos interpostos pelas firmas Susa S.A. e Locbrás Comercial Ltda., às fls. 320/342 e Procuradoria da Fazenda Municipal, às fls. 299/304.

Deixo de receber os Embargos de Declaração interpostos pela D. Procuradoria da Fazenda Municipal, às fls. 273/274, em face do prescrito no art. 95 do

Regimento Interno desta Corte que só os admite contra decisões do Juízo Singular ou Câmara.

Abstenho-me de analisar a matéria do cabimento da permissão de uso, uma vez que a mesma a nível deste Tribunal se tornou preclusa com o proferimento do acórdão de 15 de maio de 1991, que confirmou, em grau de recurso, a declaração de nulidade do Termo de Permissão de Uso, retificado pelo Termo sob julgamento.

No entanto, cabe-me salientar o fato de o Poder Judiciário já Ter-se pronunciado a respeito da questão, entendendo, pela r. Sentença exarada nas Ações Populares movidas pelo Vereador Arnaldo de Abreu Madeira e pelo cidadão Mario Savelli (julgadas improcedentes), válida a permissão de uso, não vislumbrando, pois desvio de finalidade do ato administrativo, que teria se atido ao necessário público.

Entendo que o Termo de Reti-Ratificação veio escoimar de qualquer dúvida o caráter de precariedade da permissão, regularizando, destarte, o ato impugnado por esta Corte.

No mérito, portanto, dou provimento aos recursos supra-mencionados para o fim de ser considerada como atendida a regularização da permissão de uso com o Termo de Reti-Ratificação em análise.

É o meu voto.

São Paulo, 11 de janeiro de 1995.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Conselheiro

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC nº 72.005.865/90-00, ora em grau de recurso, reincluídos em pauta na presente sessão, a pedido do Conselheiro Substituto JOÃO ALBERTO GUEDES – Relator, após lhe terem sido devolvidos, em decorrência da Resolução 10/94, que disciplina a matéria relativa a juiz certo.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, em conhecer do recurso interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal e, por maioria, do Recurso interposto pelas Empresas

Susa S/A e Locbrás Comercial Ltda., contra o Voto do Conselheiro Substituto JOÃO ALBERTO GUEDES – Relator.

ACORDAM, ainda, quanto ao mérito, á unanimidade, considerando, outrossim, a improcedência das Ações Populares impetradas contra a Municipalidade pelo Vereador Arnaldo de Abreu Madeira e pelo cidadão Mário Savelli, junto à 9ª Vara da Fazenda Pública, acompanhando o voto do Relator, dar provimento ao Recurso interposto pela Douta Procuradoria da Fazenda Municipal, por maioria, pelos votos dos Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO – Revisor e EURÍPEDES SALES, pelo provimento do Recurso interposto pelas Empresas SUSA S/A e LOCBRÁS COMERCIAL LTDA., para o fim de acolher o Termo de Permissão de Uso disciplinado pelo Decreto Municipal nº 27.841/89, regularizado através do Termo de Reti-Ratificação e Aditamento celebrado entre a Secretaria do Governo Municipal e as referidas Empresas.

Participaram do julgamento os Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO – Revisor e EURÍPEDES SALES.

Ausentes os Conselheiros PLANET BUARQUE, Presidente, em gozo de férias, e FRANCISCO GIMENEZ, por motivo previamente justificado.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 11 de janeiro de 1995.

WALTER ABRAHÃO
Vice-Presidente no
Exercício da presidência

JOÃO ALBERTO GUEDES
Conselheiro Substituto
Relator