

---

# A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional

---



# A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

## IPDA

Instituto Paranaense  
de Direito Administrativo

### Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

### Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

### Direção Executiva

Emerson Gabardo

### Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

### Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Luís Enrique Chase Plate
Alice Gonzáles Borges	Lúcia Valle Figueiredo
Carlos Ari Sundfeld	Manoel de Oliveira Franco Sobrinho ( <i>in memoriam</i> )
Carlos Ayres Britto	Marçal Justen Filho
Carlos Delpiazzi	Marcelo Figueiredo
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Márcio Cammarosano
Celso Antônio Bandeira de Mello	Maria Cristina Cesar de Oliveira
Clèmerson Merlin Clève	Nelson Figueiredo
Clóvis Beznos	Odilon Borges Junior
Enrique Silva Cimma	Pascual Caiella
Eros Roberto Grau	Paulo Eduardo Garrido Modesto
Fabrcio Motta	Paulo Henrique Blasi
Guilherme Andrés Muñoz ( <i>in memoriam</i> )	Paulo Neves de Carvalho ( <i>in memoriam</i> )
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz	Paulo Ricardo Schier
Jorge Luís Salomoni	Pedro Paulo de Almeida Dutra
José Carlos Abraão	Regina Maria Macedo Nery Ferrari
José Eduardo Martins Cardoso	Rogério Gesta Leal
José Luís Said	Rolando Pantoja Bauzá
José Mario Serrate Paz	Sérgio Ferraz
Juan Pablo Cajaville Peruffo	Valmir Pontes Filho
Juarez Freitas	Yara Stropa
Julio Rodolfo Comadira	Weida Zancaner

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de responsabilidade de seus autores, que gozam de inteira liberdade de opinião. e-mail para remessa de artigos, pareceres e contribuições: e.gab.@uol.com.br ou conselho@editoraforum.com.br Endereço para envio de contribuições: Editora Fórum  
Revista A&C, Av. Afonso Pena, 2770, 15º/16º andar, Funcionários, CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG

A246 A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.  
Trimestral  
ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba  
ISSN: 1516-3210  
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

Editor responsável: Luis Cláudio Rodrigues Ferreira  
Projeto gráfico: Luis Alberto Pimenta  
Diagramação: Luis Alberto Pimenta  
Revisora: Olga M. A. Sousa  
Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868  
Bibliotecária: Nilcéia Lage de Medeiros - CRB 1545/MG - 6ª região  
© Editora Fórum Ltda., 2004.  
Proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do editor.  
Distribuída em todo o território nacional  
Assinaturas e comercialização:  
Editora Fórum, Av. Afonso Pena, 2770, 15-16 andar, Funcionários, CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG  
Tel.: (31) 2121-4900 – 0800 704-3737  
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br  
site: www.editoraforum.com.br

# As Estruturas do Serviço Público

Paulo Roberto Ferreira Motta

Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná

**Sumário:** 1 Introdução - 2 O compartilhamento - 3 A indevida transferência de regime jurídico - 4 O uso de bens públicos pelas prestadoras de serviços públicos - 5 Outras considerações necessárias sobre o uso de bens públicos pelas prestadoras de serviços públicos - 6 A natureza jurídica da cobrança - 7 Do interesse local - 8 A competência da união para fixação das tarifas e o equilíbrio econômico nos contratos de concessão - 9 O artigo 19, III, da Constituição Federal - 10 Privilégios fiscais expressamente vedados pelo texto constitucional - 11 Da cobrança sobre bens públicos federais - 12 A função social da propriedade - 13 Considerações finais

## 1 Introdução

Colhe-se em Diogo Rosenthal Coutinho que “a infra-estrutura de um país é o aparato de suporte para muitas atividades econômicas. Tradicionalmente, esse setor abrange os mercados de energia elétrica, telecomunicações, gás natural, ferrovias, rodovias, hidrovias, portos, aeroportos, transporte urbano e saneamento básico”.<sup>1</sup>

A importância da infra-estrutura para o desenvolvimento sustentado de qualquer nação é evidente:

Investimentos em infra-estrutura, incluindo aí as atividades prestadas em mercados de rede sob o regime legal de serviço público, são um vetor de crescimento econômico porque proporcionam aumento do retorno dos insumos privados, incentivam o investimento, garantindo dinamismo à atividade econômica e, além disso, geram empregos.

(...)

Entretanto, o crescimento de uma economia, desde o ponto de vista do aumento do produto interno, não é, como se sabe, necessariamente sinônimo de redução de desigualdades sociais, nem tampouco de amplo acesso a serviços essenciais. Mais investimentos em infra-estrutura não são, assim, garantia de que haverá ganhos compartilhados com os cidadãos hoje alijados das redes de serviço público. Em se tratando de universalização do acesso ao serviço público, para que se verifique aumento efetivo do bem-estar, desde a perspectiva redistributiva, há que se promover, de forma pró-ativa, a inclusão de novos usuários às redes de saneamento básico, energia, telefonia e gás.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> COUTINHO, Diogo Rosenthal. A Universalização do Serviço Público para o Desenvolvimento como uma Tarefa da Regulação. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 65.

As estruturas do serviço público, que se constituem nas redes de prestação dos mesmos, bem como de todos os bens e equipamentos necessários à prestação do serviço incluem a infra-estrutura do país e respondem pelo desenvolvimento dos mesmos.

Só que a má utilização das mesmas, quando de uma regulação despreocupada com a universalização material dos serviços públicos, deturpa o processo desenvolvimentista. Tal fenômeno, a meu ver, está ocorrendo no Brasil.

Antes de adentrar na análise dos problemas que podem ser diagnosticados, se faz necessário estabelecer duas questões fundamentais, verdadeiras premissas, para uma análise jurídica da questão.

Primeira: o objetivo a ser perseguido pela regulação, no tocante aos serviços públicos, é, não exclusivamente, mas primordialmente, a universalização material, ou seja, aquela efetivamente preocupada em proporcionar a toda população, independentemente da sua renda, acesso aos serviços públicos.

Segunda: a reversão dos bens da concessionária, ao final do contrato, é instituto jurídico necessariamente presente em toda e qualquer concessão de serviços públicos. De outro modo, não haveria concessão, mas, sim, simples e irresponsável doação de bens.

Destas duas premissas assentadas, se pode, dentre outras por certo, retirarem-se duas conclusões:

- a) as estruturas do serviço público são, juridicamente, bens públicos;<sup>3</sup>
- b) toda a propriedade, quer pública, quer privada, deve cumprir com a sua função social.<sup>4</sup>

Em profundo estudo, que denominou “da necessária reclassificação dos bens públicos”, Juarez Freitas<sup>5</sup> sustenta que os mesmos “poderiam ser todas as coisas pertencentes às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e inclusive às paraestatais, destinadas ou não a uso público, e que não estejam integradas, a qualquer título, ao domínio privado”.<sup>6</sup>

Avançando na conceituação, afirma “que parte da doutrina, com dose de razão, vai ao ponto de considerar bens públicos aqueles afetados à prestação de serviço público, mesmo quando não pertencentes a pessoas

<sup>3</sup> BRASIL. Lei nº 8.987/1995. Art. 35, parágrafo 2º: Extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato.

<sup>4</sup> BRASIL. Constituição. Art. 5º, XXIII: a propriedade atenderá a sua função social.

<sup>5</sup> FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 61-73.

<sup>6</sup> Op. cit., p. 61.

da Administração Pública”,<sup>7</sup> como Ruy Cirne Lima para quem “formam o patrimônio administrativo todos os bens, pertençam a quem pertencerem, que participam da atividade administrativa e se acham, por isso mesmo, vinculados aos fins desta”.<sup>8</sup> Aliás, Cirne Lima fundamentava a sua tese com a assertiva de que “a situação jurídica, que o uso público estabelece, sem confundir-se com a propriedade, pode ser-lhe análoga. A Ihering deve-se a fórmula de uma relação jurídica análoga à propriedade, embora distinta da propriedade. (...) Essa, a relação de administração”.<sup>9</sup>

Com sólida base no que foi antes colocado, Juarez Freitas avança no sentido de que a classificação dos bens públicos, presente no Código Civil, comporta dois pressupostos da maior importância, quais sejam: a) a classificação existente no Código Civil não é exaustiva; b) “as normas civis jamais regeirão o domínio público, a não ser de modo subsidiário e sempre sob a cogência subordinante dos princípios e regras de Direito Administrativo”.<sup>10</sup>

Lembra ainda, o professor Juarez Freitas, que a “disciplina hierárquica sobre todos os bens públicos, inclusive os dominicais, há de ser, por inexistente lacuna teleológica na matéria, ditada pela predominância dos preceitos públicos”.<sup>11</sup> Invoca, inclusive, o magistério de Clóvis Bevilacqua, para quem, dentre outros fundamentos, o exercício dos poderes de proprietário sobre os bens patrimoniais é realizado segundo os preceitos do Direito Constitucional e Administrativo.<sup>12</sup>

Concluindo, arremata com a assertiva de que “todos os bens — subordinados ao *telos* de bem público — são de algum modo regidos por preceitos públicos”,<sup>13</sup> o que implica dizer que, nas classificações sobre o tema dos bens públicos, há de imperar, para qualificar os mesmos, a “exclusão da dominialidade privada”,<sup>14</sup> cuja conseqüência é a de que, “todos os bens públicos, inclusive os dominicais, devem ser vistos sob a égide da idéia de que sobre os mesmos não há de preponderar o domínio da vontade particular, em si mesma, devendo valer o princípio finalístico dos princípios de Direito Administrativo”.<sup>15</sup>

Os aportes, antes aduzidos, possuem a força de demonstrar, mais uma vez, a correção das duas conclusões antes encetadas, quais sejam, as de que as estruturas do serviço público são, juridicamente, bens públicos;

<sup>7</sup> Id., p. 61-62.

<sup>8</sup> CIRNE LIMA, Ruy. *Sistema de Direito Administrativo Brasileiro*, p. 151 apud FREITAS, Juarez, op. cit., p. 62.

<sup>9</sup> Id.

<sup>10</sup> FREITAS, Juarez, op. cit., p. 62.

<sup>11</sup> Id., p. 63.

<sup>12</sup> Ibid., p. 63, nota 87.

<sup>13</sup> Ibid., p. 67.

<sup>14</sup> Ibid., p. 69.

<sup>15</sup> Id., p. 69.

e que toda a propriedade, quer pública, quer privada, deve cumprir com a sua função social.

É dentro desta ótica que deve ser visualizado o instituto jurídico do *compartilhamento*.

## 2 O compartilhamento

Como define o Regulamento conjunto para compartilhamento de infra-estrutura entre os setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo, baixado pela ANEEL, ANATEL e ANP, em seu art. 3º, V, compartilhamento é “o uso conjunto de uma infra-estrutura por agentes dos setores de energia elétrica, de telecomunicações ou de petróleo”.<sup>16</sup>

Na verdade, o que o *nomen juris* está descrevendo, nada mais é do que o uso das estruturas físicas de uma prestadora de serviços públicos por outra, de mesmo ou diverso serviço público, para o fito de tornar possível a prestação do serviço público nos moldes que atenda todas as exigências de qualidade, mediante o pagamento de tarifas módicas. Não havendo compartilhamento haveria necessidade da prestadora de serviços públicos construir nova rede estrutural, o que além de encarecer sobremaneira o serviço, tornaria a vida, nos grandes e populosos centros urbanos, insuportável, pela pluralidade de postes, fios, equipamentos, etc.

O instituto do compartilhamento, em que pese a novidade da sua nomenclatura, nada mais é, conforme se pode inferir da construção acima, do que uma intervenção limitativa do direito de propriedade. Especificamente, pela regulação do compartilhamento, reduzem-se dois atributos do citado direito: o uso e a fruição. No uso, em virtude de que o proprietário da rede deve compartilhar a mesma com terceiro. Na fruição, no sentido de que a mesma, embora remunerada, deve se fazer mediante critérios que não sejam abusivos, dando-se, assim, guarida ao princípio constitucional da função social da propriedade.

O fenômeno é novo no Brasil. Antes dos processos de privatização, sendo as empresas responsáveis pelos serviços públicos de energia elétrica e telecomunicações estatais do mesmo proprietário, no caso a União Federal, não havia necessidade de regular o compartilhamento, uma vez que, em última instância, não haveria sentido algum uma empresa pagar para usar a estrutura da outra, sendo a propriedade de ambas, da mesma pessoa jurídica de Direito Público interno.

A regulação existente no Direito brasileiro do compartilhamento, ~~mais uma vez, lamentavelmente,~~ é uma regulação omissa. A causa reside

na importação de modelo estrangeiro absolutamente impróprio, tendo em vista que é inaplicável à realidade, inclusive histórica, brasileira.

Ainda, como se não fosse pouco, as regulações conjuntas da ANEEL, ANATEL e ANP resolveram regular a questão não regulando, uma vez que, não fixando valores de compartilhamento, propiciam inúmeros litígios entre as diversas prestadoras.

Estes litígios, quer resolvidos por juízo arbitral, quer pelo Poder Judiciário, ocasionam, depois de demoradas discussões, a fixação de valores diferentes, eis que, fixados dentre de um universo sem qualquer critério. Em suma: temos uma regulação que contraria, de forma absoluta e absurda, o próprio instituto jurídico da regulação. Até porque, como sustenta Calixto Salomão Filho, “o compartilhamento não se faz sentir apenas na obrigação de contratar. Influência há — e deve haver — também nas cláusulas contratuais. A garantia de acesso não pode ser apenas formal, deve ser também material”.<sup>17</sup>

Há, ainda, uma realidade legislativa que não pode ser ignorada. Como a normatização sobre telecomunicações é, técnica e juridicamente muito bem feita, ao contrário das leis da energia elétrica, a Lei Geral de Telecomunicações teve o cuidado de fazer constar no seu art. 73 o seguinte:

Art. 73. As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis.

Assim, o direito público subjetivo de uso de propriedade alheia, aparentemente, foi outorgado apenas às empresas de telecomunicações de interesse coletivo.

Surgem, deste modo, duas questões:

- a) as empresas de energia elétrica, ausente dispositivo semelhante nas suas leis regulatórias, não são titulares de tal direito?
- b) as empresas de telecomunicações que prestam serviços de interesse restrito, do mesmo modo, não são titulares de tal direito?

As indagações, a meu ver, comportam respostas diversas.

No primeiro caso, é evidente que, mesmo com a ausência de dispositivo legal nas leis reguladoras de energia elétrica, o direito subjetivo

<sup>17</sup> *Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 67. O referido autor, na verdade, defende a tese, a meu ver absolutamente correta, que há na espécie, face ao teor e alcance do compartilhamento, a aplicação, em todos os seus termos e alcances, da teoria do *dirigismo contratual*.

de uso existe. Tal conclusão origina-se pelo teor do art. 5º, *caput*, da CF/1988.

No segundo caso, com as prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse restrito, não. Aliás, não sendo concessionárias de serviço público, estão equiparadas a qualquer empresa privada, não se lhes assegurando qualquer direito subjetivo. Assim, a relação, eventualmente existente, deverá ser regida por normas de Direito Privado, respeitando-se a autonomia de vontade da concessionária proprietária da rede.

### 3 A indevida transferência de regime jurídico

As teorias sobre o compartilhamento, bem como a resolução dos conflitos sobre o mesmo, notadamente na fixação dos valores praticados, possuem raízes no direito norte-americano onde, inclusive, foi elaborada ampla doutrina, destacando-se a *essential facility doctrine*, visando por cabo ao abuso do poder econômico e da recusa de contratar.

“*Essential facility doctrine*, ao romper com o caráter essencialmente passivo da disciplina antitruste, permite o desenvolvimento da disciplina regulatória”.<sup>18</sup> Sua razão de ser reside, “para aquelas situações identificadas pela doutrina econômica como de monopólio natural, em que há um bem (geralmente uma rede) de tal importância que é impossível minimamente competir sem que exista acesso a esse bem”.<sup>19</sup>

Contudo, as questões não são tão simples, como reconhece explicitamente o autor da observação acima transcrita, eis que, a doutrina em questão, mesmo nos Estados Unidos, não é a panacéia esperada pelos simplistas que acham que não regulando o estão.

Assim, mesmo em território norte-americano existem *diferentes essential facility doctrine*, uma vez que cada escola jurídica e econômica irá vislumbrar no princípio geral, que é o de realizar política antitruste, com olhos diversos. Neste campo, portanto marcadamente ideológico, uma mesma solução firmada na *essential facility doctrine* poderá ser visualizada como excessivamente intervencionista na atividade econômica ou como tímida demais.

A bem da verdade, a *essential facility doctrine* somente tem sentido no Direito brasileiro como princípio geral, pois, no mais das vezes, as suas aplicações nos Estados Unidos são, pelas razões adiante expostas, inaplicáveis no Brasil.

Há, entre os sistemas em comparação, diferenças de fundo que

<sup>18</sup> Op. cit., p. 53-54.

<sup>19</sup> Id., p. 54.



tornam, quase sempre, inaplicáveis as soluções norte-americanas no Direito brasileiro. E tal diferença reside, neste campo, fundamentalmente, no fato de que, no sistema norte-americano das *public utilities* **toda a estrutura foi construída por empresas privadas**, ao passo que, no Brasil, na origem, **toda a estrutura foi financiada pelo Estado**. Mesmo quando a estrutura foi implantada por empresa privada de energia elétrica ou de telecomunicações (sendo que pelo decurso temporal a mesma estaria, por evidente, e caso existente, completamente sucateada física e tecnologicamente) a partir do momento em que se deu a encampação, os dispêndios com a construção e manutenção da rede foram suportados, mais uma vez integralmente, pelo Estado.

Este fato histórico implica, necessariamente, reconhecer que foi o Estado quem, além de construir a rede, “encarregou-se de expandi-la e fazer-lhe manutenção”.<sup>20</sup>

A extraordinária diferença histórica, mas com profundos reflexos na economia e no direito, ainda pode ser verticalizada, pois, “nos países do mundo desenvolvido, as redes de infra-estrutura já estão totalmente ou quase totalmente construídas, seja pelo Estado (como na Europa), seja pelo mercado, com subsídios e incentivos estatais (como nos EUA)”. A conclusão passível é a de que, “neles, a regulação é geralmente orientada para a promoção de concorrência e repartição de benefícios com os consumidores, cuja quase totalidade é atendida pelo serviço público”.<sup>21</sup>

No Brasil, a realidade é completamente diversa:

A universalização do serviço público ainda é, todavia, uma meta social distante em países em desenvolvimento, mormente naqueles de dimensões continentais e populosos como o Brasil. Esses países ainda não têm redes de infra-estrutura extensas e capilarizadas o suficiente para atingir áreas distantes dos grandes centros urbanos, pouco povoadas e/ou de baixa renda. A construção e expansão da infra-estrutura em direção a essas regiões implicam investimentos que, como se viu, não trazem retornos financeiros que compensem os altos e irrecuperáveis custos iniciais que têm os concessionários privados do serviço público. Ademais, alguns desses investimentos pressupõem economias de escala típicas de monopólios naturais, fato que agrega complexidade à possibilidade de operação conjunta e concorrencial das infra-estruturas.

Com uma agravante, também se nota no Brasil maiores preocupações com políticas redistributivas na regulação de serviços públicos prestados em áreas urbanas populosas *já servidas* por infra-estrutura. Ou seja: mesmo onde já houve investimentos na expansão das redes não se constata a existência de tarifas diferenciadas por renda (aposentados e pensionistas, assalariados de baixa

<sup>20</sup> COUTINHO, Diogo Rosenthal, op. cit., p. 77.

<sup>21</sup> Id., p. 75.

renda, por exemplo) ou serviços mais baratos (como, por exemplo, pacotes de serviços de telefonia a preços mais baixos para quem já tem uma linha de telefonia fixa ou, ainda, políticas de redução do desligamento das linhas). Note-se que diferenciação de tarifas para cidadão comprovadamente incapazes de pagar taxas padrão é, vale dizer, uma realidade na Europa e nos EUA.<sup>22</sup>

Em virtude das radicais diferenças históricas, e conseqüentemente jurídicas e econômicas, é que a regulação frouxa e omissa de remeter tudo à livre negociação entre as prestadoras foi a pior possível.

Dentro desta regulação omissa, e portanto essencialmente uma não-regulação, ocorre hoje no país uma autêntica *guerra de laudos*, sendo que alguns apresentam critérios e equações absolutamente *surrealistas*, tudo para que o detentor da rede fature mais e o que vai usar a rede pague menos.

Alguns destes laudos, subscritos por professores de reputadas universidades, mas não pelas universidades, chegam ao clímax do *surrealismo* de partirem do *critério* do denominado *custo evitado*. Por este *critério*, o detentor da rede (e estou utilizando a expressão detentor em razão do fato de que ao final da concessão a rede será de propriedade da União Federal, face ao instituto da reversão) teria o *direito* de repassar à outra prestadora parte dos custos que foram evitados em virtude da *outra* não ter arcado com os custos de construção da rede. Evidente que, dentro da teoria do dirigismo contratual, e das normas regulatórias da concorrência, este critério implica no tipo penal e administrativo do abuso de poder econômico.

Imagine-se, por absurdo, a aplicação deste critério na fixação de uma tarifa de transporte coletivo de passageiros ou, ainda com intensidade mais grave, e absurdamente manifesta, na navegação aérea ou marítima. Evidente que, nestes casos, a pretensão seria incabível, pela mais absoluta falta de clientela disposta a se submeter a tal *surrealismo* arbitrário, desarrazoado e desproporcional de pagar uma tarifa com base no *custo evitado* de não ter comprado o ônibus, o avião ou o navio.

Nos casos de monopólios naturais, a questão, pelos valores jurídicos, mas, sobretudo éticos, que envolvem, é ainda muito mais grave e, por certo, deveria requerer atenção máxima das agências reguladoras e não a omissão verificada.

Crêem, as agências reguladoras, que o próprio mercado irá se encarregar de solucionar a questão. Olvidam-se, certamente por critérios inexplicáveis, que não há livre competição quando só um é detentor da estrutura, e todos os demais, sem o uso compartilhado da mesma, não

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 75.

conseguem exercer a sua atividade, que é, e aqui a agravante máxima, serviço público que deve ser materialmente universalizado.

Em assim sendo, qualquer critério de fixação de preços não pode ter como base o custo de construção da rede, mas sim apenas, e exclusivamente, a parcela do *quantum* necessário à manutenção da mesma. Fora disso, não há qualquer lógica minimamente aceitável.

Outra questão, da maior importância, deve ser enfrentada. E a mesma reside na não aplicação material do disposto no art. 11, da Lei nº 8.987/1995 (Lei de concessões), que dispõe, expressamente:

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.<sup>23</sup>

Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Realizando a exegese do transcrito dispositivo legal, Leandro Sabóia Rinaldi de Carvalho<sup>24</sup> observa que “as receitas previstas devem gerar benefícios à coletividade, através da modicidade das tarifas” tudo para assegurar a universalização material do serviço público, descrito pelo citado autor como “forma de reduzir o preço a ser cobrado aos usuários como contraprestação pelo serviço”.<sup>25</sup>

Entendimento contrário ao do exposto por Leandro Carvalho implicaria, necessariamente, numa brutal e insuportável contradição.

Exemplifico: uma empresa distribuidora de energia elétrica ao compartilhar a sua estrutura, notadamente postes, para uma empresa operadora de telecomunicações, cobra da mesma uma quantia mensal, pelo aluguel de cada poste compartilhado. Evidente que, a empresa operadora de telecomunicações retira o valor deste aluguel, até porque outra fórmula legal não encontraria, das tarifas que pratica. Ao não se dar eficácia ao art.

<sup>23</sup> O aludido art. 17 dispõe: Considerar-se-á desclassificada a proposta que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizados em lei e à disposição de todos os concorrentes.

<sup>24</sup> CARVALHO, Leandro Sabóia Rinaldi de. *Receitas Alternativas, Complementares e Acessórias*. SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla C. (Coord.). *Direito Empresarial Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 684-695.

<sup>25</sup> Op. cit., p. 684.

11 da Lei nº 8.987/1995, se pode visualizar, objetivamente, a seguinte situação: o usuário do serviço de telefonia tem, em alguns centavos, ou fração de centavos, um aumento na sua conta mensal para que a operadora de telefonia do qual é assinante pague os valores requeridos pelo compartilhamento à empresa de energia elétrica. Ocorre que, este mesmo usuário de telefonia, independente da empresa da qual seja assinante, é, ao mesmo tempo, usuário da mesma empresa de distribuição de energia elétrica, e não tem, na sua conta, o abatimento dos centavos, ou da fração de centavos que pagou numa ponta.

O exemplo antes narrado só pode ser qualificado como transferência brutal de renda do usuário para a empresa detentora da rede em flagrante violação do ordenamento jurídico em vigor.

Algum crítico da tese exposta poderia, por certo, alegar duas questões:

a) se a empresa de telefonia tivesse que construir e manter uma rede o custo para o usuário seria ainda maior; b) se não houve, na origem da concessão, a aplicação do art. 11, da Lei nº 8.987/1995, não se pode, agora, exigí-lo, porque no mesmo, segundo os estreitos termos do dispositivo legal em questão, as vantagens deveriam estar previstas na proposta, face ao disposto no parágrafo único do mesmo comando legal (as fontes de receita previstas serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato).

A primeira assertiva poderia ser facilmente rebatida pelos elementos antes expostos: universalização material, função social da propriedade, compartilhamento regulado como política regulatória antitruste.

Quanto ao segundo, mais uma vez a colocação de Leandro Carvalho é perfeita, razão pela qual a transcrevo integralmente:

Ora, é evidente que a necessidade de previsão no edital visa a assegurar aos licitantes o direito de terem as informações necessárias para a elaboração das propostas.

No entanto, ultrapassada a licitação, caso haja alteração das condições iniciais do contrato, não parece correto manter-se tal postura, se a necessidade de remunerações alternativas se fizer vital para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Basta fazermos uma interpretação sistemática da Lei nº 8.987/95. O parágrafo 2º do artigo 9º estabelece que “os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro do contrato”. O parágrafo 4º do mesmo artigo prevê que “em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração”. E o artigo 10 estabelece

que “sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”.

Portanto, é evidente que, para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, poderá o Poder Concedente alterar o contrato de concessão, para incluir a possibilidade de remuneração prevista no artigo 11.<sup>26</sup>

Entendimento contrário, creio, implicaria em duas realidades despossuídas de qualquer juridicidade:

- a) desequilibrada contra os interesses do usuário, a equação econômica-financeira não comporta correção;
- b) a concessionária obteria maior rentabilidade no exercício da acessoriedade de sua atividade principal.

Por derradeiro, neste tópico, e até mesmo para a exata compreensão da questão, e aproveitando mais uma vez o aporte de Leandro Carvalho, no exemplo antes citado, pagamento pelo compartilhamento de postes, temos receita acessória, que é aquela que “integra a remuneração do concessionário, sem estar relacionada à prestação do serviço”. Alternativas são aquelas que substituem a tarifa; e complementares são as que “integram a remuneração do concessionário, e estão diretamente relacionadas com a prestação do serviço”.<sup>27</sup>

#### 4 O uso de bens públicos pelas prestadoras de serviços públicos

Alguns municípios brasileiros,<sup>28</sup> pelos mais diversos artifícios legislativos ou normativos, estão instituindo formas de cobrança pela utilização de bens públicos pelas prestadoras de serviço público.

Este fato, ao contrário do que apressadamente se pode pensar, não faz com que as prestadoras de serviços públicos tenham suas margens de lucro diminuídas, pelo pagamento das referidas taxas ou preços (conforme divergem os doutrinadores).

Na verdade, face ao arsenal legislativo, normativo, regulatório e contratual que regulam a relação jurídica entre as empresas prestadoras e as agências reguladoras, todos estes pagamentos, pelas mais diversas fórmulas, implicam no aumento das tarifas. Ou seja, todos os recursos destinados ao pagamento da utilização dos bens públicos municipais são, em última instância, suportados pelos usuários dos serviços públicos, que como munícipes, já estão submetidos a diversos tributos, taxas e tarifas de alçada municipal.

<sup>26</sup> Id., p. 689.

<sup>27</sup> Ibid., p. 686.

<sup>28</sup> Dentre outros: Decreto nº 327/2001, do Município de Curitiba.

Mais uma vez, portanto, todos os custos da universalização, impossível de ser materializada sem a utilização de bens públicos municipais, é jogada nas largas, e cansadas, costas do cidadão usuário.

Esta política de agravamento tarifário imposta pelas municipalidades parece ser absolutamente inconstitucional pela colocação de poderosos óbices à universalização material. Mais, face aos inúmeros dispositivos constitucionais que são violados constitui-se em autêntica pedagogia da inconstitucionalidade.

No que pertine ao presente trabalho, os dispositivos presentes nas leis e atos normativos dos municípios, em síntese, podem ser assim descritos: a outorga, a título precário, de permissão de uso de espaços públicos municipais, inclusive o espaço aéreo, o subsolo e as obras de arte para a implantação, instalação e passagem de equipamentos urbanos destinados à prestação de serviços de infra-estrutura por entidades de Direito Público e Privado. Consideram-se equipamentos urbanos destinados à prestação de serviços de infra-estrutura, entre outros, os equipamentos relacionados com abastecimento de água, serviços de esgoto, energia elétrica, coleta de águas pluviais, dutos para transporte de petróleo e derivados ou de produtos químicos, transmissão telefônica, de dados ou de imagens, limpeza urbana, gás canalizado e transporte.

Evidente que, ninguém de sã consciência, poderia admitir que o Município não pudesse dispor sobre a instalação de equipamentos sobre as vias públicas, notadamente os de grandes proporções, repletos de cabos e outros utensílios que atrapalham, de certa forma, o trânsito e o tráfego de pessoas e veículos, além de malferir o padrão estético das cidades, principalmente aquelas mais densamente povoadas, já extremamente castigados.

Assim, alguma forma de regulamentação, notadamente sobre os tipos e padrões visuais, deve haver, principalmente a submissão à prévia apreciação dos órgãos competentes da municipalidade, e, caso cumprido o ordenamento legal existente, as prestadoras de serviços públicos devem receber, mediante outorga, o competente Termo de Permissão de Uso.

Do mesmo modo, quando os equipamentos não tiverem mais utilidade para a prestação do serviço público, caberá à prestadora retirar, imediatamente, os mesmos, repondo o espaço público nas condições equivalentes ou superiores às existentes previamente a essa retirada, sem qualquer ônus para a Administração Municipal e nem qualquer direito de retenção ou indenização por benfeitorias, no prazo estabelecido em norma municipal, se existente.

Neste diapasão, repito, não se nega ao Município o direito de exigir a observância integral das condições previstas nas disposições legais e regulamentares aplicáveis.

Do mesmo modo, não se pode objetar a fiscalização permanente dos equipamentos urbanos, de modo a assegurar a preservação das condições de conservação e manutenção, inclusive de segurança, nos termos aprovados quando da outorga da permissão de uso; bem como a proibição de utilização dos equipamentos urbanos ou do espaço público objeto da permissão para qualquer finalidade diversa da prestação dos serviços públicos, exceto mediante révia autorização do Município. A aplicação de sanções, inclusive pecuniárias, é, neste turno, perfeitamente admissível.

Por outro lado, parece ser interferência indevida, até porque a prestadora de serviço público, conforme antes visto, tem o dever de compartilhar com outra a sua rede, a obrigatoriedade de obter autorização prévia para permitir que terceiros utilizem, compartilhadamente, os equipamentos localizados nos espaços públicos.

Duvidoso também é o dever de promover, sem ônus para a Administração Municipal, a alteração de localização dos equipamentos, por motivos de *interesse público*. Nestes casos, e para evitar abusos, é sempre de bom alvitre regulamentar a questão do modo mais exaustivamente possível, sob pena de, mediante várias manipulações do *interesse público*, se determinar modificações absolutamente contrárias à razoabilidade que é inerente à atividade pública-administrativa.

## 5 Outras considerações necessárias sobre o uso de bens públicos pelas prestadoras de serviços públicos

Importa salientar, desde já, que as normatizações municipais inovam o ordenamento jurídico, eis que, jamais, os Municípios exigiram pagamento para a outorga de permissão de uso de espaços públicos de *sua propriedade* quando as empresas públicas eram estatais.

Assim sendo, é lícito sustentar, eis que fato historicamente verdadeiro, que as prestadoras de serviços públicos, enquanto empresas estatais, jamais pagaram qualquer taxa (ou denominação fiscal assemelhada) pelo uso de bens públicos, quer municipais, estaduais ou federais, mesmo que fossem sociedades de economia mista ou empresas públicas, portanto pessoas jurídicas de Direito Privado.

Também, nesta toada, não há notícia de prestadora de serviço público

na qualidade de pessoa jurídica de Direito Privado, na qualidade de concessionária ou permissionária de serviços públicos, tenha, em algum outro período histórico, pago as referidas taxas (ou preços).

Deste modo, e outras palavras não podem deixar de ser utilizadas, os Municípios pretendem, agora, impor ônus de valor considerável, e incommensurável no tempo, não porque houve a privatização, mas sim porque o arsenal regulatório existente não implica em diminuição de lucros às empresas, pela possibilidade de repasse dos custos aos usuários, sob as mais diferentes modalidades.

Sob o regime anterior, quando os serviços eram prestados por empresas públicas ou sociedades de economia mista, havia forte controle tarifário, muitas vezes irracional, razão pela qual, no cenário anterior, não havia margem para o repasse desses valores às tarifas e, conseqüentemente, ao usuário. Destarte, sob o regime anterior, os Municípios não cobravam taxas das empresas estatais pela ocupação do solo urbano. Agora, com o paradoxo de uma regulação que desprotege o usuário, e cria óbices à universalização material, há espaço suficiente para o agravamento tarifário, via cobrança, pela utilização dos espaços públicos.

## 6 A natureza jurídica da cobrança

Dispõe o art. 3º do Código Tributário Nacional que “tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não se constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

No caso da cobrança pelo uso dos bens municipais, pelas prestadoras de serviços públicos, estão presentes os elementos integrativos do tributo, como objeto da relação jurídica-tributária. O sujeito ativo, no caso o Município, por ter expedido o ato legislativo para instituir a exigência. O sujeito passivo, no caso a prestadora, contribuinte, que deve cumprir com a obrigação imposta pelo ato legislativo, sendo responsável pelo recolhimento do tributo. O fato gerador, no caso em tela, tratando-se de taxa, pela utilização, efetiva ou potencial de uso de bem público e/ou poder de polícia.

A taxa aqui, como espécie do gênero tributo, é inegável, eis que sua compulsoriedade emerge da prestação potencial ou efetiva de serviço público ou da atividade relativa ao poder de polícia. Além disso, a compulsoriedade também pode ser constatada no fato de que o não pagamento implica em sanções administrativas específicas pelo descumprimento, com a imposição



de multas, e, em alguns casos, o perdimento de bens.<sup>29</sup>

## 7 Do interesse local

Os defensores da constitucionalidade e legalidade da aludida cobrança baseiam suas teses no disposto no art. 30, VIII, da Constituição Federal que estabelece que compete aos Municípios (...) promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

Vislumbram neste dispositivo — interesse local do Município<sup>30</sup> — permissivo da referida cobrança. A interpretação, aparenta-me, não é a melhor. Isto porque, não há competência absoluta para o Município adequar o seu ordenamento territorial, pois, de outro modo, a expressão *no que couber*, existente no inciso VIII, do mencionado artigo constitucional perderia completamente o sentido.

Sobre o tema, leciona José Carlos Vasconcellos dos REIS, o direito urbanístico apresenta três graus de “especialização legisferante”, ou seja: as normas gerais da União; as normas regionais, suplementares, dos Estados; e, as normas locais dos Municípios.<sup>31</sup>

O citado autor traz à lembrança o disposto no capítulo de Política Urbana, presente na Constituição, mais especificamente no seu art. 182, que estabelece que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo

<sup>29</sup> O Decreto municipal de Curitiba, em seu art. 9º deixa claro isso. Veja-se: Art. 9º - Serão considerados clandestinos os equipamentos urbanos instalados, implantados ou que, de qualquer modo, ocuparem espaços públicos do Município de Curitiba, em desconformidade com o disposto neste Regulamento. § 1º - Os equipamentos urbanos clandestinos serão declarados perdidos em favor do Município de Curitiba por ato do Prefeito Municipal, assegurada defesa prévia no prazo de 5 (cinco) dias, contado de ciência pessoal, postal ou por edital do interessado.

<sup>30</sup> “O conceito de interesse local — grande determinante da competência do Município — merece um breve esclarecimento, pois trata-se de uma cláusula altamente genérica e de forte conteúdo fático. A melhor doutrina nacional, de que se cita como paradigma Hely Lopes Meirelles, pacificou-se no sentido de que se deve atentar não para a exclusividade do interesse local, mas para a sua predominância. Assim, quando a Constituição fala em interesse local — ou, nos textos anteriores a 1988, peculiar interesse dos Municípios —, está fazendo referência a um interesse mais intensamente municipal, predominantemente local, que sobrepuja o interesse do Estado ou da União. Além disso, o Prof. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, com apoio em Adilson Dallari, observa que o conceito de interesse local tem um sentido dinâmico, sendo sensível às transformações tecnológicas e econômicas, e deve ter suficiente flexibilidade para assimilá-las, pois a predominância de interesse pode variar no tempo e no espaço. Por isso, não se pode fixar a *priori* a amplitude do conteúdo da autonomia do Município, que depende da idéia que se faça de interesse local. Trata-se de um conceito histórico, que não pode ser avaliado despendido do mundo dos fatos, devendo ser objeto de cuidadosa análise casuística pelo Poder Judiciário. Isto porque, sempre que predominar o interesse local sobre o regional e o nacional, ao Município deverá ser dada preferência na disciplina da matéria. REIS, José Carlos Vasconcellos dos. Os Municípios no Estado Federal Brasileiro. RDA 228/169. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 76-77. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 244-245.

Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Impossível, penso, ler o ditame constitucional do bem estar dos habitantes de uma cidade sem que se possa pressupor de que o mesmo venha a ser alcançado com a colocação de óbices à plena e efetiva universalização material dos serviços públicos.

A interpretação sistemática do art. 30, VIII, e do art. 182, todos da Lei Maior, deve levar em conta que a promoção do adequado ordenamento territorial — competência municipal — implica, não só nos interesses estéticos e arquitetônicos, mas também, e principalmente, no *pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes*.

O mesmo José Carlos Vasconcellos dos Reis lembra que os princípios do *interesse predominante* e da *subsidiariedade* formam verdadeiro alicerce da Federação.<sup>32</sup>

O referido autor, em alocução perfeita, demonstra que o “princípio do *interesse predominante* é de compreensão muito simples” pois norteia a repartição de competências no sentido de que confere “à União as matérias de interesse predominantemente geral ou nacional” e aos Municípios “os assuntos em que predomina o interesse local, entre os quais, inegavelmente, se inclui o urbanismo”.<sup>33</sup>

Contudo, o urbanismo (interesse local) não pode se sobrepor à universalização material dos serviços públicos (interesse geral e nacional). Do contrário, penso como o ilustre autor mencionado, teríamos a falência sistêmica do princípio da universalização material dos serviços públicos, sejam federais, estaduais ou municipais.

O que quero ressaltar, mesmo sob o risco de severas críticas, é que o urbanismo, comparado aos serviços públicos, notadamente aos indispensáveis à sobrevivência humana, se constitui em utilidade pública, no sentido de transformar os centros urbanos em locais úteis para que as pessoas possam viver e exercer suas atividades. Já os serviços públicos se constituem em necessidades e utilidades públicas, sendo indispensáveis para a vida das pessoas.

Quero com isso dizer que o urbanismo, tomado isoladamente, como

<sup>31</sup> Op. cit., pp. 158-159. Segundo o autor “as normas locais dos Municípios, não só em virtude da competência atribuída expressamente pelo inc. VIII, mas também, quando for o caso, da competência suplementar conferida pelo inc. II, do art. 30, da Constituição, sempre que o interesse local assim o requerer. Id., p. 159.

<sup>32</sup> Op. cit., p. 159.

<sup>33</sup> Id., p. 159.

gênero da política de Administração Pública, comporta o pleno atendimento às necessidades e utilidades públicas. Acolhe no seu corpo, com extraordinário e generoso espaço, o serviço público. Sem a ligação inerente e essencial com o serviço público, o urbanismo, muito embora respeitável, é mera utilidade pública.

Ademais, seria impossível, ou quando muito extremamente difícil, se conceber políticas urbanísticas sem que as mesmas não possibilitassem o acesso aos serviços públicos.

O mesmo Vasconcellos dos Reis lembra de que “tudo aquilo que uma comunidade menor puder fazer por si mesma não deve ser absorvido por uma comunidade maior, garantindo-se, dessa forma, a autonomia dos Estados e Municípios em face da União”.<sup>34</sup> O contrário também é verdadeiro. Ou seja, tudo aquilo que uma comunidade menor **não** puder fazer por si mesma, **deve** ser absorvido por uma comunidade maior, garantindo-se, dessa forma, a autonomia da União em face dos Estados e Municípios. Não é outra a lógica, por suposto, pela qual o exercente do Poder Constituinte repartiu a competência da prestação dos serviços públicos entre União, Estados e Municípios. Se dados serviços foram atribuídos à União, é, por elementar, que os mesmos não poderiam ser, ou não seriam tão bem prestados universalmente pelos Estados e Municípios. Qualquer outra exegese, entendo, iria contra os fundamentos do Federalismo. No sistema constitucional brasileiro, como diz Silvia Faber Torres, foram atribuídas à União “aquelas tarefas que não pudessem ser executadas senão a partir de um governo com esse nível de amplitude e generalização”.<sup>35</sup>

## 8 A competência da união para fixação das tarifas e o equilíbrio econômico nos contratos de concessão

Evidente que há ônus financeiro imposto pelas normatizações municipais. Por menor que sejam os valores praticados, em face da extraordinária quantidade de equipamentos, que formam as redes de energia elétrica e telecomunicações, há de se reconhecer que as taxas pretendidas implicam em custos vultosos que, por sua vez, jamais foram previstos nos editais que regeram os procedimentos licitatórios, encetados pela União Federal, bem como jamais foram aventados pelas leis que regulam a energia elétrica e pela Lei Geral de Telecomunicações, que não fazem constar nos seus textos

<sup>34</sup> Ibid., p. 160.

<sup>35</sup> *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 213 apud REIS, José Carlos Vasconcellos dos, op. cit., p. 160-161.

qualquer determinação de pagamento de taxas pela *outorga* de uso de bem público municipal.

Clássica no direito administrativo brasileiro a posição de que qualquer alteração no custo da equação original do contrato administrativo deve ser compensada mediante o reequilíbrio econômico-financeiro do mesmo.

A legislação também não descuroou da doutrina. O art. 65, da Lei nº 8.666/93, em seu parágrafo 5º, determina expressamente que quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso. Já o parágrafo 3º, do art. 9º, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, reza que, ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso. Para complementar no parágrafo 4º, do mesmo artigo, aduz que em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

No entanto, surge aqui a primeira impossibilidade legal e constitucional de assim proceder, uma vez que o necessário, e obrigatório, reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão em vigor, firmados entre a prestadoras e as agências reguladoras, não podem ser reajustados pelos seguintes motivos:

Primeiro, os contratos de concessão, quer os de energia elétrica, quer os de telecomunicações, não contemplam hipóteses de reajustamento tarifário em uma única cidade; sendo que o serviço de energia elétrica possui muitas concessionárias cuja área de atuação ultrapassa, em muito, um único município. Por sua vez, as concessionárias dos serviços de telecomunicações de interesse coletivo atuam em vários Estados da Federação, conforme dispõe a setorização do Plano Geral de Outorgas.

No caso das telecomunicações, a Lei Geral de Telecomunicações determina a universalidade e **uniformidade** da tarifa estabelecida no Contrato de Concessão em cada setor do Plano Geral de Outorgas, aprovado pelo Decreto nº 2534/1997, que corresponde a cada Estado da Federação. Nestes termos, as normatizações municipais infringem

frontalmente o artigo 3º da LGT, que, em seu inciso III, determina que os usuários de serviços de telecomunicações têm o direito de serem tratados indiscriminadamente.

Isto posto, se verifica que, as normatizações municipais, negam vigência à lei federal, quando submetem as prestadoras às exigências das taxas impositivas pelas leis ou decretos, uma vez que jamais obteriam, as concessionárias, por absoluta falta de previsão legal e contratual, reajustes das tarifas praticadas nos municípios em que existe a cobrança, mantendo outros valores para as tarifas praticadas em outras cidades da suas áreas de concessão, sem que fossem frontalmente desrespeitados os dispositivos da Lei Geral de Telecomunicações (art. 3º, III) e violado os princípios constitucionais da isonomia, da legalidade, da moralidade e da impessoalidade, que ressaltam tão evidentes, tornando desnecessário qualquer consideração jurídica sobre a flagrante e brutal violação dos mesmos.

### 9 O artigo 19, III, da Constituição Federal

Estabelece o art. 19, III, da Constituição Federal, que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios **criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si**.

Invocado dispositivo constitucional, não por acaso constante do Capítulo da Organização Política-Administrativa e do Título da Organização do Estado Brasileiro, está sendo diversas vezes violado pelas normatizações em comento.

Leitura atenta dos atos legislativos demonstra que os mesmos atingem, muitas vezes, apenas empresas concessionárias da União Federal, deixando de fora de seu alcance as empresas (de capital público ou privado) que são concessionárias estaduais ou municipais. Tem-se, assim, expressamente aquilo que foi vetada pelo dispositivo constitucional antes invocado, ou seja, a preferência para empresas concessionárias das municipalidades e do Estados-membros da Federação, conforme o caso.

Torna-se claro e facilmente verificável que os municípios estão estabelecendo uma preferência para si (cobrança pela outorga de uso de bem público municipal) de empresas concessionárias da União, ou seja, via reflexa, e manifestamente ilegal e inconstitucional, se apropriam de receitas remuneratórias de serviço público federal.

Sobre as vedações do art. 19, III, do Texto Constitucional veja-se a lição doutrinária de José Afonso da Silva:

A vedação de criar distinções entre brasileiros coliga-se com o princípio da igualdade. Significa que um Estado não pode criar vantagem a favor de seus filhos em detrimento de originário de outros, como não poderá prejudicar filhos de qualquer Estado em relação a filhos de outros, nem filhos de um Município em relação a filhos de outros. A União não poderá beneficiar nem prejudicar filhos de uns Estados ou Municípios ou do Distrito Federal mais do que filhos de outros. Tampouco os Municípios poderão fazê-lo. O ato discriminativo será nulo e a autoridade responsável por ele poderá incidir no crime previsto no art. 5º, XLI.

A paridade federativa encontra apoio na vedação de criar preferências entre um Estado federado e outro ou outros, ou entre os Municípios de um Estado e os de outro ou do mesmo Estado, ou entre Estado e Distrito Federal.<sup>36</sup>

## 10 Privilégios fiscais expressamente vedados pelo texto constitucional

Estabelece o art. 173, § 2º, da Constituição Federal, que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

Existem municípios, dentre os que criaram as taxas em comento, que possuem, geralmente, empresas públicas de transporte coletivos de passageiros, que também utilizam-se do espaço urbano para a colocação de equipamentos, notadamente pontos de ônibus, que não são, por certo, taxadas. É claro, portanto, que ao estabelecer privilégio fiscal reflexo à empresa pública e/ou sociedade de economia mista (que exerçam atividade econômica ou serviço público municipal) e não estendendo o mesmo às empresas privadas prestadoras de serviço público federal, restará violado o invocado dispositivo presente na Lei Maior.

Evidente que, a expressão *privilégio fiscal* utilizada pela Constituição tem aqui o claro sentido de qualquer numerário de origem fiscal que venha a ingressar no Erário.

## 11 Da cobrança sobre bens públicos federais

Inegável que ao final da concessão, quer pela Lei Geral de Telecomunicações, quer pelas leis que regulam a prestação dos serviços de energia elétrica, quer pela lei de concessões, em dispositivo acima transcrito, todos os bens necessários para a prestação dos serviços, de propriedade da prestadora, reverterão à União Federal.

Veja-se, por importante, para a exata compreensão da classificação

<sup>36</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 415-416.

dos bens públicos, bem como a aplicação da mesma, o ensinamento de Eros Roberto Grau sobre a completa inconstitucionalidade e ilegalidade da cobrança pelo uso de bens públicos municipais para empresas prestadoras de serviços públicos:

Os bens públicos, de uso comum do povo, de uso especial e dominicais, integram, todos eles, o patrimônio público, mas os bens de uso comum do povo são modernamente entendidos como propriedade pública.

Tamanha, no entanto, 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.

Entende-se por uso comum, de outra parte — este é o ensinamento de FORSTHOFF — o uso de um bem que, sem autorização especial, é acessível a todos ou a pelo menos a um conjunto não individualizado de pessoas.

Isso poderia inicialmente nos levar a afirmar ser descabida a pretendida cobrança de remuneração pelo uso desses bens, de uso comum do povo.

Contra tanto será, porém, dito que as empresas referidas na consulta, prestadoras do serviço público de distribuição de gás canalizado, fazem uso especial — e não uso comum — dos bens de uso comum, já que deles não se valem para exercer o direito à circulação, 'que é a manifestação mais característica do direito de locomoção, direito de ir e vir e também de ficar (estacionar, parar) assegurado pela Constituição Federal, mas sim para, em seu subsolo, instalar redes de gás canalizado ou passar dutos de maior ou menor porte, necessários ao transporte e à distribuição de gás canalizado. Por isso — dir-se-á — justificar-se-ia a cobrança de um preço para tal uso.

Aqui, mais uma vez, caberia vigorosa contradita, esgrimida desde a afirmação de que as empresas de que cuida poderiam, se propriedade particular fossem as áreas correspondentes a esses bens de uso comum do povo, obter declaração de utilidade pública de seu subsolo pelos Estados-membros, a fim de constituírem servidões administrativas suficientes para permitirem aquele uso especial independentemente do pagamento de qualquer remuneração.

Logo se vê que duas circunstâncias conferem complexidade à hipótese:

(i) a primeira delas repousa sobre o fato de os bens a serem utilizados pelas empresas prestadoras de serviços públicos não constituírem propriedade privada, mas sim bens de uso comum do povo; pois é certo, bem certo, que se de propriedade particular se tratasse as empresas delegadas/concessionárias do serviço público poderiam constituir servidões administrativas, que — repito — não conduzindo à extinção de direitos, não acarretariam, em princípio, o dever de indenizar, salvo disposição legal expressa em contrário, no caso inexistente;

(ii) a segunda, sobre o fato de o uso feito pelas empresas prestadoras de serviço público consubstanciar uso especial, e não uso comum de bens de uso comum.

Sendo assim, não é razoável que as empresas de que se trata sejam oneradas mercê precisamente da peculiaridade de serem prestadoras de serviço público.

Explico-me

Os bens de uso comum do povo consubstanciam propriedade pública. Não consubstanciam bens de propriedade do Estado; são como ensina Ruy CIRNE LIMA, qual os bens do patrimônio administrativo 'insuscetíveis de propriedade, quer dizer, de vincular-se, pelo laço do direito real, a uma vontade ou personalidade.

De outra banda, como vimos, constituem, em si, o próprio serviço público (objeto de atividade administrativa) prestado pela Administração. Mas assim é apenas enquanto os particulares deles façam o uso comum (= uso normal).

Quando, porém, deles faça uso não um particular, mas o próprio Estado ou entidade prestadora de serviço público, e para fim de prestação desse serviço, tais bens já não constituem o próprio serviço, mas instrumentam a prestação de outro serviço público.

(...)

O fato é que, ainda que os bens do domínio público e do patrimônio administrativo não tolerem o gravame das servidões, sujeitam-se, no caso de que tratamos, aos efeitos da restrição decorrente da passagem, pelo seu subsolo, de dutos de maior ou menor porte, necessários ao transporte e à distribuição de gás canalizado.

Por certo que não conduzindo, a imposição dessa restrição, à extinção de direitos, não acarreta o dever de indenizar, salvo disposição legal expressa em contrário, no caso, contudo, inexistente.<sup>37</sup>

## 12 A função social da propriedade

A Constituição Federal, sem fazer qualquer ressalva entre os bens públicos e os privados, assegura o direito de propriedade, desde que a mesma cumpra com a sua função social (art. 5º, XXIII).

As normatizações municipais que oneraram serviço público federal e universal, regido por normas de Direito Público, trazem interferência indevida na universalização material destes mesmos serviços, descumprindo, portanto, com o princípio constitucional da função social da propriedade.

Parece ter passado despercebido por estas municipalidades que a Lei nº 10.257/2001 — o Estatuto das Cidades — trata como normas gerais os princípios basilares da política urbana. Com efeito, este é o perfeito entendimento que se deve ter face ao seu art. 2º,<sup>38</sup> que dispõe sobre a política urbana, bem como do art. 3º,<sup>39</sup> que estabelece as competências da União Federal.

<sup>37</sup> Em face da pluralidade de idéias e institutos jurídicos abordados pelo autor, fui obrigado a reproduzir o texto, bastante longo. Do contrário, penso, muito se poderia perder. GRAU, Eros Roberto. *Uso do Subsolo de Faixas de Domínio de Rodovias e Vias Públicas por Empresas Concessionárias de Serviços Públicos: servidão administrativa, direito restritivo de passagem e preço: falsa privatização de serviço público.* RTDP 27/81 et seq.



Todos os dispositivos legais, transcritos exaustivamente na nota de rodapé, são direcionados a assegurar, indubitavelmente, a função social da propriedade urbana. Tal fato, elemento nuclear da lei, está previsto expressamente no art. 39, do mencionado diploma legal:

Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor,

<sup>38</sup> BRASIL. Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.

Art. 2º. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I - garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

II - a gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

III - cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social;

IV - planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;

V - oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais;

VI - ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:

a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;

b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;

c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana;

d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente;

e) a retenção especulativa de imóvel urbano que resulte na sua subutilização ou não utilização;

f) a deterioração das áreas urbanizadas

g) a poluição e a degradação ambiental.

VII - integração e complementariedade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob a sua área de influência;

VIII - a adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbanas compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência;

IX - justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;

X - adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais;

XI - recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos;

XII - proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;

XIII - audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população;

XIV - regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, considera das a situação socioeconômica da população e as normas ambientais

XV - simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais;

XVI - isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social.

<sup>39</sup> Art. 3º. Compete à União, entre outras atribuições de interesse da política urbana:

I - legislar sobre normas gerais de direito urbanístico;

II - legislar sobre normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios em relação à política urbana, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional;

III - promover, por iniciativa própria e em conjunto com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios,

assegurado o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei.

Muito embora as normas constantes nos arts. 2º, 3º e 39 da mencionada lei sejam programáticas, ou seja “expressam o que o Poder Público deve alcançar, mas não como esses objetivos serão realizados”<sup>40</sup> é evidente que não se pode conceber constitucionalidade nas normatizações que afastam o direito da concreção dos objetivos ali presentes. Ou seja, qualquer normatização que afaste a função social da propriedade, deve ser tida como contrária ao atingimento dos programas arrolados no mencionado Estatuto.

É neste universo que se torna perfeitamente possível demonstrar que, em última *ratio*, os arts. 2º, 3º e 39, da Lei nº 10.257/2001, asseguram e defendem, de modo intransigente, a universalização material dos serviços públicos. Aqui, com certeza, ao contrário das regulações antes examinadas, deu-se guarida ao princípio constitucional implícito em questão.

Diria mais, os mencionados comandos legais tutelam e agasalham o princípio da universalização material como jamais nenhum diploma legal o fez na história do Brasil. E o fato de ser um Estatuto urbanístico demonstra a força da sociedade civil organizada, eis que a matéria ambiental possui ardorosos e valorosos defensores neste país.

Portanto, a construção de uma exegese universalizante (e material) do direito urbanístico, tendo como elemento central a função social da propriedade é perfeitamente possível, tarefa a qual lanço mão, doravante.

A função social da propriedade, na verdade, inunda o Estatuto das Cidades. Quando a matéria ainda se encontrava no estágio de projeto de Lei, Marcelo Figueiredo, em estudo feito a pedido da Fundação Prefeito Faria Lima — CEPAM,<sup>41</sup> já alertava que, numa concepção da Constituição como sistema, é “imprescindível comprovar que o mesmo não é um sistema agregado caótico, mas uma totalidade ordenada e sistemática”.<sup>42</sup> Neste passo, segundo Marcelo Figueiredo, “a política urbana deve ser vista como elemento da função social da propriedade e um caminho para a redução das desigualdades regionais e sociais”.<sup>43</sup>

programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;  
IV - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;

V - elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social.

<sup>40</sup> REIS, José Carlos Vasconcelos. *Os Municípios no Estado Federal Brasileiro...*, p. 167.

<sup>41</sup> FIGUEIREDO, Marcelo. Considerações a Respeito da “Outorga Onerosa” (solo criado) no Projeto de Lei nº 5.788, de 1990. *RTDP* 32/135-147.

Acredito, portanto, que sendo a função social da propriedade como o caminho necessário para a redução das desigualdades, ela não poderá, jamais, contrapor-se, ainda mais com a colocação de instrumentos, que prejudiquem a universalização material dos serviços públicos. Não pode ser, portanto, aceita como cumpridora da função social da propriedade, uma política que venha encarecer tarifas, principalmente num país onde nas mesmas, pelos mais variados artifícios, se embutem valores não condizentes com a universalização material.

Ao contrário senso, seria permitir aquilo que Eros Roberto Grau, com precisão, descreve como o atendimento ao “interesse do aparato organizacional que é a Administração (...) unitariamente considerado”,<sup>44</sup> portanto, interesse secundário, contra o interesse primário, qual seja, o público em universalizar materialmente o serviço público.

Seria, conseqüentemente, aplicar às avessas a denominada *ponderação de valores* ou *ponderação de interesses*, que segundo Luís Roberto Barroso “é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos”. Inexistindo “um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição”.<sup>45</sup>

Ora, no caso concreto temos, de um lado, um princípio (o da autonomia municipal no desiderato do atingimento de seus interesses de dotar seu aparato instrumental de recursos) e, no outro, um princípio (a função social da propriedade) adicionado ao direito fundamental (a universalização material do serviço público).

A solução, que creio mais adequada, é a de determinar “a solução que melhor atende o ideário constitucional da situação apreciada”.<sup>46</sup>

E o ideário constitucional deve resguardar o direito do Município em dispor adequadamente do seu solo urbano, exercendo poder de polícia sobre o mesmo, até mesmo cobrando a devida taxa de licença para construir,

<sup>42</sup> Id., p. 135.

<sup>43</sup> Ibid., p. 135.

<sup>44</sup> GRAU, Eros Roberto. Uso do Subsolo de Faixas de Domínio de Rodovias e Vias Públicas por Empresas Concessionárias de Serviços Públicos: servidão administrativa, direito restritivo de passagem e preço: falsa privatização de serviço público. *RTDP* 27/75-88, p. 84.

<sup>45</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *RTDP* 29/31-57, p. 49.

tão-só, em valores razoáveis e proporcionais, e sancionando aqueles que descumprirem os dispositivos legais, mas, sem, em momento algum, onerar, através de cobrança do uso do solo urbano, o serviço público.

Do contrário, estaria sendo atendido apenas o interesse secundário, qual seja, o de dotar de recursos financeiros o aparato instrumental da municipalidade, sacrificando, de forma absoluta, o princípio da função social da propriedade e prejudicando a eficácia plena de um direito fundamental, que é, no que se constitui, a universalização material do serviço público.

Aliás, não é outra a fundamentação que se pode encontrar em cada um dos dispositivos dos arts. 2º e 3º do Estatuto das Cidades. Veja-se, dentre tantos outros, o inciso I, do art. 2º que determina ser objetivo de qualquer política urbana a garantia do direito a cidades sustentáveis; entendido como direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

Em assim sendo, não haveria qualquer sentido em dar tutela a uma política municipal que agrava, mediante cobrança, a prestação dos serviços de infra-estrutura urbana (energia elétrica e telecomunicações).

No mesmo sentido, o inciso III, do mesmo artigo, que prega a necessidade de uma política de cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social. Não seria lícito supor, nesta direção, que haveria cooperação da municipalidade agravando economicamente o processo de urbanização, com uma política de encarecimento deste mesmo processo, prejudicando-se financeiramente o prolongamento das redes de serviços públicos até os locais que estão sendo urbanizados.

Mais exemplos poderiam ser colhidos, por evidente.

### 13 Considerações finais

Resta, ainda, demonstrar uma grave incoerência, inclusive social, nas pretendidas onerações, que atingem, ainda mais, a universalização material dos serviços públicos.

Instalada uma rede de serviços públicos de energia, em dada localidade, onde antes estava ausente, — através de um processo de urbanização da periferia —, os moradores, por certo carentes, pois do contrário ali não viveriam, passam a ter uma pequena, mas em relação aos seus patrimônios, ~~partenosa~~ valorização imobiliária. Dada valorização implica, também, em

muitos casos, ultrapassar eventuais limites de isenção do imposto sobre propriedade urbana, com o aumento da base de cálculo do referido tributo. Deste modo, há, novamente, uma situação *surrealista*.

O proprietário, nas suas contas devidas pelo consumo de energia elétrica está pagando um *plus* para que a concessionária remunere o Município pelo uso do solo urbano. Este mesmo pagamento implica na valorização da propriedade que, quanto mais valorizada, mais e maiores recursos exigirá para remunerar o uso do solo. Assim, em conclusão, é com o dinheiro do usuário que se valoriza a propriedade do mesmo, e, em valorizando a propriedade do mesmo, se onera a sua situação de contribuinte. Manifestamente se contraria o princípio da função social da propriedade. De igual modo, está contrariada qualquer lógica redistributiva de justiça social.

Some-se, ao processo narrado em relação à energia elétrica, os gastos pela instalação de redes de telefonia, gás, água, esgoto, etc. Conclui-se que o carente, para ser cidadão pleno, ao final do processo, deve pagar valores, que se pagos forem, o transformam num carente ainda mais necessitado do que era antes do processo de urbanização.

Kafka teria, com toda a certeza, muita dificuldade para entender *O processo*.