

Utilização de bens públicos e remuneração pelo uso do solo e espaço aéreo em face de concessionárias de serviço público: nuances jurídicas

Mônica de Almeida Magalhães Serrano

Desembargadora do Tribunal de Justiça de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. Bens públicos: delimitação conceitual; 3. Classificação bens públicos; 4. Domínio público: dimensão; 5. A utilização de bens públicos por particulares e instrumentos viabilizadores; 6. Concessão de serviços públicos: características; 7. Da inviabilidade de cobrança de uso de bens públicos em face de concessionária que executa serviços de interesse público: energia elétrica e outros; 8. Da possibilidade de cobrança de taxa de fiscalização e funcionamento em face de concessionárias quando da utilização de faixas de domínio para instalação de postes e torres e usurpação de competência da União; 9. Considerações finais; Referências.

1. Introdução

É possível afirmar que desde a segunda metade do século XX a gestão do serviço público passou por substanciais transformações, tanto no plano político, como no social e econômico, provocando o Estado a buscar uma maior eficiência e presteza em sua atuação, com reduzida ingerência na área econômica, sem, contudo, desprezar seus objetivos primordiais, tais como insculpidos na Constituição Federal: sociedade justa, livre e igualitária, erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais, desenvolvimento nacional e, claro, o bem de todos.

Odete Medauar bem retrata o direito administrativo em tal contexto, esclarecendo que “o direito administrativo não flutua num espaço vazio, mas liga-se ao quadro social, político, econômico, institucional do País”, e coloca o Estado como interessante figura enquanto “espécie de centralizador político” ante o surgimento de uma “verdadeira constelação de entes estatais, políticos e administrativos, e de entidades da sociedade civil, como sindicatos, ordens profissionais, associações diversas, compondo uma rede de poderes”.¹

As relações jurídicas no cenário do direito administrativo brasileiro se tornam, a cada ano, mais complexas. A prestação de serviços, que era realizada basicamente de forma direta, se altera ante o movimento da desestatização que se torna cada vez mais intenso com a retirada gradual do Estado do papel econômico nacional. As mais diferentes modalidades contratuais surgiram a confirmar essa ideia. Como exemplo, as inovações das modalidades de concessão de serviços controlados pelo estado, tais como TV a cabo e o implemento das parcerias público-privadas, além do surgimento de franquias e arrendamentos.

¹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 37-38.

Essas transformações provocam verdadeira revolução no direito administrativo, requerendo outras perspectivas no âmbito de atuação do Estado.

Nesse sentido, pondera Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Inegavelmente, aí está evidenciado um primacial e quicá mais importante efeito da globalização sobre o Direito Administrativo, pois desse texto se depreende que é a sua própria essência científica que necessariamente se altera e se transfigura, para adequar-se às transformações da administração pública em um Estado em mutação. Não se sustentam, portanto, os receios dos que imaginam que as transformações em curso no Direito Administrativo tenderão a condená-lo à redução e ao desaparecimento e, muito menos, à perda de importância; muito ao contrário, elas não só o ampliam além do público estatal ao público não-estatal, em fronteiras ainda sem limites, e o valorizam, uma vez que elevam, no processo, o seu referencial, que deixa de ser o Estado para ser o cidadão.²

Em tal contexto é que se pretende, neste trabalho, analisar a possibilidade de remuneração pela ocupação e uso do solo e espaço aéreo em face de concessionárias de serviços públicos de energia elétrica, gás e outras. Busca-se verificar se o ente político pode efetuar cobrança de concessionárias de serviço público quando estas, para o fim de efetivar o objeto do contrato de concessão, necessitam usar/ocupar bens públicos de uso comum do povo para instalação de torres ou redes de transmissão.

Para tanto, de início, serão traçados os contornos conceituais da questão para que seja possível o enfrentamento do problema que anima este artigo.

2. Bens públicos: delimitação conceitual

A definição de bens públicos, embora não seja pacífica na doutrina, está relacionada de forma direta ou indireta com a realização de um interesse público.

No dizer de Odete Medauar:

Para realizar as múltiplas atividades que desempenha, a Administração necessita não só de poderes e meios jurídicos de expressá-los, mas também de um conjunto variado de coisas, de bens. Os bens têm importância pelo que representam em termos de riqueza pública, integrando o patrimônio do Estado, por serem meios de que dispõe a Administração para atendimento de seus fins e por serem elementos fundamentais na vida dos indivíduos em coletividade.³

O Código Civil brasileiro de 1916 já expressava o conceito de bem público, nos termos a seguir: “Art. 65. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados, ou aos Municípios. Todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”.

² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A globalização e o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 226, p. 265-280, out. 2001.

³ MEDAUAR, 2013, p. 276.

Na mesma linha, o Código Civil de 2002 retrata praticamente o mesmo conceito: “Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”.

Bens públicos, por conseguinte, de acordo com uma concepção meramente legal, seriam aqueles que pertencem às pessoas jurídicas de direito interno – União, Distrito Federal, Estados e Municípios.

Não restam dúvidas quanto ao conceito legal abranger os bens de autarquias e fundações de direito público, respectivas a cada uma das pessoas jurídicas de direito interno. A controvérsia repousa quanto aos bens das pessoas jurídicas de direito privado, tais como as empresas públicas, sociedades de economia e fundações cuja personalidade jurídica seja de direito privado.

Nesse ponto, a doutrina apresenta divergências. No entanto, é possível afirmar que há certa convergência em aceitar que, conquanto sejam privados, alguns dos bens das pessoas jurídicas de direito privado poderão estar submetidos ao regime de direito público quando vinculados à prestação de serviços públicos.

Evelise Pedrosa, em tal diapasão, diferencia bens públicos, em sentido restrito, como aqueles pertencentes apenas às pessoas jurídicas de direito público interno e respectivas autarquias e fundações, e:

Em sentido amplo, bem público também são os pertencentes às empresas públicas e sociedades de economia mista, mas apenas se prestadoras de serviço público. Estes bens, destinados à realização de serviço público, recebem tratamento jurídico de bens públicos.⁴

Nota-se, assim, que referida doutrinadora entende que o fato do bem ser vinculado à prestação de um serviço público lhe emprestaria a denominação de “bem público”. Com isso, pode-se afirmar que a denominação “bem público” está intimamente ligada à função desempenhada por este bem, seja ele pertencente a uma empresa pública, sociedade de economia mista ou, ainda, a uma concessionária de serviço público.

Em tal ponto, Maria Sylvania Zanella Di Pietro deixa clara a presença de um híbrido regime jurídico inerente à concessão de serviço público:

Como empresa privada, ela dispõe de bens particulares, inseridos no conceito do art. 98 do Código Civil; como tais, estão no comércio jurídico de direito privado, podendo ser objeto de qualquer relação jurídica regida pelo direito civil ou comercial, como alienação, locação, usucapião, direitos reais, inclusive os de garantia (penhor, anticrese e hipoteca). Mas, como empresa concessionária de serviço público, ela dispõe de bens que estão vinculados à prestação do serviço, sob pena de paralisação que infringe o princípio da continuidade. Esses bens estão submetidos a regime jurídico de direito público, da mesma forma que os bens de uso comum do povo e os bens de uso especial, referidos no Código Civil. Eles incluem-se na categoria de bens extra commercium, ainda que a lei não o diga expressamente; trata-se de

⁴ VIEIRA, Evelise Pedrosa Teixeira Prado. *Direito Administrativo*. São Paulo: Verbatim, 2011. p. 423.

*característica inerente ao princípio da continuidade do serviço público. Como consequência, tais bens estão fora do regime jurídico privado, não podendo ser objeto de relações jurídicas regidas pelo direito civil ou comercial.*⁵

Impõe-se, dessa forma, uma conceituação de bem público que ultrapassa os limites da definição legal trazida pela letra da lei, incluindo, em sua concepção, os bens de empresa pública e sociedades de economia mista, como também de concessionárias e outras entidades, desde que prestadoras de serviço público.

3. Classificação de bens públicos

O Código Civil, desde 1916, optou por uma classificação em três espécies de bens públicos, o que restou mantido pelo Código Civil de 2002, no artigo 99, que dispõe:

São bens públicos:

I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II – os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

A classificação de bens públicos pode ser apresentada sob diversos aspectos, mas a que trata da destinação, por certo, é a mais relevante.

Os bens de uso comum, assim, são aqueles destinados a toda coletividade, sem a necessidade de qualquer autorização da Administração Pública e, em princípio, são gratuitos, muito embora possa o uso de tais bens ser objeto de retribuição, de acordo com o que prevê e possibilita o artigo 103 do CC/2002.

Já os bens de uso especial são os destinados pela Administração para a realização de serviços públicos, como, a exemplificar, os prédios onde funcionam os fóruns.

Os bens de uso comum, bem como os de uso especial, possuem destinação específica e, enquanto afetados à sua natureza e qualificação, só podem ser objeto de alienação mediante prévia desafetação – art.100 do CC/2002.

Finalmente, os bens dominicais não estão ligados ou afetados ao uso comum ou serviços públicos e podem ser alienados, como também podem servir como meio de produção de renda, desde que obedecidos determinados requisitos legais pertinentes (art.101 do CC/2002). Aqui vale lembrar que, apesar de se tratar de bens disponíveis,

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 108.

isso não significa que se encontram sob regime privado. A exemplificar, para a alienação, exigem, em regra, prévia de licitação, por força do artigo 2º da Lei nº 8.666/1993.

4. Domínio público: dimensão

A expressão “domínio público”, em princípio, significa o conjunto de bens públicos. Contudo, parte da doutrina brasileira entende estar incluída na acepção de domínio público tão somente os bens de uso comum do povo e os bens públicos de uso especial.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro utiliza a expressão, como no Direito francês, abrangendo os bens de uso comum do povo e os de uso especial. E assim justifica:

Embora a designação de “bens do domínio público” não seja perfeita, porque pode dar a ideia de bens cujo uso pertence a toda a coletividade, preferimos utilizá-la como forma de contrapor o regime jurídico dos bens de uso comum e de uso especial, submetidos ao direito público, ao regime dos bens do domínio privado do Estado (bens dominicais), que é parcialmente público, parcialmente privado.⁶

Já Odete Medauar prefere a acepção “domínio público” a englobar o conjunto de bens públicos, incluindo as três espécies, explicitando:

Em ordenamentos estrangeiros, em especial no francês e no italiano, os vocábulos domínio ou domínio público abrangem somente dois tipos de bens públicos: os de uso geral do povo (exemplos: rua, praça) e os bens empregados no serviço público (exemplo: prédio de uma escola pública). Tais ordenamentos utilizam a expressão domínio privado do Estado para designar os bens destinados ao uso direto da própria Administração, que podem ser mais facilmente alienados. Embora autores brasileiros também empreguem essa expressão, parece que gera confusão, levando a supor que o Estado teria um domínio privado, o que é incorreto, com tratamento norteado pelo direito privado, o que é igualmente incorreto; por isso, nesse livro, tais expressões não são adotadas.⁷

O direito administrativo português também parece seguir a linha que contrapõe domínio público e domínio privado entre os bens do Poder Público:

Os bens que pertencem à Administração – e que esta utiliza, de forma mais ou menos direta, na prossecução de interesses públicos – caracterizam-se pela sua variedade, encontrando-se, para além do mais, sujeitos a regimes jurídicos diferenciados. Por isso é comum distinguir-se, de entre os bens pertencentes à Administração, aqueles que integram o seu domínio público, dos que pertencem ao seu domínio privado, diferenciando-se, ainda, quanto

⁶ DI PIETRO, 2017b, p. 845.

⁷ MEDAUAR, 2013, p. 275.

*a estes, os bens do domínio privado disponível dos bens do domínio privado indisponível.*⁸

De toda forma, a seguir entendimento supra alinhado de Odete Medauar, parece mais adequada do ponto de vista didático a aceção domínio público que absorve as três espécies de bens públicos.

5. A utilização de bens públicos por particulares e instrumentos viabilizadores

Os bens públicos podem ser utilizados pela própria pessoa jurídica titular do bem, como também ser cedidos a outros entes públicos, admitindo, ainda, uso privado.

Assim a Administração pode realizar serviços públicos diretamente ou por meio de uma estrutura indireta (descentralização), com a configuração de entidades com personalidade própria e dotadas de patrimônio e pessoal próprios.⁹

Outrossim, além de entes da Administração Indireta, cuja criação é implementada (autarquias) ou autorizada por lei, a Administração pode ainda celebrar contratos e parcerias para dar conta de todas as suas atividades, inclusive com particulares sob regime de direito público, o que pode envolver a transferência de bens.

Quando cedidos a particulares, os bens podem atender à mesma destinação prevista originariamente ou a outras finalidades. A utilização de bens, como alerta Maria Sylvia Zanella Di Pietro, pode ser de uso privativo normal (rua aberta à circulação) ou anormal (mesma rua utilizada para festejos ou desfiles)¹⁰ e, ainda, de uso comum ordinário ou comum extraordinário:

O uso comum ordinário é aberto a todos indistintamente, sem exigência de instrumento administrativo de outorga e sem retribuição de natureza pecuniária.

*O uso comum extraordinário está sujeito a maiores restrições impostas pelo poder de polícia do Estado, ou porque limitado a determinada categoria de usuários, ou porque sujeito a remuneração, ou porque dependente de outorga administrativa.*¹¹

Importante ressaltar que para o uso do bem público por particular, os instrumentos que devem ser manejados, quando se tratar de utilização de bens de uso comum e de uso especial, são a autorização, a permissão e a concessão de uso. Os bens dominicais, por sua vez, que se inserem na seara do comércio de direito privado, podem ser objeto tanto de instrumentos de direito público, como de contratos típicos do direito privado, como locação e arrendamento.

⁸ OLIVEIRA, Fernanda Paula; DIAS, José Eduardo Figueiredo. *Noções fundamentais de direito administrativo*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 349.

⁹ São entes da Administração Indireta as autarquias, empresas públicas sociedades de economia mista e fundações públicas. Como ensina Odete Medauar, essas entidades possuem personalidade jurídica própria mas “juridicamente, entre essas entidades e a Administração Direta não existem vínculos de hierarquia: os poderes centrais exercem um controle (tutela, controle administrativo, supervisão ministerial) que, do ponto de vista jurídico, não se assimila ao controle hierárquico, embora na prática possa assim parecer” (MEDAUAR, 2013, p. 81).

¹⁰ DI PIETRO, 2017b, p. 861.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 864

6. Concessão de serviços públicos: características contratuais

A concessão de bem público é contrato por meio do qual a Administração Pública transfere a terceiros a execução de serviço ou obra pública ou, ainda, quando concede a particular a utilização, de forma privativa, de uso de bem público, com prazo determinado, devendo, ainda, o bem, ser utilizado de acordo com a finalidade prevista.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarece as espécies de concessão, as quais, segundo a autora, pertencem à corrente adotada em maior parte pela doutrina brasileira, que distingue a concessão em translativa e constitutiva, ressaltando a autora, ainda, que em muitos contratos há a conjugação de diferentes modalidades, sendo uma delas o objeto principal e que, existindo hoje várias modalidades, a concessão de serviços públicos sob a Lei nº 8987/1995 é a denominada tradicional ou comum.¹²

A concessão é definida pela Lei nº 8.987/1995, com aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93, como contrato, motivo pelo qual, em regra, exige a realização prévia de licitação, sob a modalidade de concorrência (artigo 14 da Lei nº 8.987/1995).

Como contrato¹³ que se submete ao regime público, justamente por conter como objeto serviço público, verifica-se a presença das denominadas cláusulas exorbitantes, que conferem prerrogativas e determinados poderes à Administração Pública, colocando-a em situação de supremacia em relação ao contratado. Por força de tais cláusulas exorbitantes, é possível que o poder concedente altere unilateralmente o contrato – art. 58, I, Lei nº 8.666/1993 –, exerça poder de direção e controle, aplique penalidades, bem como encampe, intervenha ou decrete a caducidade da concessão, a fim de resguardar o interesse público.

Como bem nos ensina Eugenia Cristina Cleto Marolla:

Na concessão de serviços públicos, a concedente transfere, ao concessionário, o direito de prestar o serviço (execução) e não a sua titularidade, mantendo total disponibilidade do serviço concedido e o direito de o reaver, quando assim desejar [...] a cura do interesse público impõe diversos poderes-deveres ao concedente.¹⁴

Verifica-se, desta feita, que a finalidade dos poderes da Administração Pública no bojo do contrato de concessão é justamente a realização de interesse público, a concretização satisfatória do serviço concedido.

¹² DI PIETRO, 2017a, p.333: “a) Concessão de serviço público, em sua forma tradicional, disciplinada pela Lei nº 8.987/95; a remuneração básica decorre de tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da própria exploração do serviço; b) Concessão patrocinada, que constitui modalidade de concessão de serviço público, instituída pela Lei nº 11.079/04, como forma de parceria público-privada; nela se conjugam a tarifa paga pelos usuários e a contraprestação pecuniária do concedente (parceiro público) ao concessionário (parceiro privado); c) Concessão administrativa, que tem por objeto a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta e indireta, podendo envolver a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens; está disciplinada também pela Lei nº 11.079/04; nessa modalidade, a remuneração básica é constituída por contraprestação feita pelo parceiro público ao parceiro privado; d) Concessão de obra pública, nas modalidades disciplinadas pela Lei nº 8.987/95 ou pela Lei nº 11.079/04; concessão de uso de bem público, com ou sem exploração do bem, disciplinada por legislação esparsa”.

¹³ Embora existam outras correntes doutrinárias, tais como a teoria unilateral, teoria bilateral ou contratual e teoria mista, a doutrina em sua maioria se inclina à natureza de contrato administrativo, inclusive a CF e Lei nº 8987/1995 assim também disciplinam.

¹⁴ MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *Concessões de serviço público: a equação econômico-financeira dos contratos*. São Paulo: Verbatim, 2011. p.35.

A concessão no Brasil foi implementada com a ideia de aliar desenvolvimento econômico, sem que o Estado tivesse que dispor de recursos públicos. Mas, citando novamente Eugenia Cristina Cleto Marolla:

A necessidade de maximizar a prestação de serviços públicos e de intervenção no domínio econômico, com vistas a realizar os novos papéis estatais em atendimento às demandas sociais, não se coadunavam com a concepção clássica de concessão de serviços públicos, o que levou à alteração dos traços iniciais da concessão.

A doutrinadora alerta que o Estado passou a participar dos prejuízos advindos da concessão, com a assunção dos riscos, o que levou ao declínio da concessão, resultando na criação de pessoas jurídicas de direito privado (sociedades de economia mista), as quais também apresentaram problemas pelo conflito de interesses entre o Estado e o particular, fazendo surgir empresas públicas, com capital totalmente público, gerando déficits estatais. Com a Reforma do Estado, passa-se a buscar a prestação de um serviço público mais eficiente e sem ônus financeiro, com instalação do movimento de privatização, surgindo nova fase da concessão:

Nessa nova fase da concessão, a exclusividade na prestação dos serviços passou a ser a exceção. Ela só ocorreu nos casos de impossibilidade material ou econômica da prestação do serviço público em regime concorrencial. Essas barreiras, que permitiram a manutenção de monopólios naturais limitadores da concorrência, estão sendo superadas, dia a dia, pelos avanços tecnológicos. Exemplo disso está no compartilhamento de infraestrutura pelos competidores que prestam o mesmo serviço, tal como ocorreu com a prestação de serviço de fornecimento de energia elétrica. Nesses casos, o monopólio da infraestrutura por um dos competidores, não impede a participação dos demais, havendo o dever do titular do monopólio permitir o acesso, ante o pagamento de uma remuneração adequada, dos demais competidores ao conjunto de bens de infraestrutura necessários à prestação do serviço.¹⁵

O equilíbrio econômico-financeiro, assim, passa a ser elemento essencial ao contrato de concessão, lembrando que o ente privado tem o legítimo interesse de lucro, mas deve observar a necessidade da devida adequação do serviço ao pleno atendimento dos usuários e ao interesse coletivo, além de satisfazer as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas (arts. 6º e 7º da Lei nº 8.987/1995). Mas ao concessionário é resguardada, por outro lado, a possibilidade de remuneração proporcional e adequada às atividades desenvolvidas, com base na política tarifária, com possibilidade de revisão contratual, caso quebrado o equilíbrio financeiro, nos termos da lei e conforme previsões do edital e cláusulas contratuais (art. 175, parágrafo único, CF, e art. 9º, parágrafo 4º, da Lei nº 8.987/1995).

¹⁵ MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *Concessões de serviço público: a equação econômico-financeira dos contratos*. Verbatim: São Paulo, 2011. p. 15-20.

Assim, desde que já delimitado o conceito de bem público de uso comum, bem como expostas as características do contrato de concessão, com o essencial elemento do equilíbrio econômico-financeiro, passa-se à análise da possibilidade de remuneração pelo uso de faixas de domínio para instalação de redes necessárias à prestação adequada do serviço objeto de concessão.

7. Da inviabilidade de cobrança de uso de bens públicos em face de concessionária que executa serviços de interesse público: energia elétrica e outros

Enfrenta-se, agora, o objeto principal do presente estudo: a possibilidade de remuneração pela ocupação e uso do solo e espaço aéreo em face de concessionárias, a fim de viabilizar o objeto contratual, consistente na manutenção e execução de serviço de energia elétrica, gás, entre outros, e a respectiva rede de instalações.

Como já explicitado, os bens públicos podem ser de uso comum do povo, de uso especial e dominicais.

Já as concessionárias de serviço público, tais como as concessionárias de energia elétrica e outros serviços de essencialidade pública para o regular cumprimento de suas finalidades e a devida execução do objeto contratual, por vezes, necessitam da ocupação do solo, subsolo e espaço aéreo, que se encontram em terrenos lindeiros às rodovias e faixas de domínio público, para a instalação de rede, cabos e/ou torres para transmissão de energia elétrica ou cabos de telefonia.

Essa faixa de domínio, sobre a qual se discute a possibilidade de cobrança pela utilização, configura claramente bem público de uso comum do povo, destinado ao proveito de todo e qualquer cidadão, seja em razão da natureza do próprio bem ou por destinação legal e, em princípio, é gratuito.

Ocorre, contudo, que atualmente tem sido comum o manejo de cobrança por parte de municípios pela utilização do solo e/ou espaço aéreo em face das concessionárias que pretendem a instalação de redes de transmissão de energia elétrica, gás ou telefonia, e também por parte das próprias concessionárias exploradoras de rodovias.

A questão a ser elucidada envolve vários aspectos do ponto de vista jurídico que precisam ser devidamente discriminados e sistematizados para uma análise com maior precisão técnica.

No âmbito da jurisprudência, nota-se que muitas decisões lançam mão de argumentos genéricos, sem tratar especificamente de todos os aspectos que o problema envolve. Desta feita, os pontos controversos mais relevantes serão primeiramente demarcados para que possam, em seguida, ser enfrentados e elucidados. São eles:

- a) Se os bens de uso comum podem ser objeto de cobrança, considerando que as faixas de domínio de rodovias e ferrovias constituem bens públicos, da modalidade uso comum;
- b) Se é possível exigir remuneração referente ao uso/ocupação de bens de uso comum e, em caso positivo, qual seria a natureza desta remuneração;
- c) Se a concessionária que executa o serviço público de manutenção e exploração de rodovias ou ferrovias, em nome próprio, pode efetuar cobrança em face de concessionária de energia elétrica outras ou pela utilização de faixa de domínio para instalação de postes ou cabos de transmissão;

d) Se o Município e/ou outro ente político responsável pela faixa de domínio, por sua vez, pode cobrar em face de concessionária de energia elétrica, de gás ou outras pela utilização de solo ou espaço aéreo para a instalação de redes de transmissão.

O primeiro ponto a ser enfrentado diz respeito, portanto, a saber se é possível exigir remuneração pela utilização de faixa de domínio, para fins de instalação de postes e/ou cabos de telecomunicação, energia elétrica, esgoto ou gás.

A faixa de domínio é bem público, de modalidade de uso comum do povo, possuindo, portanto, as mesmas características desta modalidade de bem público, ou seja, é destinada a toda coletividade e, em princípio, consubstancia utilização gratuita, mas pode ser objeto de cobrança, o que é expressamente autorizado por força do artigo 103 do CC/2002. Isto considerado, tratando-se de bem de uso comum do povo, a utilização desse tipo de bem, em tese, admite cobrança. A título de exemplo é possível citar o pedágio nas estradas. Isso a própria legislação permite. Não se discute.

E, desde que permitida legalmente a remuneração pela utilização de bens de uso comum do povo, há que se questionar qual seria a natureza desta remuneração: tributo ou preço público?

O Código Tributário Nacional, em seu artigo 3º, traz a definição de tributo:

Art.3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Relativamente ao conceito de tributo, pondera Regina Helena Costa:

Obrigação ex lege, vale dizer, nasce pela simples realização do fato descrito na hipótese de incidência prevista em lei, sendo, portanto, compulsória. Não possui caráter sancionatório – o que a distingue da multa, outra modalidade de prestação pecuniária compulsória. Por fim, a sua exigência se dá mediante atividade administrativa plenamente vinculada, significando que não há discricionariedade deferida ao administrador tributário no exercício da atividade estatal de exhibir tributos.¹⁶

Há grande debate na doutrina relativamente à natureza da remuneração pela utilização de bem público de uso comum. Alguns entendem se tratar de tributo e outros, preço público. Aqueles que tratam como tributo, verificam que a figura que mais se aproximaria, considerando as espécies tributárias, seria a taxa, por estar relacionada a uma atuação do Poder Público.¹⁷

¹⁶ COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 133.

¹⁷ Alguns autores, como Geraldo Ataliba e Roque Carrazza, entendem que são três as espécies tributárias (impostos, taxas e contribuição de melhoria), e empréstimos compulsórios e demais contribuições seriam variações; já outros, como Regina Helena Costa e Estevão Horvath, entendem se tratar de cinco espécies tributárias. (COSTA, 2017, p. 137).

Contudo, conforme as definições aludidas, não se verifica na situação objeto de estudo, a ocorrência de nenhum dos elementos descritos, nem pela lei, nem pela Constituição Federal, para que possa ser configurada alguma das espécies tributárias, nem mesmo taxa.

Desse modo, conclui-se que, em verdade, se trata de preço público, posto que configura ato que se submete a regime de direito público, não constituindo, ademais, sanção de ato ilícito.

Eventual cobrança pela utilização de bem público caracteriza receita originária, que decorre de exploração econômica de patrimônio do Estado, e não receita derivada, como seria no caso de tributo, o qual advém, em regra, do patrimônio dos particulares, não do Estado. Ademais, a taxa pode ser cobrada pela utilização potencial, sendo a previsão de cobrança decorrência legal, ao contrário do preço público, cuja eventual remuneração se dá pela efetiva utilização e, ainda, decorre de contrato e não de lei.

Desta maneira, em tese, a remuneração pela utilização do bem público, por certo, não configura tributo, o que permite afirmar que a utilização de bens públicos, na modalidade de uso comum do povo, pode ser objeto de remuneração, embora seja usualmente gratuita, contudo, havendo remuneração, terá natureza de preço público.

Impõe-se agora a análise acerca da possibilidade da remuneração no bojo de contrato de concessão, em duas acepções distintas. De um lado, há a presença das concessionárias que executam e exploram serviços públicos, tal como energia elétrica ou telefonia, por força de contrato com a Administração Pública. Nesse caso, para viabilizar o cumprimento do contrato, é preciso que a concessionária implante torres e/ou postes e cabos em solo, subsolo e espaço aéreo, que configuram, muitas vezes, espaço público.

Em outros termos, a utilização de espaço público por concessionárias para instalação de torres e cabos para fins de transmissão de sinais de telecomunicação, energia elétrica, água ou esgoto se faz necessária para viabilizar concretamente a execução dos serviços de interesse público. Questiona-se, então, se esta utilização de bem público pode ser objeto de remuneração e se poderia a Administração Pública, que por vezes pode figurar como a própria concedente, exigir a remuneração. De outro lado, há a presença da concessionária responsável pela manutenção e execução de serviços de rodovia ou ferrovia, de competência estadual ou federal, sendo certo que a legislação que rege a espécie autoriza expressamente a possibilidade de auferir receitas alternativas, o que, de acordo com parte da doutrina e jurisprudência, englobaria a cobrança decorrente do uso da faixa de domínio das rodovias. Inclusive, verifica-se concretamente que alguns contratos de concessão incluem entre as cláusulas a possibilidade de cobrança de uso de bem público.

É fato que a faixa de domínio das rodovias e ferroviárias consiste em bem de uso comum do povo. Portanto, ainda que existente o contrato de concessão para manutenção e exploração de rodovias e ferrovias, as faixas de domínio mantêm a qualificação de bem público, cuja titularidade continua a pertencer ao ente político competente. Assim, a concessionária que explora o serviço de rodovias ou ferrovias não pode dispor de faixa de domínio, a qual permanece sendo bem público de uso comum e de titularidade do poder concedente. E, ainda que exista a previsão contratual de cobrança pela utilização da faixa de domínio, tal não pode subsistir. A presença de cláusula contratual não torna legítima a atuação da concessionária para realizar tal cobrança. A concessionária é autorizada à exploração e manutenção de rodovias e/ou ferrovias, inclusive

buscando lucro, com tarifas e/ou receitas alternativas, o que não se estende à faixa de domínio, até porque não se pode derogar o regime de direito público incidente sobre referido bem público.

Dessa maneira, embora seja verdade que a concessionária tem o direito de auferir lucro e até mesmo implementar rendas alternativas, tal não significa que ela tenha autorização para explorar bem do qual não possa dispor, uma vez que a faixa de domínio consubstancia bem público de uso comum do povo, que possui destinação específica e sobre o qual o concessionário não pode dispor. Até mesmo a Administração Pública se submete, no tocante aos bens de uso comum do povo, às disposições legais.

Inviável, dessa forma, a exigência de remuneração pela utilização de faixa de domínio, por parte da concessionária que explora o serviço público de rodovia ou ferrovia, ainda que o contrato de concessão desta tenha cláusula expressa com essa previsão, por absoluta falta de amparo legal.

Novamente, recorrendo à análise jurisprudencial, percebem-se posições nesse sentido, a exemplificar, o voto da Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria no julgamento do AI n. 2004.04.01.040718-7/RS, em que controvertiam, de um lado, Brasil Telecom S/A, e, de outro, Empresa Concessionária de Rodovias do Sul S/A (Ecosul), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), voto vencedor no bojo de embargos infringentes, afastando a possibilidade de cobrança:

Existem limites à concessão para exploração da Rodovia BR 290, uma vez que o bem público não é transferido para a concessionária, isto é, essa não detém todos os direitos sobre a rodovia, mas apenas recebeu o direito de explorá-la e conservá-la.

Portanto, não se faz possível a cobrança por parte de concessionária que realiza a manutenção e exploração de rodovia e/ou ferrovia pela utilização da faixa de domínio em face de concessionária de energia elétrica e outras que necessitem da implantação de rede para a concretização e adequada instalação de serviço público.

Afastada a possibilidade de cobrança pela concessionária exploradora da rodovia ou ferrovia, resta saber se o ente público, que detém a titularidade da faixa de domínio, pode cobrar pela utilização de espaço público em face da concessionária que pretende instalar instrumentos para efetivar serviço de interesse público, também objeto de concessão.

Concretamente, trata-se de tentativa de cobrança de utilização de faixa de domínio pelos municípios e/ou estados frente a concessionárias que necessitam instalar redes para transmissão de telefonia, energia elétrica ou gás.

Mais uma vez, é importante ficar claro que, em tese, é possível a cobrança pela utilização de bem de uso comum do povo. Mas aqui o problema se dá em relação à própria natureza do contrato estabelecido entre o particular e o Poder Público. Trata-se de contrato de concessão, que exige prévia e necessária licitação, em que se concede à concessionária o direito à exploração e manutenção de determinado serviço público, mediante respectiva retribuição por tarifa, a ser suportada pelo usuário.

Como se trata de contrato de concessão de serviço público, decorre que nele, a Administração Pública assume posição de supremacia em relação ao contratado, justamente porque ela representa o interesse público e não há no contrato de concessão a transferência de titularidade do serviço, apenas a execução, mantendo a Administração

concedente a disponibilidade e responsabilidade do serviço. Como referido anteriormente, dessa posição decorre também a presença de cláusulas exorbitantes nos contratos de concessão, nos termos da Lei nº 8.987/1995 e, subsidiariamente, da Lei nº 8.666/1993, além de legislações específicas que regem algumas outras situações, como a legislação especial de energia elétrica – Lei nº 9.427/1996.

Assim a Administração Pública assume posição de supremacia em relação ao contratado, possuindo poderes, tal qual a possibilidade de alteração unilateral de cláusulas contratuais, e também deveres que, em verdade, visam a salvaguardar a prestação do serviço público. Nesse sentido, cabe ao poder concedente zelar, fiscalizar e cuidar da execução adequada do serviço público objeto da concessão.

Mas vale ressaltar que os poderes conferidos ao concedente, contudo, não são absolutos, e devem sempre ser exercidos com o objetivo de realização do interesse público.

A estrutura dos contratos de concessão de serviço público busca, ao mesmo tempo, proteger a supremacia do interesse público, dando à Administração Pública prerrogativas que se consubstanciam nas cláusulas exorbitantes e, também, conferir garantias ao contratado para que este tenha seu patrimônio preservado e possa, enfim, prestar um serviço público adequado.

A baliza do contrato está justamente no equilíbrio econômico-financeiro que deve reger as concessões, que estabelecerá o ponto de encontro entre a finalidade do concedente, consistente na execução do serviço público adequado, sem excluir a justa pretensão de lucro pretendida pelo particular e concessionário.

Em que ponto haverá a quebra desse equilíbrio é a grande controvérsia nos contratos de concessão. Eugenia Cristina Cleto Marolla bem enfrenta a questão e pontua que a concessão comum de serviços públicos corre por conta e risco do concessionário, razão pela qual este incorpora os riscos ordinários do negócio, presumindo-se que foram considerados na proposta por ele apresentada. Já os riscos extraordinários, decorrentes de alteração unilateral do contrato, são imputados à Administração Pública, a garantir, inclusive, a continuidade do serviço público.¹⁸

Discute-se em relação à divisão de riscos do contrato, inclusive em contratos mais modernos e complexos, se incidente no contrato de concessão tradicional. A doutrina parece se inclinar à aplicação de divisão dos riscos apenas às concessões patrocinadas e concessões administrativas, com previsão específica na Lei nº 11.079/2004, o que não consta na Lei nº 8.987/1995. Assim, não se aplicaria às concessões tradicionais.

Mas no caso concreto não se trata nem mesmo de ocorrência de risco, seja ordinário, seja extraordinário.

Trata-se, na verdade, de tentativa da Poder Público de cobrar pelo uso de bem que justamente viabilizará a execução de serviço público, objeto da concessão, o que não pode ser permitido. O interesse na viabilização do serviço público será tanto do Poder Público como do concessionário, justamente por se tratar de execução de serviço relevante à coletividade. E condicionar o uso de faixas de domínio ou terreno público à remuneração a ser revertida ao próprio Poder Público, que tem como objetivo a instalação de rede necessária à transmissão de energia, gás ou telefonia, objeto da concessão, cujo serviço é de interesse social, transferido pelo Estado ao

¹⁸ MAROLLA, 2011, p.133.

particular por falta de condição econômica para implementá-lo, deslocando o ônus ao concessionário, significa praticamente inviabilizar a concretização do serviço público, mediante ônus, ademais, desproporcional ao concessionário, que, ao final, será revertido à população.

É esse equilíbrio que o Estado não poderá romper. A verdade é que se trata de serviços relevantes à sociedade, cuja implementação pelo Estado não foi possível por uma série de razões, transferindo ao particular, por sua conta e risco, a realização. Isso não quer dizer que o Estado possa, para tanto, onerar o concessionário demasiadamente, a ponto de inviabilizar a própria execução do serviço.

Vale pontuar, outrossim, que muitas vezes pode coincidir o Poder Público competente pela faixa de domínio com o concedente cujo objeto é a execução ou manutenção do serviço público de energia elétrica, gás etc. Em tal caso, o Poder Público tem por finalidade maior a consecução do objeto da concessão, em prol da sociedade, e não pode, com maior razão, tornar mais onerosa ao concessionário a execução de serviço que é de sua titularidade, uma vez que transfere tão somente a execução.

Inclusive, nesse ponto vale citar o art. 29, incisos VIII e IX, da Lei nº 8.987/1995, que contém disposição diametralmente oposta:

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

VIII – declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;

X – declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis.

É possível observar que a legislação que rege a espécie justamente impõe ao poder concedente a viabilização dos bens necessários à execução de serviço ou obra pública, devendo promovê-la diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, sendo desta, em tal caso, a responsabilidade pelas indenizações cabíveis.

Assim, em decorrência da própria natureza do contrato, que tem por objeto a execução de serviço público essencial à coletividade, o Poder Público e/ou o concedente deve agir de modo a facilitar a execução do serviço e não restringir o uso de bem público de uso comum, que é substancial à execução de serviço.

Inviável, dessa forma, a cobrança pela utilização de faixa de domínio, bem que deve ser destinado a todos e que em essência é gratuito. Ademais, não se mostra razoável ou proporcional a exigência de cobrança do próprio Poder Público ou do próprio concedente em face de concessionário para a realização de serviço essencial à coletividade, até porque ambas as partes têm por objetivo a realização do serviço que não foi possível realizar diretamente pelo Estado e restou transferido por concessão.

O Poder Público não só visa à realização do serviço público, como é responsável por este, havendo tão somente repasse dos custos ao concessionário, que assume os riscos da execução do serviço, mas visando, por certo, lucro.

Caso se valesse da remuneração, o Poder Público estaria praticamente desnaturalizando a própria característica do contrato de concessão, buscando lucro na transferência da execução de serviços de interesse público, que se mostra incompatível de sua parte. A ideia da concessão, em tal caso, é a efetivação do serviço público, essencial, sem custos. O elemento constitutivo da concessão de serviço público é a transferência dos custos do serviço ao particular, que atua, esse sim, com riscos, mas objetivando lucro.

Essa remuneração de faixa de domínio, outrossim, por certo, oneraria demasiadamente a concessionária com inequívoca quebra do necessário equilíbrio econômico-financeiro, típico da concessão e, com maior gravidade, levaria à quebra da indispensável modicidade das tarifas, com ônus ao usuário do serviço, o que, por certo, não pode ser admitido.

Como visto, a própria legislação aplicável à espécie dispõe ser responsabilidade do concedente a viabilização dos bens necessários à execução do serviço público, especialmente se se trata de bem de uso público comum de titularidade do próprio concedente.

Decorre, deste modo, da própria natureza do contrato de concessão, a impossibilidade de cobrança pela utilização de equipamento público, no caso, de faixa de domínio, para implantação de instrumental (cabos e redes) a viabilizar serviço público relevante e objeto do contrato firmado e essencial à coletividade.

O concessionário pactua o contrato com o intuito de lucro, que se viabiliza com a cobrança de tarifas a serem suportadas pelo usuário. Além disso, conforme anotado anteriormente, o concessionário também está submetido à supremacia do interesse público e à presença de cláusulas exorbitantes, assumindo o risco da execução do serviço. Sendo assim, não parece razoável que seja também onerado o concessionário com mais este custo, advindo de bem que seria, em princípio, gratuito e de uso comum de todos. Ademais, na cadeia final, quem suportaria o ônus pelo repasse do prejuízo seria o próprio usuário e a coletividade como um todo, o que não pode ser admitido, especialmente quando se trata de serviço de interesse público e essencial.

O STF, em meados de 2010, julgou o RE 581947 acerca do tema, firmando posição pela inconstitucionalidade da cobrança de taxa pelo uso de ocupação do solo e espaço aéreo por concessionária de serviço público, nos seguintes termos:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RETRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA. COBRANÇA. TAXA DE USO E OCUPAÇÃO DE SOLO E ESPAÇO AÉREO. CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO. DEVER-PODER E PODER-DEVER. INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS NECESSÁRIOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO EM BEM PÚBLICO. LEI MUNICIPAL 1.199/2002. INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO. ARTIGOS 21 E 22 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

- 1. Às empresas prestadoras de serviço público incumbe o dever-poder de prestar o serviço público. Para tanto a elas é atribuído, pelo poder concedente, o também dever-poder de usar o domínio público necessário à execução do serviço, bem como de promover desapropriações e constituir servidões de áreas por ele, poder concedente, declaradas de utilidade pública.*
- 2. As faixas de domínio público de vias públicas constituem bem público, inserido na categoria dos bens de uso comum do povo.*
- 3. Os bens de uso comum do povo são entendidos como propriedade pública. T tamanha é a intensidade da participação do bem de uso comum do povo na atividade administrativa que ele constitui, em si, o*

próprio serviço público [objeto de atividade administrativa] prestado pela Administração.

4. Ainda que os bens do domínio público e do patrimônio administrativo não tolerem o gravame das servidões, sujeitam-se, na situação a que respeitam os autos, aos efeitos da restrição decorrente da instalação, no solo, de equipamentos necessários à prestação de serviço público. A imposição dessa restrição não conduzindo à extinção de direitos, dela não decorre dever de indenizar.

5. A Constituição do Brasil define a competência exclusiva da União para explorar os serviços e instalações de energia elétrica [artigo 21, XII, b] e privativa para legislar sobre a matéria [artigo 22, IV].

Recurso extraordinário a que se nega provimento, com a declaração, incidental, da inconstitucionalidade da Lei n. 1.199/2002, do Município de Ji-Paraná.

O caso debate a regularidade da lei do município de Ji-Paraná que instituiu a cobrança de taxa pelo uso do solo e subsolo. Ocorre que houve oposição de embargos de declaração, com substituição do Relator pelo Ministro Luiz Fux, que admitiu os embargos. Pende, ainda, nova manifestação do Pretório Excelso sobre o tema, agora sob repercussão geral – Tema 261 – cobrança de taxa de ocupação do solo e espaço aéreo por poste de transmissão de energia elétrica.

Oportuno o acatamento dos embargos de declaração, com repercussão geral, para o devido enfrentamento do tema pelo STF, a fim de conferir adequado balizamento da questão jurídica e suas variadas nuances, inclusive no que concerne à distinção entre preço público e taxa.

O E. Tribunal de Justiça de São Paulo já apreciou o tema, afastando também a possibilidade de cobrança pela utilização de bem público pelo Município de Osasco, por meio da Lei nº 3.763/2003, conforme voto do Desembargador Amorim Cantuária:

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO TRIBUTÁRIA. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE GÁS CANALIZADO. MUNICÍPIO DE OSASCO. LEI MUNICIPAL Nº 3.763/2003 QUE DISPÕE SOBRE A PERMISSÃO DE USO DAS VIAS PÚBLICAS, LOGRADOUROS E OBRAS DE ARTE DO MUNICÍPIO. INADMISSIBILIDADE DA COBRANÇA DE PREÇO PÚBLICO PELA OCUPAÇÃO DO SOLO, SUBSOLO E ESPAÇO AÉREO. COBRANÇA QUE NÃO PODE SER CONSIDERADA DE NATUREZA TRIBUTÁRIA, ANTE A AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PELO MUNICÍPIO E DE EFETIVO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE NATUREZA COMERCIAL OU INDUSTRIAL. DESCARACTERIZADOS A TAXA OU O PREÇO EM FACE DA AUSÊNCIA DE CONTRAPRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE DE JUSTIÇA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSOS DESPROVIDOS. (Apelação nº 1009735-67.2015.8.26.0405, 3ª Câm. Direito Público)

Ademais, a corroborar o entendimento da inviabilidade de cobrança pela utilização de bens públicos, vale trazer à tona entendimento de Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto desenvolvido em brilhante artigo em que sustenta decorrer do Código de Águas o direito das concessionárias utilizarem os bens públicos aqui tratados. Tal código, na visão

do autor, teria sido recepcionado pela atual Constituição Federal, estando vigentes suas regras e regulamentações posteriores, não havendo, ademais, antinomia entre seu artigo 151 e o artigo 11 da Lei nº 8.987/1995 e afirma:

Pelo critério da densidade normativa, prevalecem as normas federais do setor de energia elétrica por serem elas mais densas, quer pela sua especificidade e concretude, quer por serem elas mais aderentes à finalidade comum (modicidade de tarifas de serviços públicos).

E esclarece:¹⁹

*A norma constante do artigo 151 do Código de Águas, por seu turno, assegura às concessionárias de energia elétrica o direito de utilizar os terrenos de domínio público e mesmo de sobre eles estabelecer servidões, o que por si só já interditaria a vinculação do uso ao pagamento de preço público para as concessionárias estaduais de rodovias. Explicitando essa conclusão, os decretos regulamentares (a meu ver, como demonstrado, sem exorbitar no poder de regulamentar) explicitam que esse uso dar-se-á a título gratuito.*²⁰

Apesar da brilhante ideia desenvolvida, é fato que decorre da própria natureza do contrato de concessão de serviço essencial à coletividade a inviabilidade de remuneração pela faixa de domínio.

8. Da possibilidade de cobrança de taxa de fiscalização e funcionamento em face de concessionárias quando da utilização de faixas de domínio para instalação de postes e torres e usurpação de competência da União

Finalmente, há que se enfrentar a questão sobre cobrança de taxa de licença e funcionamento frente a instalação de torres e antenas de transmissão de serviço de telefonia, de energia elétrica, gás e outros, em decorrência do poder de polícia, e se essa cobrança implica usurpação de competência da União frente aos artigos 21, inciso XI, e 22, inciso IV, da Constituição Federal.

Vê-se que é situação bem diversa da celeuma supra tratada a respeito da possibilidade de remuneração pelo uso de bem público, muito embora possa gerar confusão.

Parece bastante claro que a adequada instalação de torres e antenas é de interesse local, cabendo ao Município competente zelar pela respectiva fiscalização e correta implantação dessas redes, inclusive no que diz respeito à segurança dos administrados e preservação do meio ambiente, de tal forma que se torna legítima a cobrança da taxa de licença e funcionamento, com fundamento no art. 30, incisos I e VIII, da Constituição Federal, senão vejamos:

¹⁹ Aqui breve referência ao artigo em que o autor faz uma análise densa e minuciosa da vigência ainda do Código de Águas e o uso de bens públicos estaduais por concessionárias de energia elétrica, o que não é expressado em sua integralidade dado o caráter mais didático do presente.

²⁰ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. O uso de bens públicos estaduais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 236, p. 1-32, abr. 2004. Disponível em: <<https://bit.ly/2CLzw03>>. Acesso em: 9 mar. 2018.

Art. 30. Compete aos Municípios:

I – legislar sobre assuntos de interesse local;

[...]

VIII – promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

Assim, é cabível à municipalidade a cobrança de taxa, enquanto modalidade de tributo, em razão de poder de polícia exercido pelo ente tributante. A propósito, a professora Regina Helena Costa ensina:

A atividade de polícia administrativa pode ser singelamente definida como a aplicação, pela Administração Pública, das limitações constitucionais e legais impostas ao exercício de direitos individuais, em benefício do interesse público. Cuida-se, portanto, de atividade de fiscalização, de controle de comportamento dos particulares, visando a prevenção da ocorrência de danos ao interesse público. A taxa, instituída com esse fundamento, objetiva remunerar o custo dessa atividade estatal.²¹

Vale ainda ponderar, por oportuno, ser possível que o bem de uso comum seja objeto de restrição, em razão de poder de polícia, para a proteção dos próprios administrados.

Outrossim, a cobrança de taxa ora tratada não importa em serviço de telefonia a significar usurpação de competência da União, pois aqui não se trata de legislação sobre o serviço de telefonia ou exploração destes em si. Nesse caso, a taxa decorre de atividade de polícia, cuja competência é do Município local simplesmente porque é matéria de interesse local.

Justamente, cabe à Municipalidade verificar o local mais adequado para instalação de torres e postes, bem como zelar pela adequada instalação e manutenção. Tal é diverso da atividade de regular a telefonia em si, competência esta exclusiva da União. A fiscalização da instalação de torres, remunerada por taxa municipal, visa a controlar o lugar de instalação de estação rádio base (ERB), por exemplo, mas não efetua qualquer concessão de serviço de telefonia, esta de competência da União. Aí reside a diferença e a explicação pela legalidade da taxa de fiscalização de instalação de antenas de telefonia, por exemplo.

Nesse sentido, já houve julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, afastando inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 430/2005, pelo Órgão Especial:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Art. 4º da Lei Complementar Municipal nº 430, de 24 de outubro de 2005, que veda a instalação de estação radio base de telefonia celular a menos de 200 metros de escolas, creches, casas de repouso, dentre outros locais, no município de Jundiá. Alegação de ofensa às disposições do art. 21, XI e art. 22, IV, da Constituição Federal, por suposta usurpação da competência da União para legislar sobre serviços de telecomunicações e para explorar essas atividades. Rejeição.

²¹ COSTA, 2017, p. 143.

Dispositivo impugnado, no caso, uma vez que não versa sobre estrutura de rede e seu funcionamento, mas apenas sobre a construção ou instalação de estruturas físicas, cuja execução (baseada no direito de construir) evidentemente pressupõe obediência às normas locais, referentes ao planejamento e controle do uso e da ocupação do solo urbano (art. 30, inciso VIII, da Constituição Federal) como, por exemplo, “não contrariar parâmetros urbanísticos e paisagísticos aprovados para a área” (art. 6º, II, da Lei Federal nº 13.116, de 20 de abril de 2015) e atender exigências técnicas locais, conforme dispõe o artigo 74 da própria Lei Geral de Telecomunicações, com a redação da Lei nº 13.116, de 20 de abril de 2015: “A concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações não isenta a prestadora do atendimento às normas de engenharia e às leis municipais, estaduais ou distritais relativas à construção civil”, precedentes deste C. Órgão Especial.

Posicionamento que não é incompatível com o que ficou decidido recentemente na ADI nº 0029713-64.2016.8.26.0000 (Rel. Des. Carlos Bueno, j. 10/08/2016) e na ADIN nº 0078242-51.2015.8.26.0000 (Rel. Des. João Negrini Filho, j. 10/08/2016), ambas julgadas procedentes, porque no primeiro caso o dispositivo impugnado (e declarado inconstitucional), ao contrário de disciplinar apenas o uso e ocupação do solo urbano, visava a impedir ou restringir o próprio funcionamento do sistema transmissor, caso a antena não obedecesse distância mínima de 6 metros de qualquer edificação, ou seja, impunha obrigação diretamente relacionada ao objeto da concessão (funcionamento da estação), com previsão, inclusive, de pagamento de indenização em caso de acidente envolvendo os sistemas transmissores; e, no segundo caso, porque a norma impugnada (e declarada inconstitucional) condicionava a prestação do serviço público (incluindo a telefonia) à expedição de direito de permissão e à cobrança de preço público (interferindo e criando realmente restrições ao serviço de telecomunicações), em contraposição à regra do art. 12 da Lei Federal nº 13.116/2015, ao passo que aqui, como mencionado acima, a questão versa sobre simples disciplina relacionada ao planejamento e controle do uso e ocupação do solo urbano (art. 30, inciso VIII, da Constituição Federal). O Plenário do Supremo Tribunal Federal, aliás, já se manifestou sobre a possibilidade de atuação do município nesses casos, proclamando:

O texto constitucional não impede a edição de legislação estadual ou municipal que sem ter como objeto principal a prestação dos serviços de telecomunicações acabe por produzir algum impacto na atividade desempenhada pelas concessionárias de serviço público federal. As leis estaduais concernentes ao ICMS, a incidir sobre a atividade de telecomunicações, e a legislação municipal atinente ao uso do solo, de crucial importância na colocação de antenas e formação de redes, chegam a afetar a execução dos serviços, mas não revelam inconstitucionalidade formal. (ADI 4739 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/02/2013)

E, recentemente (em 17/08/2016), a Ministra Rosa Weber, no exame do Recurso Extraordinário nº 981825/SP, confirmou julgado deste C. Órgão Especial (referente à ADIN nº 0128923-93.2013.8.26.0000, Rel. Des. Antônio Luiz Pires Neto, j. 23/04/2014), decidindo que o entendimento adotado no acórdão recorrido não diverge da jurisprudência firmada no âmbito do Supremo Tribunal Federal:

No sentido de que a matéria relativa à instalação de torres de telefonia celular está inserida na competência legislativa municipal para disciplinar o uso e a ocupação do solo urbano, razão pela qual não se divisa a alegada ofensa aos dispositivos constitucionais suscitados. (RE nº 981825/SP)

Daí porque, versando esta ação sobre questão semelhante, impõe-se o reconhecimento de constitucionalidade da norma impugnada. Arguição julgada improcedente (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0031063-87.2016.8.26.0000, Suscitante: 7ª Câmara de Direito Público Interessados: QMC Telecom do Brasil Cessão de Infraestrutura Ltda e Município de Jundiaí, Órgão Especial do TJSP, Rel. Des. Ferreira Rodrigues).

9. Considerações finais

Após todas as ponderações desenvolvidas, é possível concluir que a utilização de bens públicos de uso comum, em tese, admite a exigência de remuneração, muito embora, em regra, sua utilização se dê de maneira gratuita. E, se incidente remuneração, a natureza seria de preço público e não tributo, e tal deve estar em consonância com o ordenamento jurídico como um todo, em especial com o regime de direito público que se rege, essencialmente, pela proteção do interesse público.

E no caso de contrato de concessão de serviço público, que se mostra essencial à coletividade, essa possibilidade de remuneração não se mostra compatível.

Quando a cobrança se faz por parte do concedente que explora serviço público ou de manutenção de estrada e/ou rodovia, a faixa de domínio configura bem de uso comum do povo, que pela própria natureza, é bem indisponível, e continua sob titularidade do concedente. Assim, a concessionária para manutenção ou exploração de estradas ou ferroviárias, justamente por não ter qualquer propriedade sobre faixa de domínio, que continua sob domínio do concedente, não poderá cobrar ou pleitear remuneração por bem do qual não tem disponibilidade.

Ademais, quando se trata de pleito de remuneração por parte do Município ou Estado sobre faixa de domínio em face de concessionário, há que se verificar que este bem público, de uso comum do povo, é objeto de concessão em que justamente a realização de serviço público, que restou inviável de concretização pelo Estado, é transferida a particular, sem custos públicos, o que não significa que deva o Poder Público objetivar lucro, mediante cobrança por uso de bem público comum, essencial à execução do serviço objeto da concessão. Essa atitude ultrapassa os limites da concessão e dos princípios da razoabilidade e da boa-fé. O lucro deve ficar resguardado ao concessionário, que assume o risco pela execução do serviço e se submete às cláusulas exorbitantes do contrato.

Ademais, há que se verificar que a remuneração de faixa de domínio para instalação de redes a possibilitar a execução adequada do serviço público importará em clara quebra do necessário equilíbrio econômico-financeiro, com repasse e ônus à população usuária do serviço público, o que não pode ser admitido, até mesmo por desrespeito à quebra da modicidade das tarifas.

Além disso, a concessionária necessita da faixa de domínio, bem público de uso comum, imprescindível para a rede de instalação de torres e postes, sem a qual ficaria

inviabilizada a execução de serviço público essencial, sob pena de incorrer na descontinuidade do serviço.

Possibilitar a remuneração de faixas de domínio, seja por parte de concessionárias de estradas e/ou ferrovias, ou parte do Poder Público, seria impor ao concessionário de serviço relevante à sociedade, ônus desproporcional.

Efetivamente, o particular assume a execução, por sua conta e risco, de serviço de titularidade do Poder Público, o qual permanece com o interesse e responsabilidade por sua realização. Assim, não pode o Poder Público impor ônus que inviabilize a execução do serviço que é objeto de suas próprias finalidades.

Finalmente, cabe à Municipalidade local cuidar da fiscalização e funcionamento de cabos e torres instaladas em faixa de domínio local, por meio de tributo, consistente em taxa de funcionamento e fiscalização, não importando essa cobrança assunção de competência da União, divergindo tal situação da questão da remuneração pelo uso de bem público, o qual, pela análise supra, não se faz possível no bojo do contrato de concessão de serviço público relevantemente social, em decorrência da natureza deste, muito embora a possibilidade de remuneração, em tese, de bem público de uso comum, não implique, por si, usurpação de competência da União.

Referências

- COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017a.
- _____. *Parcerias na administração pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2017b.
- MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *Concessões de serviço público: a equação econômico-financeira dos contratos*. São Paulo: Verbatim, 2011.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. O uso de bens públicos estaduais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 236, p. 1-32, abr. 2004. Disponível em: <<https://bit.ly/2CLzw03>>. Acesso em: 9 mar. 2018.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 37-38.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A globalização e o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 226, p. 265-280, out. 2001.
- OLIVEIRA, Fernanda Paula; DIAS, José Eduardo Figueiredo. *Noções fundamentais de direito administrativo*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017.
- VIEIRA, Evelise Pedrosa Teixeira Prado. *Direito administrativo*. São Paulo: Verbatim, 2011.

