

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

FACULDADE DE DIREITO

**Da gratuidade do uso das faixas de domínio por prestadoras
de serviço público em rodovias concedidas**

CURITIBA

2010

LÍGIA DE FREIRIA BIRINDELLI AMENDA

GRR 20032438

**Da gratuidade do uso das faixas de domínio por prestadoras
de serviço público em rodovias concedidas**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para conclusão da graduação em Direito, apresentado ao Núcleo de Monografias da Universidade Federal do Paraná, tendo como orientadora de conteúdo a Prof^ª. Angela Cassia Costaldello.

CURITIBA

2010

*quando eu tiver setenta anos
então vai acabar esta adolescência
vou largar da vida louca
e terminar minha livre docência
vou fazer o que meu pai quer
começar a vida com passo perfeito
vou fazer o que minha mãe deseja
aproveitar as oportunidades
de virar um pilar da sociedade
e terminar meu curso de direito
então ver tudo em sã consciência
quando acabar esta adolescência.*

Paulo Leminski

*Ao David
pelo incentivo
pela paciência
pelo carinho
e por todo amor.
Porque sem ele
isso não teria nem começo.*

Sumário

| | |
|--|----|
| 1. INTRODUÇÃO | 1 |
| 2. CONTRATO DE CONCESSÃO | 3 |
| 2.1 DA PARCERIA DO PÚBLICO COM O PRIVADO | 3 |
| 2.2 DA CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO | 5 |
| 2.3 DA UTILIZAÇÃO DO BEM PÚBLICO PELO PARTICULAR | 8 |
| 2.4 NOÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO | 10 |
| 2.5 FUNÇÃO PÚBLICA DAS CONCESSIONÁRIAS | 12 |
| 3. CONTRATOS DE CONCESSÃO PARA EXPLORAÇÃO DE RODOVIAS | 14 |
| 3.1 CARACTERÍSTICAS | 14 |
| 3.2 DEFINIÇÃO DE RODOVIAS E DE FAIXA DE DOMÍNIO NO CONTRATO DE CONCESSÃO | 15 |
| 3.3 EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO | 16 |
| 3.4 FONTES ALTERNATIVAS DE RECEITA | 17 |
| 4. REMUNERAÇÃO PELO USO DA FAIXA DE DOMÍNIO | 20 |
| 4.1 MODICIDADE DAS TARIFAS | 20 |
| 4.2 NATUREZA JURÍDICA DA COBRANÇA | 20 |
| 4.2.1 TAXA X TARIFA | 20 |
| 4.2.2 REMUNERAÇÃO | 22 |
| 4.2.2 SERVIDÃO ADMINISTRATIVA | 23 |
| 4.2.3 DO PODER DE POLÍCIA | 25 |
| 4.3 LEGITIMIDADE DA COBRANÇA | 27 |
| 4.4 LEGALIDADE DA COBRANÇA | 30 |
| 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS | 33 |
| 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 36 |
| 7. ANEXOS – JURISPRUDÊNCIA | 38 |

1. INTRODUÇÃO

*"A propriedade pública é não **tem** função social"¹*

O presente estudo objetiva abordar as principais divergências doutrinárias quanto à cobrança pecuniária pelo uso das faixas de domínio por empresas prestadoras de serviço público em rodovias concedidas.

É pacífico o entendimento acerca da legalidade da cobrança pela utilização de bem público por particular visando interesse estritamente privado. Da mesma forma, a instituição de servidões administrativas, mediante indenização, quando o Poder Público se utiliza de bem particular. Contudo, sobrevém a seguinte objeção: deve haver ônus pela utilização de bem público que visa à prestação de serviços de interesse de toda a coletividade? Sendo as rodovias um bem público de uso comum, conforme art. 68 do Código Civil, ela deveria servir ao uso coletivo, beneficiando igualmente a todos, e, por conseguinte, sobrecarregar toda a sociedade com este ônus seria injustificável.

Empresas de tubulação de petróleo e seus derivados, de gás, de transmissão de dados, prestadoras de serviços de energia elétrica e de água e esgoto têm sido gravadas quando realizam a instalação de equipamentos imprescindíveis à prestação de seus serviços nas faixas de domínio de rodovias concedidas – e, portanto, públicas – onerando, fatalmente, todos os usuários do serviço. Estas instalações não geram qualquer tipo de despesa à concessionária, então porque onerar as concessionárias prestadoras de serviço público? E, ainda assim, se implicarem algum prejuízo, daí sim se justificaria a reposição pelos danos causados.

O tema gera grande polêmica, pois se trata do uso oneroso de bem público para fins também públicos. Tal paradoxo surge quando empresas privadas são

¹ JAMBRENGHI, Vincenzo Caputi. **Premesse per una teoria dell'uso dei Beni pubblici**. Nápolis: Jovene Napoli, 1979. p 6-7, nota 7.

contratadas pelo Poder Público para administrar e prestar serviços que, em regra, deveriam ser disponibilizados diretamente pelo Estado.

A grande parte dos contratos de concessão permite a cobrança do uso da faixa de domínio, independentemente do fim a que se requer esta ocupação. Ironicamente, essa possibilidade de cobrança é justificada com o argumento da modicidade das tarifas de pedágio, e ainda, a renda adquirida classifica-se como renda alternativa das empresas concessionárias.

Assim sendo, num primeiro momento, será preciso definir o que são bens públicos em nosso ordenamento jurídico, e como eles podem ser geridos por empresas privadas através dos contratos de concessão e permissão. Tenciona-se analisar a classificação desta cobrança e de que forma é realizada.

Destarte, todos os esforços serão envidados no afã de demonstrar se há legalidade na cobrança pelo uso das faixas de domínio por prestadoras de serviço público em rodovias concedidas.

2. CONTRATO DE CONCESSÃO

2.1 *Da parceria do público com o privado*

A mudança da intensidade de intervenção do Estado, principalmente do âmbito da economia, foi uma das consequências da Revolução Francesa. A defesa da liberdade e da igualdade, pilares do liberalismo francês, acarretou em uma grande mudança na atuação estatal. Até então, o Estado estivera sempre acima da lei:

“Sobrevindo a Revolução Francesa, como o período histórico precedente era o da Monarquia Absoluta, inexistiam disposições que subjugassem ao Direito a conduta soberana do Estado em suas relações com os administrados. Daí que era preciso aplicar um Direito ‘novo’, ainda não legislado (ou que mal iniciava a sê-lo). É que as normas do Direito até então existente disciplinavam as relações entre particulares, inadaptadas, pois, para reger vínculos de outra índole, ou seja: os intercorrentes entre o Poder Público e os administrados, já agora submissos todos a uma ordem jurídica”².

Ocorreu que os grandes ideais da revolução não davam conta de solucionar todos os problemas que começavam a por em risco o desenvolvimento da sociedade. As ideias que defendiam a liberdade de contratar e igualdade entre as partes mostravam-se nocivas, já que era evidente a hipossuficiência dos contratados perante os contratantes. O surgimento de grandes monopólios, falência de empresas de pequeno porte, e sobretudo, o nascimento de uma nova classe social, o proletariado; são alguns dos sinais da derrocada do Estado Liberal.

Foi então, após as grandes guerras mundiais, que se consolidou o Estado Social. No afã de reduzir as desigualdades sociais, o Estado passou a interferir na ordem econômica e social, deixando em segundo plano os princípios liberais.

Termos como *bem comum* e *interesse público*, tão presentes hoje no estudo da Administração Pública, somente começaram a ter importância a partir deste momento histórico:

*“Uma das tendências então verificadas foi a da socialização, que não se confunde com o socialismo, mas designa a **preocupação com o bem comum**, com o **interesse público**,*

² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 39.

*em substituição ao individualismo imperante, sob todos os aspectos, no período do Estado Liberal*³.

A partir de então, era o Estado o responsável pela efetivação dos direitos fundamentais, estes que por sua vez, são efetivados através da prestação do serviço público.

Na década de 80 tornou-se inevitável a percepção de que o Estado sozinho é incapaz de prover todos os serviços públicos a ele destinados. É, por essa razão, neste momento, que a idéia de se transferir a particulares as obrigações estatais se torna plausível.

Di Pietro colaciona diversas formas de parceria entre a iniciativa privada e o Poder Público:

“No direito brasileiro existem inúmeras formas de parceria em que está presente nitidamente a atividade de fomento: no âmbito social, podem-se referir os ajustes (convênios, termos de parceria, contratos de gestão) com entidades do terceiro setor, tais como as declaradas de utilidade pública, as filantrópicas, as organizações da sociedade civil de interesse público, os serviços sociais autônomos, as organizações sociais; no âmbito econômico, pode-se enquadrar a parceria público-privada, em que o objeto é a realização de atividade estatal (serviço público ou obra pública, no que se aproximam da concessão de serviço público e de obra pública), porém com o fomento do Estado, representado por contraprestação por serviços prestados, garantia do parceiro público ao parceiro privado e ‘incentivo, nos termos do Programa de Incentivo à Implementação de Projetos de Interesse Social – PIPS, instituído pela Lei nº 10.735, de 11-09-2003, às aplicações de investimento, criados por instituições financeiras, em direitos creditórios provenientes de contratos de parceria público-privada’ (cf. art. 23 da Lei nº 11.079, de 30-12-2004).”⁴

O demasiado crescimento do Estado Social fez surgir conseqüências negativas pela atuação exacerbada em todos os setores da vida social. Neste momento histórico, era difícil ditar até onde o Estado poderia intervir. Entre estas conseqüências estavam o risco à liberdade individual e ao princípio da separação dos Poderes, e deste modo, o prejuízo à prestação do serviço público. Isto porque, passou-se a questionar se a qualidade do que era prestado pelo Estado não poderia ser superada pelo serviço privado:

“Além disso, a forma burocrática de organização, porque aplicada, indistintamente, a todas as atividades do Estado, mesmo as de natureza social e econômica, acabou por contribuir

³ DI PIETRO; Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 09.

⁴ IDEM. p. 10 e 11

*para a ineficiência do Estado na prestação dos serviços, ineficiência essa gravada pelo volume de atividades(...)*⁵

Contudo, admitindo a ineficiência estatal, e atribuindo tais serviços à iniciativa privada, enfrentamos novamente a questão do interesse público. O particular pode, em certos casos e determinadas circunstâncias, prestar determinado serviço de maneira mais adequada do que o Estado, todavia, os objetivos a serem alcançados não mais beneficiam a toda coletividade, visto que a lógica capitalista privilegia o lucro, em detrimento do bem comum.

O caminho para compreensão desta dicotomia entre o público e o privado torna-se ainda mais tortuoso quando entramos na esfera das parcerias entre o poder público e o capital privado. Características antes próprias a apenas um deles, neste campo, são tidas como comuns. Como exemplo, a instituição privada que se obriga a um contrato público assume, desde então, princípios próprios da administração pública, e por sua vez, privatiza, de certa forma, atividades essencialmente públicas, como a remuneração pelo serviço público que de taxa passa a se classificar como tarifa, ou, preço público.

Os contratos públicos firmados com particulares trazem, além de inúmeros benefícios para a coletividade, o conflito entre dois regimes jurídicos que por essência são opostos. Logo, inevitável o questionamento sobre o limite que se pode aplicar a lógica privada, e até que ponto é necessária a submissão aos preceitos públicos.

2.2 Da concessão do serviço público

A fim de que possamos iniciar a discussão acerca das implicações jurídicas e sociais consequentes dos contratos de concessão, necessário se faz a apresentação dos conceitos de tal instituto por respeitadas doutrinas brasileiras. Iniciando por Celso Antonio Bandeira de Mello que destaca a supremacia do público perante o privado:

⁵. DI PIETRO; Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 12.

*“Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis **unilateralmente** pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço⁶”. (Grifo nosso).*

Com enfoque maior à questão da titularidade do bem público, Romeu Felipe Bacellar Filho define contrato de concessão:

“O contrato de concessão é considerado o contrato administrativo por excelência. Ele se refere ao ajuste pelo qual a Administração delega ao particular, por sua conta e risco, a execução de serviços ou obra pública remunerada, ou lhe cede o uso de bem público pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais. Em todas as hipóteses, a titularidade permanece com o poder concedente, o que lhe reserva prerrogativas e deveres inerentes à sua função”⁷.

E acrescenta:

“A concessão de uso de bem público é o contrato administrativo pelo qual é concedida ao particular a prerrogativa de utilizar, privativamente, um bem público, respeitada destinação compatível”⁸.

Da sutil assertiva de Bacellar Filho pode se depreender a clara conclusão de Thiago Marrara, de que *“o exercício do serviço público ou atividade administrativa por particulares não tem o poder de transformar a natureza jurídica desses sujeitos nem tampouco dos bens que eles aplicam nessas atividades”⁹*. Ou seja, um particular quando assume a obrigação de prestar serviço público, continua, sem qualquer interferência, a ser uma pessoa jurídica de direito privado, contudo, por tratar-se de prestação de serviço **público**, utilizando-se, na maioria dos contratos, de bem **público**; submete-se a prerrogativas **públicas**, de modo que seja respeitada a destinação a que se presta tal bem e serviço.

Desta feita, concluímos até aqui, que o contrato de concessão consiste na prestação de serviço público por particular, por sua conta e risco, tendo o poder concedente a prerrogativa de alterar o contrato unilateralmente. Ainda, sendo determinado bem público objeto do contrato, este não sofre alteração em sua

⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 690

⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 142

⁸ IDEM. p. 144

⁹ MARRARA; Thiago. **Bens Públicos: Domínio Urbano: Infra-estruturas**. Belo Horizonte: Fórum 2007, p. 100 e 101

natureza, permanecendo sempre público, ainda que esteja sob a posse de um particular.

A esta idéia, acrescentava Lúcia Valle Figueiredo que a concessão de serviço público consiste tão somente na transferência do exercício de prestá-lo:

“Concessão de serviço público é espécie de contrato administrativo por meio do qual o Poder Público concedente, sempre precedido de licitação, salvo as exceções legais, transfere o exercício de determinados serviços ao concessionário, pessoa jurídica privada, para que os execute em seu nome, por sua conta e risco”¹⁰. (Grifo nosso)

Em convergência com os demais doutrinadores, conclui Di Pietro:

“Daí definirmos a concessão de serviço público como o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço”¹¹.

Contudo, adiante a doutrinadora expõe a idéia antitética do público e privado a qual está assentado o instituto da concessão:

*“Do duplo aspecto da concessão ainda decorre outra peculiaridade: a submissão da empresa concessionária a um regime jurídico híbrido. Como **empresa privada**, ela atua, em regra, segundo as normas do direito privado, no que diz respeito a sua organização, a sua estrutura, as suas relações com terceiros (v. art. 25, §1º da Lei nº 8.987), ao regime de trabalho de seus empregados, submetido à CLT, como **prestadora de um serviço público**, sua relação com a Administração concedente se rege inteiramente pelo direito público, já que a concessão é um contrato tipicamente administrativo. Em matéria de responsabilidade civil por danos causados a terceiros, submete-se à norma do art. 37, §6º, da Constituição (responsabilidade objetiva). Também seu patrimônio fica submetido à regime híbrido: como empresa privada, ela dispõe de bens particulares, que podem ser objeto de qualquer relação jurídica regida pelo direito privado, como alienação, locação, permuta, penhora, usucapião etc.; como concessionária de serviço público, ela dispõe de uma parcela de bens afetados à prestação do serviço, os quais, por serem indispensáveis à continuidade do serviço público, podem ser considerados como extra commercium e, portanto, fora do comércio jurídico de direito privado; são coisas inalienáveis, impenhoráveis, imprescritíveis, como os bens públicos pertencentes às pessoas jurídicas de direito público”¹².*

Bandeira de Mello também assinala a divergência de interesses entre o particular e o privado quando do contrato de concessão:

¹⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 91.

¹¹ DI PIETRO; Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 75

¹² IDEM. p. 76 e 77

“Serviços e obras públicas tanto podem ser providos diretamente pelo Estado ou criatura sua, quanto por terceiros que para isto hajam sido habilitados mediante concessão ou permissão.

Na primeira hipótese, a busca do interesse público se faz sem que se ponham de permeio interesses privados. Na segunda, pelo contrário, interfere um fator inerente ao jogo do mundo negocial; isto é: a consideração dos propósitos lucrativos que animaram os respectivos concessionários (ou permissionários) a se engajarem na relação com o Poder Público”¹³.

E é justamente neste enfoque, do uso do bem público por particular, que se dá seguimento a este trabalho. Isto porque, demonstrou-se que, em se tratando do contrato de concessão em si, não há grandes divergências a serem apontados no estudo em questão.

2.3 Da utilização do bem público pelo particular

Convém, por certo, iniciar a explanação com as definições de bens públicos dos estudiosos do assunto.

Bandeira de Mello limita a definição a titularidade do bem e o correlaciona a prestação de serviço público:

“Bens públicos são todos os bens que pertencem às pessoas jurídicas de Direito Público, isto é, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público (estas últimas, aliás, não passam de autarquias designadas pela base estrutural que possuem), bem como os que, embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público”¹⁴.

Justen Filho é um pouco mais conciso ao afirmar que *“bens públicos são os bens jurídicos atribuídos à titularidade do Estado, submetidos a regime jurídico de direito público, necessário ao desempenho das funções públicas ou merecedores de proteção especial”¹⁵.*

¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Legitimidade e natureza jurídica da cobrança de concessionárias de serviço público pela utilização subterrânea das faixas de domínio de rodovias dadas em concessão. **Rodovias: uso da faixa de domínio por concessionárias de serviços públicos: decisões e pareceres jurídicos.** Letícia Queiroz de Andrade (org.). São Paulo: ABCR, 2005. p. 26. Disponível na internet: <http://www.abcr.org.br/download/Rodovias%20uso%20da%20faixa%20de%20dominio%20por%20concessionarias%20de%20servicos%20publicos.pdf>. Acesso em: 17 de outubro de 2010

¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 897

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 900

A definição de Bacellar Filho se mostra mais completa e adequada para expor o que aqui se pretende:

“É público todo bem móvel, imóvel ou semovente, corpóreo ou incorpóreo, fungível ou infungível, crédito, direito ou ação, que pertença, a qualquer título, à Administração direta, autárquica e fundacional. Estes bens distribuem-se dentre as entidades federativas, mas os direitos e deveres que sobre ele recaem não decorrem do direito da propriedade, mas de um vínculo específico, característico da função pública atribuída às entidades que os titularizam”¹⁶.

Assim sendo, o aspecto mais relevante ao se abordar este tema é o fato de não recair sobre os bens públicos os direitos e deveres decorrentes do direito de propriedade, ou seja, eles são regidos por um regime jurídico peculiar: *“o regime jurídico especial a que se sujeitam os bens públicos atribui-lhes características próprias, como inalienabilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade e impossibilidade de oneração”¹⁷.*

Estas peculiaridades são expressamente previstas no nosso ordenamento jurídico e não podem, em nenhuma hipótese, ser alteradas por conta de um contrato de concessão. Por essa razão, ao se transferir a posse de um bem público a um particular, a sua natureza jurídica permanece inalterada. Neste sentido aponta Marrara:

“As concessões podem ter como objeto bem do domínio público, mas o utente não poderá utilizá-lo senão para fins de interesse público. Além do mais, o bem concedido passa para a posse do concessionário, mas isso não significa que poderá celebrar outros instrumentos de outorga de uso do bem em favor de terceiros, diferentemente do que se permite nos contratos de cessão de imóvel público. Isso significa que a transferência da posse não implica transferência dos poderes de disposição sobre o bem”¹⁸.

No mesmo sentido, posiciona-se Helly Lopes Meirelles:

*“Pela concessão, o poder concedente não transfere propriedade alguma ao concessionário, nem se despoja de qualquer direito ou prerrogativa pública.
(...)
Como o serviço, apesar de concedido, continua sendo público, o poder concedente – União, Estado-membro, Município – nunca se despoja do direito de explorá-lo direta ou indiretamente, por seus órgãos, suas autarquias e entidades paraestatais, desde que o interesse coletivo assim o exija”¹⁹.*

¹⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 201

¹⁷ IDEM, p. 205

¹⁸ MARRARA; Thiago. **Bens Públicos: Domínio Urbano: Infra-estruturas**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 144

¹⁹ MEIRELLES; Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 10ª ed. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. p. 301

Entendemos, logo, que ao se conceder ao particular a titularidade de prestação de serviço público, sendo necessária para isso a utilização de bem público, conservará esse bem sua natureza pública, devendo ser tratado sob o regime jurídico próprio desta categoria de bens.

Adiante, analisar-se-á este contexto voltado às concessões de rodovias, objeto nuclear deste trabalho: a natureza jurídica das rodovias, bem como a sua forma de utilização pelo particular e pelas prestadoras de serviços públicos. Para tanto, é preciso definir a forma de atuação das concessionárias quando da gestão dos bens públicos.

2.4 Noção de Interesse Público

O conceito de interesse público é deveras abstrato, e definido, quase sempre, de forma inadequada e insuficiente. Aqui utilizaremos tal conceito de modo a adequá-lo à satisfação dos direitos fundamentais. Guilherme Moro Domingos também destaca a importância dos direitos fundamentais na definição de interesse público: *“Com isso, tem-se que o interesse público, tal qual aspirado pela sociedade, deve ser necessariamente voltado à realização destes valores transcendentais. O interesse público é apenas uma manifestação dos direitos fundamentais, não existindo interesse público que autorize o desmerecimento da dignidade humana”*²⁰.

O objetivo principal do contrato de concessão é transferir a responsabilidade estatal de prestar um serviço público a um particular, desde que este assuma as prerrogativas públicas ao prestar o serviço, e ainda, que consiga aliar os seus interesses privados na execução do contrato.

Portanto, quando um particular presta serviço público, este o faz em nome do Estado, e conseqüentemente, deverá proceder com o objetivo de atender o interesse público.

²⁰ DOMINGOS, Guilherme Moro. **Os serviços públicos em face da Supremacia e Indisponibilidade dos Direitos Fundamentais**. In: COSTALDELLO, Angela Cássia. **Serviço Público: Direitos Fundamentais, Formas Organizacionais e Cidadania**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 86.

Incorreta seria a afirmação de que o particular não poderia agir de forma a atender o interesse público. Bandeira de Mello esclarece que, “o *interesse público deve ser conceituado como interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem*²¹”.

Esta confusão vem da premissa de que o interesse público está intimamente ligado à atividade estatal. Não é verdade: “*Não é possível definir interesse público a partir da identidade do seu titular, sob pena de inversão lógica e axiológica. O equívoco está em que o Estado existe para satisfazer as necessidades coletivas. O Estado Democrático é instrumento de realização dos interesses públicos. Ou seja, o interesse público existe antes do Estado*²²”. E continua: “*Portanto, até se pode manter a expressão ‘interesse público’ e afirmar a sua indisponibilidade e supremacia desde que isso não signifique identificar interesse público e posição defendida pelos exercentes de função estatal*²³”.

O contrato administrativo obriga as partes ao regime de direito público e permite a desigualdade entre elas, como, por exemplo, ser de pleno direito a Administração Pública alterar unilateralmente alguma condição do contrato, contudo, isto não significa que haverá supressão de garantias do particular. Consoante este entendimento, afirma Bandeira de Mello: “*sendo a concessão um instituto oriundo da necessidade de satisfazer pelo melhor modo possível o interesse público, dispõe o concedente de todos os meios necessários para adequá-la ao alcance deste propósito*²⁴”.

Respalhando seu entendimento no sentido de proteção ao interesse público, Di Pietro justifica a sobreposição do poder concedente em relação ao concessionário: “*Exatamente pelo fato de o poder concedente visar à proteção do*

²¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 61

²² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 59

²³ IDEM. p. 69

²⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 716

interesse público é que os contratos de concessão têm características próprias que lhes asseguram posição de supremacia em relação ao particular...²⁵

Destarte, não há contradição ao se afirmar que ao prestar serviço público, o particular deverá visar, antes de tudo, atender ao interesse público. E, neste sentido, pacífico é o entendimento de que quando um particular assume a obrigação de prestar um serviço público, ele o deverá fazer em consonância com os preceitos da Administração Pública, de modo que os interesses públicos sobressaiam ao interesse privado, mesmo que estes estejam sempre presentes nos contratos de concessão.

2.5 Função Pública das Concessionárias

Superada a exposição do tema acerca da necessidade de submissão aos preceitos da Administração Pública pelo concessionário para os escopos deste trabalho, cabe agora analisar quais seriam os princípios e de que forma é possível harmonizar os interesses públicos e privados.

Esclarece Di Pietro:

*“Não há dúvida de que na concessão de serviço público se estabelece uma relação contratual entre concedente e concessionário, na qual este último tem os interesses especulativos próprios de qualquer empresário; daí a razão de ter-se construído toda a teoria do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, cujo objetivo é garantir que o concessionário, durante toda a execução do contrato, tenha assegurada a percepção de remuneração que lhe permita manter a relação custo-benefício estabelecida no momento da celebração do contrato. Daí também o fato de ser esse equilíbrio estabelecido por meio de cláusulas contratuais, que não podem ser unilateralmente alteradas pela Administração. Trata-se das chamadas **cláusulas financeiras**, que compreendem as referentes à tarifa e outras fontes de receita, além de qualquer outra que possa dizer respeito ao equilíbrio econômico-financeiro da concessão”²⁶.*

Neste sentido, sem excluir a lógica capitalista da execução de um serviço para obtenção do lucro, deverá o empresário sujeitar-se aos princípios inerentes às atividades públicas tais como o princípio da continuidade, universalidade,

²⁵ DI PIETRO; Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 395

²⁶ IDEM.: p. 77

mutabilidade do regime jurídico, igualdade dos usuários, além de outros especificados no art. 6º, §1º, da Lei nº 8.987/1995.

Contrariamente ao conceito de concessão apresentado por diversos doutrinadores²⁷, Justen Filho, afirma que, por tratar-se de atividade que tem como fim a satisfação de um direito fundamental, o concessionário deverá atuar conforme as premissas estatais, e ainda, com respaldo do poder público:

“A concessão de serviço público é um instrumento de implementação de políticas públicas. Não é, pura e simplesmente, uma manifestação da atividade administrativa do Estado. Mais ainda, é um meio para realização de valores constitucionais fundamentais.

(...)

*Tal como apontado, o serviço público apresenta natureza institucional. Isso significa que a concessão de serviço público é um instrumento de agregação de sujeitos para ampliar os esforços necessários à concretização de um fim de grande relevância. **O fim a ser obtido é a prestação das utilidades necessárias à satisfação de um direito fundamental.** Essa idéia – satisfação de um direito fundamental – norteia a atuação de todos os sujeitos públicos. A concessão propicia que um particular se comprometa com a promoção desse fim.*

Por isso, é despropositado admitir que a concessão acarreta que um serviço público seja desempenhado por conta e risco de um particular ou que o sucesso ou insucesso do concessionário se configure como irrelevante para o poder concedente.

A atuação do concessionário é instrumental para o Estado e a sociedade, na acepção de que a concessão de serviço público é o meio para melhor realizar um objetivo essencial, de importância indisponível²⁸. (Grifo nosso).

Concluimos, então, que a atuação do particular quando da prestação de um serviço público, não pode nortear-se simplesmente pelo modelo capitalista. Esta atuação deve priorizar, sobretudo, a satisfação de direitos fundamentais, e consequentemente do interesse público. Por este motivo, de certa forma, ao assumir o contrato administrativo, outorgar-se-á prerrogativas públicas ao concessionário.

Ainda que seja possível e plausível que o particular possa satisfazer os direitos fundamentais, ainda assim, ele não o fará de maneira prioritária. A satisfação destes direitos será sempre uma consequência para o particular, enquanto que para o Estado, deve ser o objetivo principal. Assim o sendo, fundamental esta transferência de prerrogativas públicas ao particular, de modo que o interesse coletivo tenha maior relevância na prestação do serviço.

²⁷ Vide subtítulo 2.2 Da concessão de serviço público

²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 623.

3. CONTRATOS DE CONCESSAO PARA EXPLORACAO DE RODOVIAS

3.1 Características

Os contratos de concessão que têm por objeto as rodovias são normalmente denominados como contratos de concessão para exploração de rodovias. Isto porque não se pode definir tal negócio jurídico como apenas concessão de serviço público ou obra pública ou, ainda, exploração de bem. Este contrato engloba, de certa forma, os três supracitados tipos concessão: *“Com efeito, tais contratos têm como objeto a realização de obras públicas de construção, ampliação, duplicação e manutenção de rodovias, sendo a remuneração fixada por meio de tarifa cobrada dos usuários e outras fontes de receita decorrentes de sua própria exploração comercial²⁹”*. Com efeito, necessário ressaltar que estes contratos *“embora não tenham por objeto a prestação de um serviço público em sentido restrito, elas submetem-se à mesma Lei nº 8.987 e têm as mesmas características que os contratos de concessão de serviços públicos³⁰”*. Daí o motivo de nos referirmos a este contrato no presente trabalho como concessão de serviço público, mesmo não sendo esta a definição exata.

O diploma regulamentador destes contratos é a Lei nº 8.987/1.995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos e obras públicas. Submete-se, também, ainda que subsidiariamente, à Lei nº 8.666/1.993, que estabelece normas sobre licitações e contratos administrativos, prevendo a sua utilização subsidiária no artigo 124.

As concessões para exploração de rodovias estão descritas na Lei de Concessões em seu artigo 2º, III:

“Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja

²⁹ DI PIETRO; Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 393.

³⁰ IDEM.

remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado”.

A principal forma de remuneração das concessionárias consiste na cobrança de pedágio dos usuários das rodovias concedidas. Contudo, visando obter a modicidade das tarifas, os contratos de concessão para exploração de rodovias prevêem a possibilidade de remuneração através de fontes alternativas de receita, estas oriundas de exploração de acessos ou áreas de serviço e lazer, incluindo aqui o que for decorrente de publicidade e multas por excesso de peso, e ainda, a exploração das faixas marginais das rodovias. Ou seja, todos aqueles que utilizam as rodovias como local para exploração de comércio, por exemplo, matem uma relação obrigacional com o Estado ou com a concessionária, isto porque, por se tratar de bem público, não pode aquele local pertencer ao particular. Portanto, as concessionárias são remuneradas por toda a forma de serviço ou comércio que se instale nas faixas de domínio das rodovias. Todavia, tal cobrança também ocorre quando o fim destinado às faixas marginais é público.

3.2 Definição de rodovias e de faixa de domínio no contrato de concessão

O Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/1.997 – Anexo I) define faixa de domínio como: *“superfície lindeira às vias rurais, delimitada por lei específica e sob responsabilidade do órgão ou entidade de trânsito competente com circunscrição sobre a via”.*

O Decreto nº 27.365/2.006 do Distrito Federal traz mais detalhadamente a definição das faixas de domínio, inclusive no que diz respeito à posse e propriedade deste bem:

*“Art. 3º - Para os efeitos deste Decreto, faixa de domínio é a área lindeira à via, declarada de utilidade pública, constituída pelas pistas de rolamento, canteiros centrais nos casos de pistas duplicadas, obras de arte, acostamentos, faixas laterais de segurança destinadas ao aumento da capacidade da via de forma a conferir maior fluidez e segurança ao trânsito. Parágrafo único – A faixa de domínio das rodovias do Sistema Rodoviário do Distrito Federal é área non aedificandi, insuscetível de posse e de propriedade por terceiros, incorporada ao patrimônio público do Distrito Federal, podendo vir a ser ocupada de acordo com as normas estabelecidas neste Decreto”.*³¹

³¹ Decreto nº 27.365/2006 do Distrito Federal.

Isso significa que os limites da rodovia denominados faixa de domínio integram o contrato de concessão. E, segundo o Código Civil brasileiro, são considerados bens públicos:

“Art. 99. 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;

(...)

Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar”.

Não obstante divergência dos doutrinadores quanto à natureza jurídica da faixa de domínio, seja ela bem de uso comum do povo ou bem de uso especial, ainda assim, não há equívoco ao se afirmar que são bens fora do comércio. Embora, lógico seria o raciocínio que levasse a crer ser a faixa de domínio bem de uso comum do povo, visto que assim são expressamente consideradas as rodovias; e na condição de parte acessória, deveriam seguir a natureza do bem principal. E como bens *ad commercium* preservariam sua natureza mesmo após a efetivação do contrato de concessão.

3.3 Equilíbrio econômico-financeiro

O princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão objetiva; de certa forma, a proteção do concessionário em face da supremacia do Poder Público nos contratos de concessão. Por conseguinte, na medida em que é resguardado ao poder concedente a alteração unilateral do contrato, é, igualmente preservado o direito do concessionário de obter a sua remuneração pelo serviço prestado.

Esclarece Bandeira de Mello:

“(...) já dantes deixou-se anotado que no ato de concessão é formulado um termo de equilíbrio entre os encargos do concessionário e a retribuição que lhe assistirá. Por conseguinte, o concedente terá que respeitar esta igualdade, de tal modo que o acréscimo de encargos ou mutação de condições de funcionamento do serviço que se reflitam sobre a

equação patrimonial hão de corresponder as compensações pecuniárias restauradoras do equilíbrio inicial.³²

Ainda, sucintamente, define Justen Filho da seguinte maneira: “a equação econômico-financeira é a relação entre encargos e vantagens assumidas pelas partes do contrato administrativo, estabelecida por ocasião da contratação, e que deverá ser preservada ao longo da execução do contrato³³”.

Deste modo, sempre que por motivo de alteração contratual as concessionárias sofram diminuição na aferição de renda, poderá haver reajuste das tarifas cobradas, contudo equaciona-se também a receitas alternativas ou paralelas, de modo que não haja prejuízo ao usuário.

3.4 Fontes alternativas de receita

A Lei 8.987 em seu artigo 11 prevê que a remuneração das concessionárias poderá ser obtida através de fontes alternativas de receitas, visando o equilíbrio econômico-financeiro do contrato:

“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.

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

Justen Filho esclarece de que forma a instituição de receitas alternativas contribui para a modicidade das tarifas:

“Outra inovação significativa é a apropriação de ganhos econômicos derivados de oportunidades econômicas acessórias ou secundárias. Se o serviço público comportar a exploração de atividades conexas, os ganhos econômicos correspondentes devem ser aproveitados para gerar a redução de tarifas. As atividades econômicas acessórias ao serviço público continuam a ser exploradas segundo o postulado de produzir lucro, mas com a característica de que tal lucro reverterá para a organização e desenvolvimento dos

³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 722

³³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 455.

serviços públicos. Significará redução de encargos para os usuários, e a solução foi acolhida pelo art. 11 da Lei n. 8.987/95³⁴”.

Em vista do exposto, além da tarifa cobrada dos usuários, a concessionária pode auferir renda de outras formas. Estas fontes alternativas de receita estão previstas nos contratos de concessão das rodovias no Estado do Paraná, segundo documentos disponibilizados digitalmente no endereço eletrônico do Departamento de Estradas e Rodagens do Paraná^{35,36}.

Não apenas no Estado do Paraná, como em todos os outros entes federativos que concederam a exploração das rodovias a particulares, não há previsão expressa que contemple a possibilidade de cobrança por uso de bem público.

Contudo, não obstante a contrariedade com os princípios da administração pública, os Departamentos de Estradas e Rodagens – os DER’s – dos Estados têm autorizado a cobrança pelo uso das faixas de domínio, embora não haja dispositivo expresso que autorize esta cobrança de concessionárias de serviço público, sejam elas de telecomunicações, de energia elétrica, de fornecimento de água e gás e quaisquer outras que utilizem dessa área para instalação de equipamento e infraestrutura necessária à prestação de serviço público. Frise-se que nem mesmo o contrato de exploração de rodovias permite expressamente a cobrança quando o fim

³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 653.

CLÁUSULA XXI **Das Fontes de Receitas**

1. A principal fonte de receita da **CONCESSIONÁRIA** advirá do recebimento da tarifa de pedágio; todavia, em razão da peculiaridade do serviço a ser prestado, é facultado à **CONCESSIONÁRIA** explorar outras fontes de receitas, sejam elas complementares, acessórias ou alternativas à fonte de receita principal.

2. A exploração dessas fontes de receita dependerá, em cada caso, da prévia aprovação do **DER**, que analisará o impacto da receita esperada sobre as demais receitas da **CONCESSIONÁRIA**, mediante demonstrativo a ser apresentado.

3. Constituem receitas alternativas, complementares ou acessórias quaisquer receitas da **CONCESSIONÁRIA** não advindas do recebimento de pedágio ou de aplicações financeiras, sejam elas direta ou indiretamente provenientes de atividades vinculadas à exploração do **LOTE**, das suas faixas marginais, acessos ou áreas de serviço e lazer, inclusive as decorrentes de publicidade e multas por excesso de peso, neste último caso atendidas as seguintes condições:

³⁵

³⁶ Convênios de delegação que entre si celebram a União, por intermédio do Ministério dos Transportes, e o Estado do Paraná, para a administração de rodovia e a exploração de trechos de rodovia federal. Disponível no endereço eletrônico: www.der.pr.gov.br

é público. Este documento permite a cobrança pela utilização das faixas de domínio, todavia não autoriza que esta renda seja proveniente de concessionárias de serviço público.

Apesar da celeuma quanto à possibilidade de arrecadação através de bem público que é utilizado para fim público, cabe também discutir qual a forma de cobrança daquelas hipóteses previstas como receita alternativa e qual a sua natureza jurídica.

4. REMUNERACAO PELO USO DA FAIXA DE DOMÍNIO

4.1 Modicidade das tarifas

As receitas alternativas previstas na Lei n. 8.897/95 visam à modicidade das tarifas. É uma previsão legal que tem como objetivo beneficiar todos os usuários de serviços públicos. Ocorre que, ao legitimar a cobrança pelo uso das faixas de domínio por prestadores de serviço público com base neste dispositivo legal, não se atinge a real intenção do legislador. A reflexão conduzida neste trabalho busca demonstrar que quem realmente irá arcar com os ônus pelo uso das faixas marginais será outro usuário de serviço público, seja ele de água, luz, esgoto, telefonia, entre outros:

Outro não é entendimento de Di Pietro:

“Note-se que o art. 11 da Lei 8.987, ao permitir a previsão de fontes de receitas alternativas, acessórias ou complementares, deixou expresso que o objetivo é o de favorecer a modicidade das tarifas. Ora, seria irrazoável, por contrariar o intuito do legislador, permitir que, para favorecer a modicidade das tarifas de rodovias, fossem elevadas as tarifas de água, luz, gás e telefone.

Essa cobrança de outras concessionárias pela utilização de faixas de domínio contraria o art. 11 da Lei n. 8.987, porque leva a resultado exatamente oposto ao interesse protegido pelo dispositivo, ou seja, o interesse dos usuários dos serviços públicos na observância do princípio da modicidade das tarifas³⁷.

Desta feita, não é possível interpretar o art. 11 da Lei nº 8.987/95 desta maneira, visto que assim o ônus da cobrança recai de qualquer forma sobre o usuário de serviço público.

4.2 Natureza jurídica da cobrança

4.2.1 Taxa X Tarifa

Os contratos de concessão para exploração de rodovias prevêem, como visto acima, receitas alternativas, dentre elas a cobrança pelo uso das faixas

³⁷ DI PIETRO; Maria Sylvia Zanella *et. al.*. **Temas polêmicos sobre Licitações e Contratos**. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 360

marginais das rodovias. Todavia, não há precisão jurídica acerca da natureza desta cobrança, nem nos contratos, tampouco na legislação.

Tal remuneração não pode ser chamada de taxa, visto que as concessionárias não possuem capacidade tributária ativa e também por não existir previsão legal da cobrança, como alerta Justen Filho:

“Consagrado no art. 150, I, traduz-se na necessidade de todos os aspectos do tributo serem definidos por lei, eliminando-se a discricionariedade administrativa. Uma taxa de serviço público apenas pode ser cobrada se tiver sido instituída em lei, e é necessário que seu montante conste de um mandamento normativo legal³⁸”.

Bandeira de Mello afirma, em convergência com o já exposto, a incoerência em se manter a cobrança denominando-a de taxa, e acrescenta também não se tratar de poder de polícia³⁹: *“Evidentemente, não está em pauta exação de natureza tributária. Não há imposto algum instituído e nada que se assemelhe às chamadas contribuições. Também não haveria cogitar de taxa, pois não se trata de cobrar pelo oferecimento de serviço público ou pelo exercício do poder de polícia⁴⁰”.*

Quanto à tarifa, esta é a principal forma de remuneração das concessionárias, cobrada através do pedágio. Aliás, a tarifa se funda na premissa de remunerar o concessionário pelos custos diretos ou indiretos, visando proporcionar a ela recursos para investimentos e para a margem de lucro⁴¹. E por óbvio, concluímos, que quando uma prestadora de serviço público utiliza a faixa marginal de uma rodovia concedida para instalar infra-estrutura, não está utilizando de nenhum serviço prestado pela concessionária da rodovia. Logo, se não há compensação, não há porque haver tarifa. Consoante com o exposto, é o entendimento de Di Pietro: *“O fato é que tanto a taxa como a tarifa constituem contraprestação por serviços diretamente usufruídos pelo usuário, ou seja, os*

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 645 e 646.

³⁹ Este tema será adiante tratado em tópico próprio 4.4 Do Poder de Polícia

⁴⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Legitimidade e natureza jurídica da cobrança de concessionárias de serviço público pela utilização subterrânea das faixas de domínio de rodovias dadas em concessão. **Rodovias: uso da faixa de domínio por concessionárias de serviços públicos: decisões e pareceres jurídicos**. Letícia Queiroz de Andrade (org.). São Paulo: ABCR, 2005. p. 32. Disponível na internet: <http://www.abcr.org.br/download/Rodovias%20uso%20da%20faixa%20de%20dominio%20por%20concessionarias%20de%20servicos%20publicos.pdf>. Acesso em: 17 de outubro de 2010

⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 648

chamados serviços *uti singuli*, em que há satisfação individual e direta das necessidades do cidadão⁴².

Portanto, incabível para tal situação a instituição de taxa ou tarifa.

4.2.2 Remuneração

Por todo raciocínio até aqui traçado e sendo clara a inviabilidade de se cobrar pelo uso por intermédio de taxa ou tarifa, há doutrinadores que defendem a cobrança de “remuneração⁴³⁴⁴”. Esta omissão legal quanto à natureza da cobrança, nos parece, de certa forma, intencional por parte do legislador:

“Com relação às outras fontes de receita, chama a atenção o fato de a lei falar em receitas alternativas, pois o vocábulo implica a idéia de que, em vez da tarifa, a remuneração do concessionário seja feita exclusivamente por outro tipo de receita. E isto parece ter sido intencional, já que o art. 2º, inciso II, ao conceituar a concessão de serviço público, não faz referência à remuneração mediante tarifa, como é da tradição do instituto”⁴⁵.

Antonio Carlos do Amaral Cintra sustenta que a cobrança deve ser dar por meio de remuneração, influenciado pela obra de Hely Lopes Meirelles⁴⁶, onde encontramos a assertiva: “*remuneração pelo uso especial de certos logradouros ou locais públicos*”.

⁴² DI PIETRO; Maria Sylvia Zanella *et. al.*. **Temas polêmicos sobre Licitações e Contratos**. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 362

⁴³ CINTRA, Antonio Carlos do Amaral. Possibilidade jurídica de cobrança das concessionárias de serviço público de remuneração pela utilização de faixas de domínio em rodovias concedidas. **Rodovias: uso da faixa de domínio por concessionárias de serviços públicos: decisões e pareceres jurídicos**. Letícia Queiroz de Andrade (org.). São Paulo: ABCR, 2005. Disponível na internet: <http://www.abcr.org.br/download/Rodovias%20uso%20da%20faixa%20de%20dominio%20por%20concessionarias%20de%20servicos%20publicos.pdf>. Acesso em: 17 de outubro de 2010

⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Legitimidade e natureza jurídica da cobrança de concessionárias de serviço público pela utilização subterrânea das faixas de domínio de rodovias dadas em concessão. **Rodovias: uso da faixa de domínio por concessionárias de serviços públicos: decisões e pareceres jurídicos**. Letícia Queiroz de Andrade (org.). São Paulo: ABCR, 2005. p. 32. Disponível na internet: <http://www.abcr.org.br/download/Rodovias%20uso%20da%20faixa%20de%20dominio%20por%20concessionarias%20de%20servicos%20publicos.pdf>. Acesso em: 17 de outubro de 2010

⁴⁵ DI PIETRO; Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 106

⁴⁶ Antonio Carlos do Amaral Cintra baseia-se neste ponto na obra de Hely Lopes Meirelles: **Direito Municipal Brasileiro**, São Paulo, Malheiros Editores, 2000, p. 159.

Já Bandeira de Mello esclarece seu ponto de vista de maneira mais contundente:

“Dessarte, quando se reconhece ao concessionário de obra rodoviária ou à entidade pública a que esteja afeta a rodovia o direito de cobrar pela passagem subterrânea de cabos ou dutos na faixa de domínio, obviamente está-se reconhecendo seu direito de ser remunerado por tal uso; isto é: direito a receber dos concessionários de serviços públicos a quem pertençam ditos equipamentos uma contrapartida pela utilidade que lhes está sendo proporcionada”

Todavia, tais argumentações se mostram equivocadas, se não há serviço prestado, ou mesmo inexistindo qualquer contrapartida por parte da concessionária das rodovias, logo, não pode haver remuneração. Quando Bandeira de Mello afirma existir utilidade que é proporcionada às concessionárias, parece estar se referindo ao bem utilizado para instalação dos equipamentos. Ora, tal bem é público e não pertence às concessionárias de exploração das rodovias, e mesmo após a concessão, o bem público mantém a sua titularidade e sua natureza. Assim sendo, não pode a concessionária exploradora das rodovias ser beneficiada por bem alheio, e sem prestar qualquer serviço que faça jus a tal remuneração.

4.2.2 Servidão Administrativa

A necessidade de instituição de servidão administrativa é um argumento trazido pelos defensores da cobrança pela utilização das faixas de domínio em rodovias. No entanto, rodovias são bens públicos, e portanto, não são passíveis de servidão. Figueiredo afirmava ser objeto de servidão administrativa apenas os bens privados: *“É a servidão administrativa bem privado onerado para fruição da coletividade⁴⁷”*.

Por outro lado, não é necessária a instituição de servidão administrativa porque a destinação pública já é inerente ao bem público.

No mesmo sentido é o entendimento de Di Pietro:

⁴⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 304.

“Quando o Poder Público, para prestação daqueles mesmos serviços, precisa utilizar a propriedade privada, não obtendo o consentimento do particular, pode instituir servidão administrativa, em caráter compulsório. Trata-se, no caso, de um direito real de natureza pública, que vai incidir sobre a propriedade para beneficiar o interesse público. Porém, quando a utilização recai sobre o bem público, a instituição de servidão administrativa não se faz necessária, precisamente porque a destinação pública é inerente a própria natureza do bem⁴⁸”.

Ainda mais antagônico é o fato de que a utilização de bem particular por concessionária de serviço público, além de, não ser onerada, é indenizada em caso de eventual ocorrência de danos, e é permitida a cobrança quando o bem público é concedido. É cediço que não há em se falar de indenização se a instituição da servidão administrativa não trazer nenhum prejuízo à normal utilização da propriedade atingida. Quando comprovada a existência de danos e prejuízos, neste caso, é evidente a necessidade de indenização, prevista inclusive em dispositivo legal que regula a concessão de energia elétrica:

Art. 5º Caberá ao concessionário de serviços públicos de energia elétrica:

I - Manter e conservar as linhas de sua propriedade de que trata este Decreto.

II - Custear o reparo dos danos causados à via de transporte, em decorrência de obras de implantação, reforma ou ampliação de linhas de transmissão, subtransmissão e distribuição de energia elétrica de sua propriedade.

III - Custear as modificações de linhas cujos suportes estejam implantados em faixa de domínio de rodovia, ferrovia e hidrovía, ressalvado o disposto no item I do artigo 6º.

IV - **Ressarcir quaisquer danos causados a instalações e benfeitorias das entidades a que se refere este decreto, em caso de ocupação de terrenos de domínio público ou faixas de domínio.** ⁴⁹ (Grifo nosso).

Ocorre, entretanto, que indenização não é preço, e deverá ser calculada na medida do dano causado.

Ainda que se cogitasse da instituição de servidão administrativa, apenas haveria necessidade de indenização existindo prejuízos ao bem que sofreu danos quando da instalação dos referidos equipamentos. Bandeira de Mello especifica as hipóteses de indenização em caso de instituição de servidões administrativas: *“impliquem real declínio da expressão econômica do bem ou subtraíam de seu titular uma utilidade que fruía. (...) caberá indenização sempre que da injunção cogitada resultar prejuízo para o proprietário do bem alcançado⁵⁰”.*

⁴⁸ DI PIETRO; Maria Sylvania Zanella *et. al.*. **Temas polêmicos sobre Licitações e Contratos**. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 359.

⁴⁹ Decreto nº 84.398/1980

⁵⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 895 e 896.

Ora, o proprietário do bem em questão é o Poder Público, conseqüentemente, mesmo sendo cabível a instituição de tal servidão, o que somente se admite por amor ao argumento, a indenização seria devida aos cofres públicos, e não ao concessionário. Ou seja, sendo o bem público propriedade do poder público, caso venha a sofrer danos, a indenização deverá ser paga ao titular do bem para que este possa reparar o prejuízo sofrido.

Ainda, cumpre salientar que não existe cobrança de preço sem contraprestação. Não há qualquer tipo de prestação de serviço das concessionárias de rodovias quando permitem a instalação de infra-estrutura necessárias à prestação de outros serviços públicos. Nem ao menos o bem que abrigará as novas instalações são de propriedade das concessionárias. Portanto, não existe qualquer contrapartida prestada por estas empresas que justifique a cobrança pelo uso das faixas marginais.

Concluimos, desde então, que o uso das faixas de domínio em rodovias concedidas por prestadoras de serviço público não pode ser considerado como espécie de servidão administrativa visto que o objeto não é bem privado. E, ainda sim, mesmo que a natureza do objeto não fosse relevante para instituição de servidão o ônus real somente iria incidir sobre a concessionária que faz uso do bem caso houvesse dano à rodovia. Isto porque, não pode haver cobrança de preço se não há compensação por parte das concessionárias que detém a posse do bem.

4.2.3 Do poder de polícia

O argumento frequentemente utilizado que aduz que a legitimidade da cobrança está na necessidade de fiscalização e cumprimento das medidas de segurança é falacioso. Tal argumento não se coaduna com os dispositivos legais, visto que estas medidas não são expressão do direito de propriedade pública, mas efetivamente correspondem ao poder de polícia sobre patrimônio público, a fim de zelar pela proteção dos interesses públicos. A retribuição pecuniária pelo exercício do poder de polícia é a cobrança de taxa, e se trata de prerrogativa exclusiva do Poder Público, conforme disposição legal:

“Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 28.12.1966)

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder⁵¹” (Grifo nosso).

O poder de polícia de maneira alguma poderia ser exercido por um concessionário, visto que se trata de um serviço público indelegável, que compete tão somente à autoridade de trânsito. Por ser indelegável, não poderia ser prestado por particular: *“O poder de polícia configura-se como restrição à autonomia privada. Trata-se de atuação estatal orientada a reprimir os excessos e desvios no exercício da autonomia privada⁵²”*. O tributarista Paulo de Barros Carvalho também salienta a exclusividade da prestação estatal: *“A mais da prestação de serviços, as taxas podem ser cobradas sempre que o Estado (acepção lata) exercitar o poder de polícia⁵³”*.

No mesmo sentido é o entendimento de Bandeira de Mello:

“A restrição à atribuição de atos de polícia a particulares funda-se no corretíssimo entendimento de que não se lhes pode, ao menos em princípio, cometer o encargo de praticar atos que envolvem o exercício de misteres tipicamente públicos quando em causa liberdade e propriedade, porque ofenderiam o equilíbrio entre os particulares em geral, ensejando que uns oficialmente exercessem supremacia sobre outros⁵⁴”.

A própria lei que trata da concessão de serviços públicos, a lei nº 8.987/95, determina que será o poder concedente o órgão responsável pela fiscalização das rodovias:

“Art. 30. No exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária.

Parágrafo único. A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme

⁵¹ Código Tributário Nacional.

⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 496.

⁵³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 40.

⁵⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 826.

previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários.

Art. 31. Incumbe à concessionária:

V - permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis⁵⁵

Não poderia ser diverso o entendimento. Defendemos aqui que a concessionária de rodovia por não exercer poder de polícia sobre o bem objeto do contrato, de igual modo não tem legitimidade para cobrar taxa de outras concessionárias de serviço público quando estas se utilizam deste mesmo bem para prestação do serviço. Ora, aceitar que uma concessionária possa exercer poder de polícia em detrimento de outra, é assumir que o Poder Público outorgou maior grau de supremacia em uma delas:

“Deveras, a restrição à atribuição de atos de polícia a particulares funda-se no corretíssimo entendimento de que não se lhes pode, ao menos em princípio, cometer o encargo de praticar atos que envolvem o exercício de misteres tipicamente públicos quando em causa liberdade e propriedade, porque ofenderiam o equilíbrio entre os particulares em geral ensejando que uns oficialmente exercessem supremacia sobre outros⁵⁶”.

Acreditamos que não há hierarquia entre os direitos fundamentais, e por conseguinte, também não há entre os serviços públicos. Logo, incoerente seria o raciocínio que nos leva a crer que uma concessionária de serviço público possui maiores prerrogativas do que outras. Não há, portanto, respaldo em nosso ordenamento jurídico, tampouco em nossa doutrina, no sentido de permitir que uma concessionária exerça poder de polícia sobre outra.

4.3 Legitimidade da cobrança

O contrato de concessão, que se cuida neste trabalho, consente ao particular tão somente o **uso** da propriedade pública, visto que para prestação de serviço público, objeto do contrato, faz-se necessária a utilização do bem que está inserido no domínio público. Desta forma, como amplamente já explorado acima,

⁵⁵ Lei 8.987 de 1995.

⁵⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Serviço Público e Poder de Polícia: concessão e delegação. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 7, julho/agosto/setembro, 2006. Disponível na internet: www.direitodoestado.com.br. Acesso em 25 de setembro de 2010.

tem-se que os bens públicos mantêm sua natureza inalterada mesmo após a concessão, e, ainda, que com destinação específica de viabilização de prestação serviço estipulado contratualmente.

As concessionárias de rodovias exploram tais bens em sua destinação principal, e para tanto, como forma de remuneração, cobram o pedágio daqueles que trafegam em via concedida. Para tanto, obrigam-se à manutenção das estradas e à realização de obras previamente estipuladas em contrato. Logo, a exploração do uso das faixas de domínio não é objeto do contrato e a remuneração pelo uso identifica-se como renda alternativa, a fim de manter a modicidade das tarifas.

Cintra do Amaral, ao defender a cobrança pelo uso das faixas de domínio, aduz que não há hierarquia entre os serviços públicos:

“A noção de poder-dever tem sido utilizada para defender a tese de que as concessionárias de gás canalizado, energia elétrica e telecomunicações têm direito à utilização (mais ainda: gratuita) das faixas de domínio. Parece-me, porém, que ela é, para tal finalidade, inútil. Porque se as concessionárias de gás canalizado, energia elétrica e telecomunicações têm o poder-dever de prestar serviço adequado aos respectivos usuários, as concessionárias de rodovias também têm o poder-dever de prestar serviço adequado aos usuários das rodovias a elas concedidas.

Esse argumento teria relevância se se pudesse demonstrar a existência de uma hierarquia entre os vários “interesses coletivos primários” envolvidos. Vale dizer: se se pudesse demonstrar que o interesse dos usuários de gás canalizado, energia elétrica ou telecomunicações mereceria, do ordenamento jurídico, uma proteção maior do que o dos usuários de rodovias. O mais que se pode dizer, porém, é que o “interesse coletivo primário” ocupa uma posição de supremacia ante o interesse público secundário, do poder concedente, e o interesse privado, também secundário, da concessionária. Nada além disso.

Não há, assim, critério jurídico para diferenciar, muito menos para hierarquizar, os interesses dos grupos de usuários envolvidos. Aliás, não existe critério de nenhuma espécie que permita essa diferenciação ou hierarquização⁵⁷.”

Ressaltamos, ainda, que o objeto do contrato é a exploração das rodovias e que o uso das faixas de domínio em nada prejudica a sua execução. Quando se discute a questão sobre a legitimidade da cobrança pelo uso para fins públicos, não se está querendo hierarquizar os serviços públicos, elencando quem um é mais importante do que o outro. De fato, não existe hierarquia entre os serviços públicos

⁵⁷ CINTRA, Antonio Carlos do Amaral. Possibilidade jurídica de cobrança das concessionárias de serviço público de remuneração pela utilização de faixas de domínio em rodovias concedidas. **Rodovias**: uso da faixa de domínio por concessionárias de serviços públicos: decisões e pareceres jurídicos. Letícia Queiroz de Andrade (org.). São Paulo: ABCR, 2005. p. 14. Disponível na internet: <http://www.abcr.org.br/download/Rodovias%20uso%20da%20faixa%20de%20dominio%20por%20concessionarias%20de%20servicos%20publicos.pdf>. Acesso em: 17 de outubro de 2010

envolvidos nesta questão. No entanto, inexistente justificativa para a cobrança. A gratuidade do uso não implica que um serviço seja superior ou mais imprescindível que outro. O que queremos demonstrar, efetivamente, é que o uso das faixas de domínio para instalação de equipamentos que viabilizem a prestação de outros serviços, não impede ou prejudica a exploração das rodovias. Os dois serviços podem ser prestados sem que um atrapalhe a execução do outro. Desta feita, não há justificativa razoável para a cobrança. Ora, se as concessionárias fossem liberadas da obrigação de pagar pelo uso da faixa de domínio, não haveria ônus nem para as concessionárias exploradoras das rodovias, nem para aquelas que precisam utilizar as áreas marginais destas vias.

A utilização do uso das faixas marginais em relação à exploração de rodovias não se mostra nem em rivalidade de uso, tampouco em exclusividade de uso:

“A análise de bens econômicos sob um critério de demanda de utilização envolve basicamente o cruzamento de duas variáveis: 1. A exclusividade do uso, que se refere à possibilidade de um usuário impedir o uso ou a fruição de determinado bem ou serviço por outrem, restringir o acesso de outros cidadãos, e 2. A rivalidade do uso, consistente na redução da possibilidade de uso ou fruição do bem ou serviço por alguém em razão do uso ou fruição por outrem.”⁵⁸

Os bens públicos, quando definidos por economistas, se mostram como bens não exclusivos, tampouco rivais. E da mesma forma devem ser visto pelo Direito. O uso da malha rodoviária é utilizado para instalação de redes e infraestrutura para prestação de serviço público. Quando se necessita da utilização das faixas de domínio não há nem impedimento no uso das rodovias, nem redução da possibilidade de uso ou fruição delas.

O uso concomitante da rodovia por concessionárias diversas *“criam as condições materiais sem as quais não se efetivariam os direitos sociais: direito à moradia digna, ao lazer, à cultura e, na sociedade de redes, o direito à educação e à informação.”⁵⁹*

Destarte, legal e legítima a cobrança pelo uso das faixas de domínio daqueles que a utilizam como meio para exploração de atividade econômica. Ocorre

⁵⁸ MARRARA; Thiago. **Bens Públicos: Domínio Urbano: Infra-estruturas.** Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 199.

⁵⁹ IDEM. p. 207.

que ao se obrigar outra prestadora de serviço público, onerando-a pela utilização da faixa para instalação de infra-estrutura que permita a prestação do serviço público, onera-se conseqüentemente o usuário daquele serviço. Contempla-se a modicidade das tarifas de um serviço, porem resta majorado o preço de outro serviço. Conseqüentemente, o prejuízo recai sobre o destinatário do serviço: aquele que tem garantido constitucionalmente o direito à prestação de serviço público.

Outrossim, a rodovia é bem público, e carrega, portanto, intrinsecamente a função pública de servir à coletividade:

“(...) os bens públicos, precisamente pela função social que desempenham, devem ser disciplinados de tal forma que permitam proporcionar o máximo de benefícios à coletividade, podendo desdobrar-se em tantas modalidades de uso quantas forem compatíveis com a destinação e com a conversão do bem. (...) A idéia que se defende é a de que existem determinados bens que comportam inúmeras formas de utilização, conjugando-se o uso comum do povo com usos privativos exercidos por particulares para diferentes finalidades⁶⁰”.

Não pode um particular onerar o uso do bem público em detrimento do interesse público. Se o bem pode servir a todos de várias maneiras, não podemos restringi-los a apenas uma forma de utilização.

4.4 Legalidade da cobrança

No que tange o uso da faixa de domínio por concessionárias de energia elétrica, há legislação sobre o tema que exige autorização de uso por órgão público federal, estadual ou municipal:

*"Art. 1º - A ocupação de faixas de domínio de rodovias, ferrovias e de terrenos de domínio público, e a travessia de hidrovias, rodovias, ferrovias, oleodutos e linhas de transmissão de energia elétrica de outros concessionários, por linhas de transmissão, subtransmissão e distribuição de energia elétrica de concessionários de serviços públicos de energia elétrica, serão autorizadas pelo órgão público federal, estadual ou municipal ou entidade competente, sob cuja jurisdição estiver a área a ser ocupada ou atravessada.
Parágrafo único - Para os fins do disposto neste artigo, será considerada entidade competente a pessoa física ou jurídica que, em razão de concessão, autorização ou permissão, for titular dos direitos relativos à via de transporte, auto ou linha a ser atravessada, ou a ter a respectiva faixa de domínio ocupada⁶¹”.*

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Função Social da Propriedade Pública. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, abril/mai/junho, 2006. Disponível na internet: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 25 de setembro de 2010.

⁶¹ Artigo 1º do Decreto nº 86.852/82

E principalmente garante a gratuidade do uso:

*Art. 2º - Atendidas as exigências legais e regulamentares referentes aos respectivos projetos, as autorizações serão por prazo indeterminado e **sem ônus para os concessionários de serviços públicos de energia elétrica**⁶² (Grifo nosso)*

Ante a leitura dos referidos dispositivos legais, depreendemos que, pelo menos em se tratando de concessionárias de energia elétrica, é expressamente ilegal a cobrança de valores quando da utilização dos bens de domínio público, como as rodovias, e consequentemente, as faixa marginais.

Mesmo em relação as outras concessionárias, como, por exemplo, aquelas exploradoras do serviço de gás ou saneamento, ainda assim a cobrança se mostra ilegal. Isto porque, as faixas marginais das rodovias são bens públicos, e portanto, *extra commercium*, e para que seja viável a cobrança seria necessária a desafetação destes bens, o que por sua característica nata não seria possível. Figueiredo cita Sérgio Ferraz ao defender a impossibilidade de desafetação de bens públicos, sejam eles de uso comum ou especial, quando estes estão a atender o interesse público:

*“(...) O que a lei tornou inalienável, só a lei pode tornar alienável. Enquanto um determinado bem, que compõe o patrimônio público, responder a um interesse coletivo, ele é impassível de se tornar alienável. Será necessária uma operação lógico-jurídica precedente, no sentido de desafetar aquele bem daquela utilização pública, comum ou especial, que lhe está agregada, que lhe está adstrita, para que seja possível a alienação. As operações, portanto, se fazem no sentido de referência e reverência ao princípio da finalidade: enquanto o bem atende a uma finalidade coletiva, e não há maneira melhor de atendê-la senão através daquele bem, **trata-se de um bem extra commercium, e nem mesmo a lei poderá torná-lo alienável, porque princípio constitucional superior impede que assim aconteça.** Enquanto aquele bem público for imprescindível para o atendimento ao interesse coletivo, a indisponibilidade do atendimento ao interesse coletivo impedirá, inibirá a lei ordinária de torná-lo alienável”.*⁶³ (Grifo nosso).

Tem-se, portanto, que quando um particular utiliza as faixas de domínio para fins particulares, quais sejam: a instalação de comércio, veiculação de publicidade ou quaisquer outros fins dessa natureza, o bem está sendo destinado a interesses particulares, e pode, desta forma, ser o uso concedido mediante ônus ao beneficiário: *“É evidente, portanto, que podem as concessionárias obter renda pela*

⁶² Artigo 2º do Decreto nº 84.398/80

⁶³ FERRAZ, Sérgio *apud* FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 551.

*utilização das faixas de domínio das rodovias por parte de particulares*⁶⁴”. Diferente deve ser o procedimento quando a utilização destina-se a atender o interesse público, visando à prestação de serviço público. O bem, neste último caso, está cumprindo a sua função primária, e não poderá, por conseguinte, ser onerado aquele que presta serviço público quando, para isto, utiliza-se de um bem que, também, é público.

⁶⁴ DI PIETRO; Maria Sylvania Zanella *et. al.*. **Temas polêmicos sobre Licitações e Contratos**. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 359

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Restou demonstrado ao longo do presente trabalho que a cobrança pelo uso das faixas marginais em rodovias concedidas ofende os princípios do interesse público, da razoabilidade, da legalidade e da modicidade das tarifas⁶⁵.

2. Tratou-se sobre a natureza jurídica do bem público, que mesmo após ser objeto de concessão, continua a ser propriedade do poder concedente, e é apenas repassado ao concessionário para que o explore, o que não lhe outorga a titularidade para alienar o bem.

3. Ainda assim, ao exigir pagamento para que concessionárias de serviço público utilizem as faixas marginais de rodovias para instalação de equipamentos de infra-estrutura, a concessionária de exploração de rodovias está, de certa forma, obstaculizando a prestação de serviço público. Tal hipótese pode ser considerada anômala no mundo jurídico, visto que não há hierarquia entre os serviços públicos, logo, inexistente também supremacia entre uma concessionária e outra. Destarte, não pode uma concessionária dificultar a prestação de serviço público por outra concessionária.

4. Tanto os contratos de exploração das rodovias, como a lei que dispõe sobre as concessões, permite que as concessionárias obtenham receitas alternativas, a fim de atingir a modicidade das tarifas. No entanto, ao se auferir renda através da cobrança pelo uso das faixas de domínio daquelas concessionárias que precisam se utilizar deste bem para prestar o serviço, onera-se da mesma forma o usuário. Portanto, desta forma não se cumpre o que está determinado em lei, pois não se atinge a modicidade das tarifas. Enquanto que, se reduzido o valor dos pedágios, haveria a majoração da tarifa de luz, água, gás, dentre outros. Concluímos, então, que tal embasamento não se mostra razoável.

5. Quanto à natureza jurídica da cobrança, elencamos as tentativas de justificação das concessionárias de exploração de rodovia:

- Tarifa: A cobrança de tarifa por parte de qualquer concessionária pressupõe a contrapartida. Ou seja, ela será remunerada por serviço prestado.

⁶⁵ DI PIETRO; Maria Sylvania Zanella *et. al.*. **Temas polêmicos sobre Licitações e Contratos**. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 358

Contudo, quando a concessionária exploradora de rodovias permite a instalação de equipamentos essenciais à prestação de serviço de outra concessionária, não há contraprestação, visto que não há ação neste fato, o que se requer é apenas omissão: a de não intervir, e deixar que a infra-estrutura seja instalada. Desta forma, incabível a cobrança de tarifa.

- Taxa: restou demonstrado que a cobrança pelo uso da faixa de domínio não poderá se efetivar por meio de taxa. Isto porque “*taxas são tributos que se caracterizam por apresentarem na hipótese da norma, a descrição de um fato revelador de atividade estatal, direta e especificamente dirigida ao contribuinte*”⁶⁶. Conforme exposto, tal cobrança não está prevista em norma, nem advém de atividade estatal, e tampouco depende de atividade despendida pela concessionária exploradora de rodovias, motivo pelo qual a referida cobrança não poderá ser classificada como taxa.

- Servidão administrativa: demonstramos que tal instituto não pode ser aplicado no caso em tela. A servidão administrativa é comumente aplicada quando há necessidade de utilização de bem particular pelo poder público. Admite-se, também, quando há uso compartilhado do bem público por dois entes federativos distintos, como, por exemplo, bem estadual que precisa ser utilizado pelo município. Contudo, cogitar a aplicação de tal instituto sobre bem público para favorecer o particular, seria criar um entendimento novo a todo o ramo do direito administrativo. Não há qualquer fundamento legal, ou mesmo doutrinário, para fundar e legitimar esta hipótese. E, ainda que, do uso decorra qualquer dano ao bem público, somente neste caso, caberia, conforme disposto no Código Civil brasileiro, indenização que objetive a reparação do prejuízo.

- Poder de Polícia: Outra situação que seria impossível aplicar no caso em estudo. O poder de polícia é de competência exclusiva do poder público, logo, indelegável ao particular. E ainda, para tanto, seria necessária a cobrança de taxa. E como exposto acima, a taxa somente poderá ser cobrada se existir norma legal que a institua. Em vista do que foi explanado, cabe ao poder público a fiscalização do uso das faixas de domínio por concessionária prestadora de serviço público.

⁶⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 38 e 39.

Não há fundamento legal para a cobrança. Nenhuma das hipóteses costumeiramente argüidas pelas concessionárias exploradoras de rodovias se mostram plausíveis ou razoáveis para que se possa aceitar este ônus imposto às outras concessionárias de serviço público.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Serviço Público e Poder de Polícia: concessão e delegação. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 7, julho/agosto/setembro, 2006. Disponível na internet: www.direitodoestado.com.br. Acesso em 25 de setembro de 2010

_____. Legitimidade e natureza jurídica da cobrança de concessionárias de serviço público pela utilização subterrânea das faixas de domínio de rodovias dadas em concessão. **Rodovias: uso da faixa de domínio por concessionárias de serviços públicos: decisões e pareceres jurídicos**. Letícia Queiroz de Andrade (org.). São Paulo: ABCR, 2005. p. 14. Disponível na internet: <http://www.abcr.org.br/download/Rodovias%20uso%20da%20faixa%20de%20dominio%20por%20concessionarias%20de%20servicos%20publicos.pdf>. Acesso em: 17 de outubro de 2010

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009

CINTRA, Antonio Carlos do Amaral. Possibilidade jurídica de cobrança das concessionárias de serviço público de remuneração pela utilização de faixas de domínio em rodovias concedidas. **Rodovias: uso da faixa de domínio por concessionárias de serviços públicos: decisões e pareceres jurídicos**. Letícia Queiroz de Andrade (org.). São Paulo: ABCR, 2005. Disponível na internet: <http://www.abcr.org.br/download/Rodovias%20uso%20da%20faixa%20de%20dominio%20por%20concessionarias%20de%20servicos%20publicos.pdf>. Acesso em: 17 de outubro de 2010.

COSTALDELLO, Angela Cassia (coord). **Serviço Público: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania**. Curitiba: Juruá, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, terceirização, parceria público-privada e outras formas.** 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____ et. al. **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos.** 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____ Função Social da Propriedade Pública. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, abril/mai/junho, 2006. Disponível na internet: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 25 de setembro de 2010.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo.** 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2005.

MARRARA; Thiago. **Bens Públicos: Domínio Urbano: Infra-estruturas.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MEIRELLES; Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo.** 10ª ed. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

7. ANEXOS – JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2008.04.00.042263-0/PR

RELATORA : Juíza Federal MARINA VASQUES DUARTE DE BARROS FALCÃO

AGRAVANTE : AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT

PROCURADOR : Procuradoria-Regional Federal da 4ª Região

AGRAVADO : MUNICIPIO DE PIRAQUARA/PR

ADVOGADO : Julio Cesar Henrichs e outro

INTERESSADO : UNIÃO FEDERAL

PROCURADOR : Procuradoria-Regional da União

INTERESSADO : REDE FERROVIARIA FEDERAL S/A - RFFSA

INTERESSADO : ALL AMERICA LATINA LOGISTICA S/A (HOLDING)

ADVOGADO : Jose Augusto Araujo de Noronha e outros

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. USO DE BEM PÚBLICO. INGRESSO NA FAIXA DE DOMÍNIO. COBRANÇA DE TAXA.

Não é razoável a exigência de taxa para a utilização da faixa de domínio, quando o uso do bem público não afeta as atividades da concessionária.

Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, vencido o Juiz Federal Nicolau Konkell Júnior, negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 09 de fevereiro de 2010.

Juíza Federal MARINA VASQUES DUARTE DE BARROS FALCÃO
Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2008.04.00.042263-0/PR

RELATORA : Juíza Federal MARINA VASQUES DUARTE DE BARROS FALCÃO

AGRAVANTE : AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT

PROCURADOR : Procuradoria-Regional Federal da 4ª Região

AGRAVADO : MUNICIPIO DE PIRAQUARA/PR

ADVOGADO : Julio Cesar Henrichs e outro

INTERESSADO : UNIÃO FEDERAL
PROCURADOR : Procuradoria-Regional da União
INTERESSADO : REDE FERROVIARIA FEDERAL S/A - RFFSA
INTERESSADO : ALL AMERICA LATINA LOGISTICA S/A (HOLDING)
ADVOGADO : Jose Augusto Araujo de Noronha e outros

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão que, em ação cautelar, deferiu a liminar pleiteada para que o Município pudesse iniciar as obras sem que fosse obrigada a pagar pela utilização da faixa de domínio referente a ferrovia administrada pela Agravante.

Sustenta, a recorrente: a) que deve ser atribuído efeito suspensivo ao agravo; b) que há a possibilidade de cobrança pelo uso especial de bens de uso comum do povo por parte da administração; c) que a impossibilidade da cobrança afetaria o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, fazendo com que aumente, injustificadamente, o preço pago pelos usuários do serviço público; d) que há a previsão contratual da cobrança.

O efeito suspensivo foi indeferido.

Com contraminuta, autos conclusos para julgamento.

É o relatório.

Juíza Federal MARINA VASQUES DUARTE DE BARROS FALCÃO
 Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2008.04.00.042263-0/PR

RELATORA : Juíza Federal MARINA VASQUES DUARTE DE BARROS FALCÃO
AGRAVANTE : AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT
PROCURADOR : Procuradoria-Regional Federal da 4ª Região
AGRAVADO : MUNICIPIO DE PIRAQUARA/PR
ADVOGADO : Julio Cesar Henrichs e outro
INTERESSADO : UNIÃO FEDERAL
PROCURADOR : Procuradoria-Regional da União
INTERESSADO : REDE FERROVIARIA FEDERAL S/A - RFFSA
INTERESSADO : ALL AMERICA LATINA LOGISTICA S/A (HOLDING)
ADVOGADO : Jose Augusto Araujo de Noronha e outros

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu: "a liminar para autorizar o Município de Piraquara a iniciar as obras de saneamento e

proceder às travessias na faixa de domínio dos trechos versados da presente demanda (Jardim Santa Mônica, Jardim Bela Vista/Ipanema/Pracinha, Araçatuba), desde que o único obstáculo ao início das obras seja o pagamento de taxa para utilização da faixa de domínio ferroviário à ALL - América Latina Logística S/A. Outrossim, determino à ALL que disponibilize seus técnicos para acompanhar as obras, desde que o autor proceda ao pagamento relativo aos gastos de disponibilização do pessoal/técnicos, inclusive o valor de R\$ 4.770,00, referente à taxa de fiscalização (fl. 39)."

Sustenta, a recorrente, em síntese, que há a possibilidade de cobrança pelo uso especial de bens de uso comum do povo por parte da administração e que tal impossibilidade afetaria o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, fazendo com que aumente, injustificadamente, o preço pago pelos usuários do serviço público.

Inicialmente convém salientar que a concessão de serviço público não se inscreve dentre as hipóteses legais de transferência do bem público para o domínio privado.

Isto porque se entrega ao particular, mediante o contrato de concessão, apenas o uso da propriedade pública, tendo em vista que se mantém o bem inserido no domínio público, afetado, apenas, à satisfação da necessidade vinculada à prestação do serviço público.

A faixa de domínio situada ao longo da malha ferroviária, cedida à exploração da ALL AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA DO BRASIL SA, permanece, portanto, ostentado o caráter de bem público, ainda que com a destinação específica de viabilização da prestação de serviço cujo exercício foi entregue ao particular.

Nesse sentido Celso Antonio Bandeira de Mello:

Cumpra, outrossim, não confundir concessão de serviço público e concessão de uso de bem público, com o fito de explorá-lo.

Só se tem concessão de serviço público - e o próprio nome do instituto já o diz - quando o objetivo do ato for o de ensejar uma exploração de atividade a ser prestada universalmente ao público em geral. Pode ocorrer que, o concessionário ancilarmente necessite usar de um bem público (como, por exemplo, quando instala canalizações ou postes no subsolo e nas vias públicas, respectivamente), mas o objeto da concessão é o serviço público prestado.

Diversamente, a concessão de uso pressupõe um bem público cuja utilização ou exploração não se preordena a satisfazer necessidades ou conveniências do público em geral, mas as do próprio interessado ou de alguns singulares indivíduos. O objeto da relação não é, pois, a prestação do serviço à universalidade do público, mas, pelo contrário, ensejar um uso do próprio bem ou da exploração que este comporte (como sucede com os potenciais de energia elétrica) para o próprio concessionário se sacie com o produto extraído em seu proveito ou para que o comercialize limitadamente com alguns interessados.

(...)

Quando a concessão de uso de bem público destina-se a suprir unicamente interesses específicos do próprio beneficiado da concessão, o proveito captado, a utilidade extraída, o é para ser absorvido pelo próprio concessionário. É bem de ver que, in casu, o que o concessionário pretende e o que o Poder Público acede em conferir-lhe é o uso extraível do bem público, que o próprio interessado explorará para si, normalmente, em caráter exclusivo. A exploração que fará é meio para desfrutar das virtualidades contidas no bem, sendo estas o fim objetivado. É o que se passa quando o Poder Público outorga a uma empresa concessão para exploração de potencial hidráulico para fins de produzir energia elétrica exclusivamente para alimentar a própria ou as próprias indústrias. Em casos deste jaez, sua distinção da concessão de serviço público será particularmente nítida, pois, aí, o bem oferecido ao concessionário o é com base geradora de um bem de consumo seu, ao passo que na

concessão do serviço público - este aparece como um bem de produção, ou seja, enquanto condição necessária para instrumentá-lo à prestação coletividade daquele serviço concedido.

(in Curso de Direito Administrativo, 13ª ed., Malheiros, São Paulo, 2001, p. 629/630).

Portanto o uso do bem público pela concessionária de serviço público, deve ficar contido nos lindes da sua utilidade e necessidade à prestação da atividade concedida, podendo ela opor-se à eventual interferência do ente público que embarace ou dificulte a utilização outorgada contratualmente.

Nesse sentido, inclusive, o voto proferido em caso análogo pelo Eminentíssimo Des. Luiz Carlos de Castro Lugon na AC Nº 2006.04.00.030249-3, de onde se extrai a seguinte fundamentação:

"A leitura que se deve fazer, todavia, desta transferência do uso do bem ao particular, não se afina com a idéia da sua exaustiva exploração econômica, ultrapassando os lindes do objeto da concessão. O propósito da entrega do bem ao particular é dar suporte físico à prestação do serviço público; constitui o bem público elemento necessário e imprescindível ao perfeito desempenho da atividade concedida, como ocorre nos serviços públicos que necessitam de, v.g., dutos, postes, rodovias, etc. A destinação do bem, portanto, está atrelada ao objeto do serviço público, não havendo justificativa legal e contratual para o particular fazer uso que se aparte de tal propósito. A utilização descolada do fim pactuado atenta contra a essência e o objeto do contrato administrativo.

*Mais do que isto, ter-se-á conduta carente de substrato legal, não amparada pelo ordenamento jurídico. **Insiro aí, a exigência de autorização e de paga, pela concessionária de transporte ferroviário, para que outras concessionárias de serviço público utilizem-se da faixa de domínio da malha ferroviária para instalação de suportes físicos necessários à sua atividade fim.** O objeto da concessão pública, que não é de uso do bem, não é a exploração da faixa de domínio, mas do serviço público de transporte ferroviário, no qual não está contida a possibilidade da concessionária transferir a terceiros o uso do bem essencial à prestação do serviço.*

Lícito seria, como já aventado acima, a objeção da concessionária se a instalação de tubulações, canalização, etc., viesse de algum modo oferecer limitação à exploração do serviço público a ela confiada pelo Poder Concedente. Porém, não me parece seja o caso dos autos, porquanto a instalação subterrânea de rede de abastecimento de água e de coleta de esgoto, na faixa de domínio, em princípio, não tem o condão de impedir o uso regular da malha de trânsito ferroviário.

Falta, pois, legitimação à empresa concessionária de transporte ferroviário para impor obstáculos jurídicos e econômicos ao início das obras pela SANEPAR.

Ainda que assim não fosse, creio desarrazoado vetar o início e prosseguimento das obras de ampliação do abastecimento de água e de coleta de esgoto. Não me escapa a especial circunstância de que a presente disputa judicial tem servido de entrave à melhora da prestação do serviço público, notadamente na região metropolitana de Curitiba/PR. O interesse de maior relevância, no caso concreto, não é o da concessionária de transporte ferroviário nem o da SANEPAR. É o titularizado por aqueles que não integram a presente lide, quais sejam, os cidadãos consumidores que ficam privados do serviço essencial de abastecimento de água e de esgoto, enquanto não solvido o conflito instalado entre a concessionária e a SANEPAR.

*Ambicionando resguardar, então, o interesse dos consumidores, que têm direito à prestação do adequado serviço público, tenho por bem dar provimento ao presente agravo de instrumento." - **Sem grifos no original***

De mais a mais, recentemente, na data de 26/01/2010, esta 3ª Turma ao julgar a AC 2007.71.00.041706-2, por maioria, vencido o Juiz Federal Nicolau Konkel Junior, negou provimento à apelação e à remessa oficial do DNIT,

autorizando, por consequência, a ocupação da área sem o pagamento da taxa para utilização de faixa de domínio.

Por não ter sido ainda publicada a ementa daquele julgamento, transcrevo a conclusão do Eminentíssimo relator Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, *in verbis*:

"(...)

Com efeito, em juízo liminar, vislumbro a presença dos requisitos previstos no art. 273 do CPC, eis que a exigência pelo DNIT da assinatura de termo de autorização de uso com consentimento de futura cobrança de uso do solo é contrária à jurisprudência do Tribunal e compromete a garantia prevista no art. 175, § único, III, da CF/88.

Por esses motivos, defiro o efeito suspensivo requerido à fl. 53, "a".

Oficie-se.

Intime-se o agravado para a resposta.

Intime-se. Oficie-se. Dil. legais.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação e à remessa oficial. É o meu voto."

Nesse passo, levando em consideração todos os fundamentos expostos, não merece provimento o presente agravo de instrumento.

**Em face do exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.
É como voto.**

Juíza Federal MARINA VASQUES DUARTE DE BARROS FALCÃO
Relatora

APELAÇÃO CÍVEL N.º 426.726-7 DA 5.ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE MARINGÁ.

APELANTE : Rodovias Integradas do Paraná S/A - Viapar.

APELADA : Companhia de Saneamento do Paraná - SANEPAR.

RELATOR : Des. Xisto Pereira.

APELAÇÃO CÍVEL. CONCESSIONÁRIAS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. COBRANÇA DE TARIFA PELA UTILIZAÇÃO DE FAIXA DE DOMÍNIO DE RODOVIA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL N.º 426.726-7, da 5.ª Vara Cível da Comarca de Maringá, em que é apelante RODOVIAS INTEGRADAS DO PARANÁ S/A-VIAPAR e apelada COMPANHIA DE SANEAMENTO DO PARANÁ-SANEPAR.

I – RELATÓRIO

Companhia de Saneamento do Paraná - SANEPAR, adiante identificada como "apelada", ajuizou ação ordinária, com pedido de antecipação de tutela, em face de Rodovias Integradas do Paraná S/A - VIAPAR, adiante identificada como "apelante", aduzindo, em síntese, que (i) é concessionária do serviço público de distribuição de água e esgoto; (ii) em cumprimento do contrato de concessão celebrado com o Município de Maringá deveria instalar dutos na faixa de domínio da rodovia PR 317, do Km 104 até o Km 107, para implementação da rede de distribuição de água tratada; (iii) após apresentar seu projeto à apelante, que é também concessionária, foi surpreendida com a cobrança da denominada "Taxa Anual de Ocupação a Título Precário de Faixa de Domínio", no valor de R\$ 12.218,31, que reputa ilegal. Pugnou, ao final, que lhe seja possibilitada a utilização da faixa de domínio da rodovia independentemente do recolhimento de qualquer taxa à apelante (fls. 02/18).

Pela sentença de fls. 392/401, foram julgados procedentes os pedidos deduzidos na exordial e confirmada a liminar antes deferida, sob os fundamentos de que ambas são concessionárias de serviço público, não sendo coerente a cobrança em questão já que a utilização da faixa de domínio pela apelada, concessionária de serviço público essencial de natureza não empresarial, faz-se necessária para cumprimento de suas obrigações contratuais perante o Município de Maringá e que a cobrança da indigitada "taxa" afronta aos arts. 145, inc. II, da CF e 77 do CTN, visto que vedado à apelante a criação de nova espécie tributária.

Em suas razões recursais, a apelante sustenta que a Lei Federal nº 8.987/95 no art. 11 permite às concessionárias outras fontes alternativas de receita, como corolário do princípio da modicidade das tarifas. Por essa razão, na qualidade de concessionária de obra pública, pode exigir contraprestação de outra concessionária pela utilização e ocupação do subsolo da faixa de domínio da rodovia sob sua concessão. Esclarece que a despeito da denominação atribuída à aludida tarifa sua natureza é de preço público e não de tributo. Além disso, aponta que na cláusula XXI do contrato de concessão firmado com o Estado do Paraná é previsto como fonte de receita alternativa as atividades vinculadas à exploração das suas faixas marginais. Conclui, com isso, que "os valores pretendidos... consistem em

contraprestação, isto é, justa remuneração pela utilidade que um bem sob sua concessão proporciona para a Apelada" (fls. 403/433).

A apelada, em contra-razões, defende o acerto da sentença recorrida com reiteração dos argumentos tecidos na inicial e a ressalva de que não visa o lucro, ao contrário da apelante (fls. 442/446). A Douta Procuradoria-Geral de Justiça sugere o desprovemento da apelação porque "indevida a cobrança pelo uso de área pública para serviço de utilidade pública" (fls. 461/466).

É o relatório.

II - VOTO E SUA FUNDAMENTAÇÃO

Versam os autos acerca de ação ordinária para declarar a inexigibilidade de "taxa" cobrada em virtude da utilização de faixa de domínio de rodovia objeto de concessão pelo poder público.

Em que pesem as razões de recurso deduzidas pela apelante, não merece acolhida sua irresignação contra a sentença por meio da qual se declarou a inexigibilidade da mencionada "taxa anual de ocupação a título precário da faixa de domínio".

De início, cumpre ressaltar que ambas as partes são concessionárias nos termos da Lei Federal n.º 8.987/95, sendo a apelante concessionária de obra pública (contrato n.º 072/97, cláusula VII, fl. 244) e a apelada empresa estatal concessionária de serviço público.

Na sempre arguta lição de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, in Direito Administrativo, Atlas, 2005, São Paulo, 18.ª ed., p. 395, "a empresa estatal que desempenha serviço público é concessionária de serviço público submetendo-se à norma do artigo 175 e ao regime jurídico dos contratos administrativos, com todas as cláusulas exorbitantes, deveres perante os usuários e direito ao equilíbrio econômico-financeiro".

Não é demasiado lembrar que por meio da concessão o Estado delega a execução de um serviço público ou de uma obra pública ao concessionário, que será remunerado por tarifa a ser paga pelo respectivo usuário. O concessionário executa o serviço ou a obra por sua conta e risco, mas com a fiscalização do poder concedente, sobretudo no que toca ao valor da tarifa que deve ser módica. Em contrapartida, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão será buscado por meio de outras fontes que o concessionário poderá obter por meio de receitas alternativas, complementares ou acessórias, as quais deverão estar previstas no respectivo edital de licitação (arts. 11, parágrafo único e 18, inc. VI, da Lei Federal n.º 8.987/95). É com fundamento nessa previsão legal que a apelante justifica a cobrança impugnada pela apelada.

Antes de adentrar na análise acerca da legalidade da indigitada cobrança, percuente sublinhar que não tem natureza tributária a tarifa exigida, em que pese a infeliz denominação atribuída pela apelante.

É cediço que a margem das rodovias é bem público de uso comum, natureza que não se esvai com a concessão de sua exploração ao particular. Muito embora o uso dos bens públicos possa ser remunerado (art. 103 do CC), quando sua utilização tem por fim a prestação de outro serviço público não há que se falar em retribuição, nem tão pouco contraprestação, como defendido pela apelante, pois a exigência de

qualquer valor a esse título não se mostra razoável com o fim buscado pela lei, mesmo porque, ao ceder o uso do subsolo dos terrenos que margeiam as rodovias sob sua concessão, a apelante não está a executar qualquer das atribuições que lhe foram delegadas no contrato de concessão.

Com efeito, na exegese do art. 11, da Lei Federal n.º 8.987/95, deve-se levar em conta sua interpretação teleológica, buscando na norma qual o bem jurídico por ela tutelado. In casu, por certo não foi o lucro das concessionárias que o art. 11 quis proteger ao prever receitas alternativas, mas sim a modicidade das tarifas, princípio que vem esculpido na referida lei federal. Na mesma esteira, é possível deduzir que o legislador não vislumbrou como "receita alternativa" a cobrança de tarifa pela utilização dos terrenos que margeiam as rodovias para a prestação de serviço público, mas para fins outros de natureza preponderantemente empresarial; o que não é o caso da apelada, que não visa o lucro e presta serviço público de distribuição de água e esgoto em prol da coletividade.

Não obstante, embora possível a obtenção de receita alternativa pela concessionária ela deve estar expressamente prevista no edital de licitação, nos termos do art. 18, inc. VI, da Lei Federal n.º 8.987/95. No entanto, da atenta leitura do contrato de concessão firmado pela apelante, mormente da cláusula XXI (fls. 258/259), não se vislumbra tal previsão, de onde se deduz, por força do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, que a correlata previsão também não constou do edital de licitação.

Por conseqüência, impositivo concluir que a tarifa exigida pela apelante não pode se enquadrar como fonte alternativa de receita, na dicção da Lei Federal n.º 8.987/95. Entendimento diverso levaria à absurda possibilidade de a concessionária exigir mencionada "taxa" da polícia rodoviária que se utiliza das margens das rodovias para também prestar serviço público (art.144, §2.º, CF).

Além disso, há que se levar em conta que o recolhimento do valor exigido certamente acarretará aumento das tarifas cobradas pela apelada que repassará tal custo aos seus usuários, em afronta ao princípio da modicidade das tarifas. Não se olvide, ainda, que a própria apelante vai usufruir da rede de abastecimento de água implantada pela apelada, seja em suas instalações existentes ao longo do trecho sob sua concessão, seja por meio da remuneração que ela obtém das pessoas que exploram o comércio na rodovia. Isso porque, é incontestável que a existência de rede de abastecimento de água e esgoto fomentará a exploração econômica do trecho objeto da concessão, revertendo em lucro à apelante.

Os benefícios, de conseqüência, são para ambas as partes, daí porque cai por terra o argumento da apelante no sentido de que "os valores pretendidos... consistem em contraprestação, isto é, justa remuneração pela utilidade que um bem sob sua concessão proporciona para a Apelada".

Por conseguinte, impositivo concluir que a tarifa cobrada pela apelante, denominada de "Taxa Anual de Ocupação a Título Precário de Faixa de Domínio", é ilegal. Aliás, diferente não é o entendimento reiterado pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de ser indevida a cobrança de tributo, ou mesmo de tarifa, pela utilização de bem público para prestação de serviço público de natureza não comercial (REsp. n.º 694.684/RS, RMS n.º 12.081/SE, RMS n.º 12.258). Nessas condições, impõe-se o desprovimento do recurso. É como voto.

III – DISPOSITIVO

ACORDAM os magistrados integrantes da 4.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso. Acompanharam o voto do Relator os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Abraham Lincoln Calixto (Presidente, em exercício) e Maria Aparecida Blanco de Lima.

Curitiba, 28.04.09.

Des. Xisto Pereira,
Relator.

Número do processo: 1.0000.05.426445-2/000(1)
Númeração Única: 4264452-57.2005.8.13.0000**Relator:** KILDARE
 CARVALHO**Relator do Acórdão:** KILDARE CARVALHO
Data do Julgamento: 04/10/2006
Data da Publicação: 24/11/2006

Inteiro Teor:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO - TAXA DE LICENCIAMENTO PARA USO E OCUPAÇÃO DA FAIXA DE DOMÍNIO DAS RODOVIAS - COBRANÇA - ESTADO DE MINAS GERAIS - INEXIGIBILIDADE. Ilegítima a cobrança, por parte do Estado de Minas Gerais, da Taxa de Licenciamento para Uso e Ocupação da Faixa de Domínio das Rodovias, em virtude de utilização das vias públicas para a implantação, instalação e passagem de equipamentos necessários à prestação dos serviços de telecomunicação, cuja concessão foi outorgada pela União. Segurança concedida.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.05.426445-2/000 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - IMPETRANTE(S): CIA DE TELECOMUNICAÇÕES DO BRASIL CENTRAL- CTBC TELECOM - AUTORID COATORA: SECRETARIO ESTADO FAZENDA MINAS GERAIS, DIRETOR DER MG DEPTO ESTRADAS RODAGEM MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. KILDARE CARVALHO

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda o 2º GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM CONCEDER A SEGURANÇA, VENCIDOS OS TERCEIRO E QUINTO VOGAIS.

Belo Horizonte, 04 de outubro de 2006.

DES. KILDARE CARVALHO - Relator

02/08/2006

2º GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS

ADIADO

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.05.426445-2/000 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - IMPETRANTE(S): CIA DE TELECOMUNICAÇÕES DO BRASIL CENTRAL- CTBC TELECOM - AUTORID COATORA: SECRETÁRIO ESTADO FAZENDA MINAS GERAIS, DIRETOR DER MG DEPTO ESTRADAS RODAGEM MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. KILDARE CARVALHO

Proferiram sustentações orais, pelo Secretário do Estado da Fazenda de Minas Gerais, e pelo Diretor do DER, os Drs. Carlos Victor Muzzi Filho e Ricardo Magalhães Soares, respectivamente.

O SR. DES KILDARE CARVALHO:

Sr. Presidente.

Ouvi, com atenção, as sustentações orais produzidas da tribuna.

Meu voto é o seguinte.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado pela COMPANHIA DE TELECOMUNICAÇÕES DO BRASIL-CTBC- TELECOM, buscando a suspensão da exigibilidade da "Taxa de Licenciamento para Uso ou Ocupação da Faixa de Domínio das Rodovias-TFDR" prevista na Lei Estadual de n. 6.763/75, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei 14.938/03.

Insurge-se contra a cobrança do referido tributo, calcado em violação ao art. 145, II, da Constituição Federal de 1988 e aos artigos 77 e 78 do Código Tributário Nacional. Após discorrer sobre sua condição de concessionária de serviço público, alega que tem direito líquido e certo de passagem das redes de telecomunicações pelo domínio rodoviário, sem se sujeitar ao recolhimento da taxa em questão. Requer, ao final, a concessão do presente mandamus, para que as autoridades coatoras se abstenham de exigir o pagamento da referida taxa e a embaraçar a continuidade da prestação do serviço público de telecomunicações por ela desempenhado.

Como se vê dos autos, a CTBC TELECOM- CIA. DE TELECOMUNICAÇÕES BRASIL CENTRAL impetrou o presente mandado de segurança contra ato do Secretário Estadual de Fazenda e do Diretor Geral do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais, questionando a exigência da Taxa de Licenciamento para Uso ou Ocupação da Faixa de Domínio das Rodovias -TFDR- instituída pela Lei 14.938 de 29 de Dezembro de 2003 e regulamentada pelo Decreto n. 43.932, de 29 de dezembro de 2004.

A taxa em apreço está sendo exigida da impetrante, em virtude da utilização das rodovias estaduais, relacionadas com a implantação, instalação e passagem de equipamentos destinados à prestação de serviços de telecomunicações.

Rememorando os termos constantes dos autos, estou a entender que a segurança deve ser concedida.

Tal como sói acontecer em outras hipóteses já examinadas envolvendo as concessionárias de serviço de telecomunicações e entes públicos estaduais e municipais, entendo, com efeito, que o Estado de Minas Gerais não pode cobrar da impetrante pela utilização das vias públicas em razão da prestação de serviço prestado, por estarem revestidas do munus público, que lhes foi concedido pela União.

Isto porque é da competência da União "a exploração, direta ou mediante autorização, concessão ou permissão, dos serviços de telecomunicações nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais". (art. 21, inciso XI, e art. 22, inciso IV, ambos da Constituição Federal.)

Deflui-se, portanto, de tais prerrogativas que, somente a União é que pode decidir se a concessão ou permissão se dará a título gratuito ou oneroso, sendo "vedado ao Município cobrar por tal utilização porque a concessão é uma relação jurídica complexa, composta de um ato regulamentar do Estado que fixa unilateralmente condições de funcionamento, organização e modo de prestação do serviço, isto é, as condições em que será oferecido aos usuários; de um ato-condição, por meio do

qual o concessionário voluntariamente se insere debaixo de uma situação jurídica objetiva estabelecida pelo Poder Público, e de contrato, por cuja via se garante a equação econômico-financeira, resguardando os legítimos objetivos do lucro do concessionário". (Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 13ª edição, Malheiros editores, 2001, pág 632)

Na hipótese dos autos, a impetrante é empresa concessionária de serviços públicos, e nesta qualidade, possui o direito de utilização do domínio público, para a instalação dos equipamentos que fazem parte da sua estrutura para prestação dos serviços públicos.

Assim, ao Estado de Minas Gerais, não é permitido cobrar da concessionária impetrante, em forma de taxa, pela utilização do bem público, eis que este é necessário na prestação do serviço.

Por outro lado, lembre-se de que à exceção do ICMS, do Imposto de produtos estrangeiros e Imposto de exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a serviços de telecomunicações.

Mutatis Mutandis, colhe-se jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

" RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - UTILIZAÇÃO DE SOLO URBANO - INSTALAÇÃO DE POSTES DE SUSTENTAÇÃO DA REDE DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA - INSTITUIÇÃO DE TAXA DE LICENÇA PARA PUBLICIDADE E PELA EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE EM LOGRADOUROS PÚBLICOS - ART. 155, ? 3º, DA CF/88 - IMPOSSIBILIDADE - PRECEDENTE - 1. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto contra V. Acórdão que denegou segurança ao entendimento de ser constitucional a cobrança, por parte do Município recorrido, da taxa de exploração de logradouro público sobre a utilização do solo urbano por equipamentos destinados à transmissão e distribuição de energia elétrica para atendimento da rede pública. 2. "A intitulada 'taxa', cobrada pela colocação de postes de iluminação em vias públicas não pode ser considerada como de natureza tributária porque não há serviço algum do Município, nem o exercício do poder de polícia. Só se justificaria a cobrança como PREÇO se se tratasse de remuneração por um serviço público de natureza comercial ou industrial, o que não ocorre na espécie. Não sendo taxa ou preço, temos a cobrança pela utilização das vias públicas, utilização esta que se reveste em favor da coletividade." (RMS nº 12081/SE, 2ª Turma, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, DJ de 10/09/2001) 3.

É ilegítima a instituição de mais um tributo sobre o fornecimento de energia elétrica, além dos constantes do art. 155, § 3º, da CF/88. 4. Recurso provido". (STJ - ROMS 12258 - SE - 1ª T. - Rel. Min. José Delgado - DJU 05.08.2002).

Por fim, devo dizer que as cláusulas contratuais constantes do contrato de concessão firmado entre a impetrante e a ANATEL, destacadas nas informações, não têm o condão de legitimar a taxa em apreço.

Isto porque, no supra citado contrato não há previsão de instituição, por parte dos entes públicos municipais e estaduais, de qualquer tributo em virtude do uso das vias públicas, há somente determinação para que a concessionária pactue com estes as condições para o fiel cumprimento do objeto do contrato de concessão.

Diante do exposto, confirmando a liminar, concedo a segurança impetrada.

Deixo de fixar a verba honorária sucumbencial por aplicação das Súmulas 512 do STF e 105 do STJ.

O SR. DES. AUDEBERT DELAGE:

Sr. Presidente.

Ponho-me de acordo com o Relator e, também, concedo a ordem.

O SR. DES. MACIEL PEREIRA:

De acordo.

O SR. DES. MOREIRA DINIZ:

Sr. Presidente.

A Constituição Federal estabelece os casos de imunidade tributária e se vê no art. 150 as situações em que tal se aplica. Chamou-me a atenção, como motivadora da concessão da segurança, se fosse o caso, o inciso VI do referido artigo 150, onde se estabelece que é vedada a instituição de impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros. Tomo essa expressão "impostos" no sentido abrangente de tributo e, não obstante, aqui, cuida-se de impostos e a vedação tem que ser expressa. A alínea "a" fala que o patrimônio, renda ou serviço, uns dos outros não pode ser tributada, mas o § 3º do mesmo artigo 150 estabelece que as vedações do inciso VI, alínea "a" do § anterior não se aplicam, entre outras situações, ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas típicas do serviço privado ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário.

Essa segunda parte diz respeito, efetivamente, à atividade pública, que é a prestação de serviço público. Já não há, na Constituição, norma que diga que a imunidade se estende a concessionário de serviço público, mas, aqui, a situação se torna ainda mais clara, porque há expressa vedação de reconhecimento de imunidade no caso de serviços públicos em que haja, pelo usuário, o pagamento de preço ou tarifa.

No caso, a Impetrante é concessionária de serviço público de telefonia, para cuja utilização todo e qualquer usuário paga o referido preço ou tarifa. E não importa que não esteja sendo fiscalizado pelo DER e nem o poderia ser diretamente, mas está sendo fiscalizada a utilização de uma área com a colocação de postes ou cabos que se prestam à consecução daquele serviço de telefonia.

Então, a atividade, no caso do DER, é de fiscalizar a utilização, pelo Impetrante, de uma área de domínio público de rodovia para a infra-estrutura do serviço de telefonia que a mesma presta e pelos quais o cidadão paga preço ou tarifa. E o § 3º do artigo 150 é claro ao vedar a imunidade tributária neste caso, por isso, pedindo vênua, denego a segurança.

O SR. DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES:

Sr. Presidente.

A matéria, para mim, está um pouco complexa, por isso peço vista dos autos, para melhor reflexão.

SÚMULA. PEDIU VISTA O 4º VOGAL, O RELATOR, O 1º E O 2º VOGAIS CONCEDERAM A SEGURANÇA, O 3º VOGAL DENEGAVA A SEGURANÇA.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O SR. PRESIDENTE (DES. ALMEIDA MELO):

O julgamento deste feito foi adiado na Sessão do dia 02/08/06, a pedido do Quarto Vogal, após votarem Relator, Primeiro e Segundo Vogais, concedendo a segurança, e o Terceiro Vogal denegando-a.

Com a palavra o Des. Dárcio Lopardi Mendes.

O SR. DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES:

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por COMPANHIA DE TELECOMUNICAÇÕES DO BRASIL - CTBC em face do SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA DE MINAS GERAIS E OUTRO, visando a suspensão da taxa de licença para uso ou ocupação da faixa de domínio das rodovias (TFDR) instituída e cobrada pelo Estado de Minas Gerais com base na Lei Estadual n. 6.763/75, alterada pela Lei n. 14.938/03, em razão da passagem das redes de telecomunicações pelo domínio rodoviário.

Assim como o ilustre Relator, estou a entender que deva ser concedida a segurança, pelas razões que se seguem.

Inicialmente, a meu ver, devem ser feitas algumas considerações a respeito do conceito de taxa, para que se verifique a legalidade da cobrança em questão.

Segundo ensina Hugo de Brito Machado, in Curso de Direito Tributário, 22ª edição, Editora Malheiros, pp. 386 e ss.:

"Taxa, em síntese, é espécie de tributo cujo fato gerador é o exercício regular do poder de polícia, ou o serviço público, prestado ou posto à disposição do contribuinte. Isto é o que se pode extrair do disposto no art. 145, inciso II, da Constituição Federal e no art. 77 do Código Tributário Nacional."

Nesse sentido, deve-se ponderar que, no caso do uso e ocupação do domínio rodoviário para a passagem das redes de telecomunicações, não há efetivamente a prestação de um serviço tributável por meio da cobrança de taxa. Isso porque, conforme o doutrinador supramencionado, para fins de cobrança de taxa, "podemos entender por serviço público toda e qualquer atividade prestacional realizada pelo Estado, ou por quem fizer suas vezes, para satisfazer; de modo concreto e de forma direta, necessidades coletivas. Não se confunde com o poder de polícia porque é sempre atividade prestacional de natureza material" (op cit., p. 389).

Já o poder de polícia passível de constituir fato gerador para a cobrança de taxa, é definido, pelo art. 78 do CTN, da seguinte forma:

"Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos."

Após feitas essas considerações, torna-se claramente notável que o caso dos autos não se insere na hipótese de serviço público nem de poder de polícia, inviabilizando, assim, a cobrança de taxa.

Isso porque, a simples passagem da fiação e equipamentos necessários à prestação de serviço pela concessionária de telecomunicações não implica prestação de uma atividade do Estado visando a satisfazer, concreta e diretamente, às necessidades coletivas. Sequer há disponibilização de algum serviço em favor da empresa impetrante, a justificar a cobrança de taxa.

Também não há se falar em existência de poder de polícia neste ato, visto que o Estado não figura, quando permite a passagem e instalação dos equipamentos ao longo das rodovias, como Estado-Poder, impondo restrições e condicionando o exercício dos direitos individuais dos cidadãos.

Assevere-se que a hipótese dos autos afigura-se mais aproximadamente do instituto da servidão de passagem do que da prestação de serviço específico e divisível ou do exercício do poder de polícia, sendo incabível, pois, a cobrança de taxa.

Nem se diga que a hipótese dos autos seria a de preço público, visto que ausente o requisito da voluntariedade da utilização do bem público.

Ademais, a responsabilidade pela atividade do concessionário, assim como sua fiscalização, compete ao poder concedente, no caso, a União, sendo que o Estado sequer poderia exercer seu poder e autoridade sobre a empresa que atua na área de telecomunicações por concessão do serviço pela União.

Outrossim, deve-se ponderar que, ausente o fato gerador que justifique a cobrança do tributo, sua instituição e exigência torna-se ilegal, devendo ser, portanto, repelida.

Não se perca de horizonte, ainda, que a concessão do serviço público é feita de forma a criar direitos e obrigações ao ente concedente e à empresa concessionária, de forma que ambos atinjam, por meio do instituto, os interesses almejados.

Assim, ressalte-se que militam em favor do ente público prerrogativas às quais o concessionário deve se submeter. Todavia, não cabe ao poder concedente sufocar a atividade econômica do concessionário, apenas visando realizar o bem comum, pois deve preservar, tanto quanto possível, o intuito de obter lucro da empresa que recebe a concessão.

Nesse diapasão, desde que a empresa concessionária preste o serviço de forma a respeitar os princípios da permanência, da continuidade, da generalidade, da eficiência, da modicidade e da cortesia, não pode o Poder Público impedir que obtenha lucro, alterando arbitrariamente as condições pré-estabelecidas no contrato de concessão, de forma a romper o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, não obstante este seja relativo em contratos que tais.

Portanto, o concessionário fica adstrito ao regulamento e ao contrato, assim como às condições por eles estabelecidas. Nesse sentido, bem observa Hely Lopes Meirelles, in *Direito Administrativo Brasileiro*, 24ª edição, Editora Malheiros, p. 344/345:

"Toda concessão, portanto, fica submetida a duas categorias de normas: as de natureza regulamentar e as de ordem contratual. As primeiras disciplinam o modo e forma de prestação do serviço; as segundas fixam as condições de remuneração do concessionário; por isso, aquelas são denominadas leis do serviço, e estas,

cláusulas econômicas ou financeiras. Como as leis, aquelas são alteráveis unilateralmente pelo Poder Público segundo as exigências da comunidade; como cláusulas contratuais, estas são fixas, só podendo ser modificadas por acordo entre as partes.

Consideram-se normas regulamentares ou de serviço todas aquelas estabelecidas em lei, regulamento ou no próprio contrato visando à prestação de serviço adequado; consideram-se cláusulas econômicas ou financeiras as que entendem com a retribuição pecuniária do serviço e demais vantagens ou encargos patrimoniais do concessionário e que mantêm o 'equilíbrio econômico e financeiro do contrato', na boa expressão de Caio Tácito"

Mister ressaltar, assim, que a imposição de taxa pelo Estado, quando a empresa que recebe a concessão do serviço da União necessita usar e ocupar área pertencente à esfera estadual, onera excessivamente o contrato, sem que tal condição esteja previamente estabelecida entre concedente e concessionário.

Ademais, deve-se lembrar que a oneração sofrida pelo concessionário na prestação do serviço, inevitavelmente trará reflexos para o preço final do serviço ao usuário, sendo que tal prerrogativa somente é cabível ao Poder Concedente, e não a ente federado diverso deste.

Isso porque, ainda na lição do louvável mestre Hely Lopes Meirelles, op cit., p. 348, temos que:

"Já vimos precedentemente que o contrato de concessão, como os demais contratos administrativos, pode ser alterado unilateralmente pela Administração (...). Mas essa alteração restringe-se às cláusulas regulamentares ou de serviço, sempre para melhor atendimento ao público. Além disso, toda vez que, ao modificar a prestação do serviço, o concedente alterar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato, terá que reajustar as cláusulas remuneratórias da concessão, adequando as tarifas aos novos encargos acarretados ao concessionário (Lei 8987/95, art. 9º, §4º). (...)

É assim porque a remuneração do serviço nas bases inicialmente ajustadas constitui direito fundamental e adquirido do concessionário, imutável ao nuto da outra parte; direito adquirido, reconhecido tanto pela doutrina como pela nossa jurisprudência e atualmente pela Constituição Federal (art. 37, XXI)."

Também não se pode olvidar para o fato de que a concessão de serviço de telecomunicações possui natureza jurídica de relação jurídica de Direito Público, nos termos do artigo 21, inciso XI da Constituição da República, sendo que a competência legislativa para regular tal atividade é privativa da União Federal.

Acrescente-se que a prestação de tão relevante e essencial serviço é de interesse público, devendo ser potencializada sua universalização, em nome da qual não se pode onerar excessiva e desnecessariamente a atividade da empresa concessionária.

Assim, não se pode admitir que ente federado que não o concedente imponha gravames ou onere a atividade do concessionário, interpondo óbice à universalização do serviço e ocasionando, conseqüentemente, o repasse dos custos acrescidos aos usuários, com elevação do preço final do serviço.

Impende salientar, também, que a taxa é um tributo que somente pode ser instituído por lei, sendo que o Estado, ao instituir a taxa por lei estadual estaria, então,

invadindo a competência privativa da União no que tange à regulamentação da atividade da empresa concessionária da prestação do serviço de telefonia.

Nesse sentido, a jurisprudência deste Egrégio Tribunal:

"TRIBUTÁRIO. TAXA PELA FISCALIZAÇÃO DA OCUPAÇÃO DO ESPAÇO PÚBLICO. REQUISITOS CONSTITUCIONAIS. PREÇO OU TARIFA. DESCABIMENTO. 1- Inviável a cobrança de taxa, se não existe, para a respectiva contraprestação, serviço público específico e divisível, nem o exercício efetivo do poder de polícia, em face do que dispõe o art. 145, II, da Carta Magna. 2- Ocorrendo a fiscalização, o que, por si só, atrairia a incidência de taxa (arts. 77 e 78 - CTN), igualmente, torna-se descabida e ilegal a imposição de preço público ou tarifa, já que, na dicção do STF, este serve para remunerar serviço público de natureza comercial ou industrial, o que, também, não ocorre no presente caso. 3- Não sendo hábil a recair sobre o uso e ocupação de solo, subsolo ou espaço aéreo a cobrança de taxa, nem preço, impossível, outrossim, a cobrança de aluguel, por se tratar de bens públicos, o que impõe, pois, a anulação do lançamento fiscal feito indevidamente. 4- Sentença confirmada. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 000.236.369-5/00 - RELATOR: EXMO. SR. DES. JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES)

"MANDADO DE SEGURANÇA - MUNICÍPIO - SERVIÇOS DE TV A CABO - COBRANÇA PELA UTILIZAÇÃO DE LOGRADOUROS OU VIAS PÚBLICAS - COMPETÊNCIA DA UNIÃO - IMPOSSIBILIDADE - SENTENÇA MANTIDA. "As vias públicas, bem comum do povo, não podem ser negociadas pela sua utilização, quando a mesma se dirige ao entendimento de serviço de utilidade pública (RMS nº 12081/SE, 2ª Turma, Relª Minª Eliana Calmon, DJ de 10/09/2001)."" (APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0035.03.027184-1/001 - RELATOR: EXMO. SR. DES. ALVIM SOARES)

"Mandado Segurança Preventivo - Município - Decreto - Cobrança pela utilização de vias públicas - Serviço de TV a Cabo. É inconstitucional a exigência de "preço público", pelo Município, pelo uso da via pública." (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.03.067069-0/001 - RELATOR: EXMO. SR. DES. CARREIRA MACHADO)

"DIREITO CONSTITUCIONAL. INFRA-ESTRUTURA DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. EXAÇÃO PELO USO DE VIAS PÚBLICAS MUNICIPAIS. ILEGALIDADE. É questão pacífica na jurisprudência que, no ordenamento jurídico brasileiro, é vedado às municipalidades exigir prestações pecuniárias em contraprestação da utilização das vias públicas e congêneres para a instalação da infra-estrutura necessária à prestação dos serviços de energia elétrica concedidos pela União. Matéria de competência legislativa da União. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça de Minas Gerais. (REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0335.05.002682-2/001 - RELATORA: EXMª. SRª. DESª. MARIA ELZA)

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem considerado ilegal a cobrança de taxa e/ou preço público pela utilização das vias públicas, conforme se depreende da decisão adotada em caso análogo:

"PROCESSO CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. RECURSO ESPECIAL. EFEITO SUSPENSIVO. 1. Recurso Especial que discute interesse de concessionária de serviços de TV a Cabo no Município de São Paulo. 2. Necessidade de execução de serviços no espaço aéreo e no subsolo do município, para a passagem dos cabos destinados ao transporte dos sinais de TV. 3. Decreto expedido pela municipalidade

exigindo pagamento de contribuição pecuniária mensal. 4. 'Periculum in mora' e fumaça do bom direito presentes. 5. Medida Cautelar procedente para emprestar efeito suspensivo a Recurso Especial, para que a exigência tributária não seja, atualmente, exercida". (STJ - Medida Cautelar 2001/0182779-7, Min. José Delgado, Primeira Turma - Julg. 18/06/2002)

Isso posto, pelas razões ora aduzidas, data vênia dos entendimentos em contrário, acompanho o ilustre Relator para confirmar a liminar e conceder a segurança impetrada.

A SR.^a DES.^a ALBERGARIA COSTA:

Sr. Presidente,

Trata-se de mandado de segurança em que a impetrante pretende suspender a exigibilidade da "Taxa de Licenciamento para Uso Ou Ocupação da Faixa de Domínio das Rodovias" (TFDR), instituída pelo Estado de Minas Gerais.

O eminente Relator, Desembargador Kildare Carvalho, concedeu a segurança, por entender, em síntese, que o Estado de Minas Gerais não poderia cobrar pela utilização do bem público (rodovia), necessário para a prestação dos serviços de telecomunicações (concedidos pela União).

Após detida análise dos autos, cheguei às seguintes conclusões.

Não se discute o direito de a impetrante realizar a passagem dos fios destinados à prestação dos serviços de telecomunicações. Também é incontroverso o direito à não incidência de qualquer preço pela utilização do espaço público, para fins de prestação de serviço concedido.

De todo modo, apesar de o serviço de telecomunicações ser objeto de concessão pela União, as empresas concessionárias não estão isentas do pagamento de tributos estaduais e municipais, ante a proibição expressa do artigo 151, inciso III, da Constituição da República.

No caso dos autos, é preciso observar que o tributo questionado pelo impetrante não tem como fato gerador o uso de faixa de domínio de rodovias estaduais.

Ao contrário, como se vê na Lei nº 14.938/03, a taxa

"é devida pelo exercício regular do poder de polícia do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais - DER-MG - relativo à fiscalização e controle do uso ou ocupação da faixa de domínio e terrenos adjacentes de rodovia estadual ou federal delegada ao Estado, inclusive a que for objeto de concessão, visando garantir a segurança do trânsito rodoviário, a preservação do meio ambiente e o patrimônio público".

Ou seja, a taxa tem como fato gerador o exercício regular do poder fiscalizador - de polícia - do Estado de Minas Gerais, o que está de acordo com a definição doutrinária do tributo. Veja-se a lição de Bernardo Ribeiro de Morais (Compêndio de Direito Tributário, Volume I):

"(...) taxa é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma atividade estatal específica dirigida ao contribuinte, expressa na manifestação do exercício regular do poder de polícia ou na utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição".

Na espécie, existe uma atividade estatal específica, disciplinada pela Lei nº 14.938/03 e regulamentada através do Decreto nº 43.932/2004, que busca garantir a preservação do meio ambiente, do patrimônio público e a segurança do trânsito nas rodovias estaduais - poder de polícia.

O Estado não pretende intervir em uma atividade controlada pela União - a prestação de serviços de telecomunicação. O ente federado está tão-somente fazendo uso da competência que a Constituição lhe outorga para instituir taxa pelo efetivo exercício da fiscalização e controle do espaço público.

A taxa tem como fato gerador o exercício regular do poder de polícia de "fiscalização e controle do uso ou ocupação da faixa de domínio e terrenos adjacentes de rodovia estadual ou federal delegada ao Estado". Fiscalização esta que se justifica, por exemplo, tendo em vista que os incidentes ocorridos nos locais de domínio do ente público podem ter suas causas atribuídas ao Estado, de modo que é obrigação do ente federado preservar e fiscalizar as atividades exercidas em suas rodovias.

Trata-se, na verdade, de hipótese semelhante à chamada "Taxa de Licença de Localização e Funcionamento", espécie de tributo renovado anualmente, que foi bastante discutida nos Tribunais. Veja-se o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria:

"EMENTA: Taxa de licença de localização e funcionamento instituída por lei municipal: constitucionalidade da exação, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal (cf. RE 220.316, Pleno, Galvão, 12.10.99, DJ 26.6.2001; RE 198.904, 1ª T., Galvão, 28.5.96, DJ 27.9.96; RE 222.252, 1ª T., Ellen, 17.04.01, DJ 18.05.01; RE 213.552, 2ª T., Marco Aurélio, 30.5.00, DJ 18.8.00)" (Ag no RE 188908/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 24.06.03);

Atente-se para a lição precisa de Hugo de Brito Machado (Curso de Direito Tributário, 27ª edição):

"Desde que se possa vislumbrar um interesse público, pode o Estado utilizar o seu poder de polícia para protegê-lo", o que significa que, nestas hipóteses, o ente público está autorizado a instituir taxas.

Por fim, no que se refere à base de cálculo, a impetrante não trouxe aos autos prova cabal de que o valor da taxa seja onerosamente excessivo, ultrapassando aquilo que remunera adequadamente o efetivo exercício do poder de polícia.

Ao contrário, a base de cálculo da taxa impugnada observa critérios de extensão da área utilizada, bem como do nível de desenvolvimento da região em que a estrutura está localizada - vide artigo 120, c e tabela "N" da Lei nº 14.938/03.

Observe-se que é impossível a realização de uma simples operação matemática para definir o custo puro e simples da atividade estatal que deve ser repassado ao contribuinte.

A título de registro, saliente-se que parte da doutrina, como Hugo de Brito Machado (ob. cit.), entende, inclusive, que a taxa independe de qualquer contraprestação, uma vez que

"O essencial, na taxa, é a referibilidade da atividade estatal ao obrigado (...) Não é necessário, porém, que a atividade estatal seja vantajosa (...) Preferimos, portanto, excluir do conceito de taxa a idéia de contraprestação".

De qualquer forma, o legislador leva em consideração não só o simples ato de licenciamento, mas as diligências que o precederam e que se desenvolveram com o intuito de dar efetividade à fiscalização (cf. Geraldo Ataliba, RDA 201/485).

Por todas essas razões, verifica-se que a base de cálculo definida na legislação mineira não se afigura como exagerada ou de caráter confiscatório.

Com efeito, se a empresa concessionária utiliza o espaço público e o Estado exerce poder de polícia para fiscalização, a taxa instituída pela Lei atende aos requisitos impostos pelo artigo 145, II, da CF/88, pelo que não há que se falar em sua inconstitucionalidade.

E como o fato gerador e a base de cálculo da TFDR não se confundem com outros tributos - vale dizer, não agridem o CTN -, e existe efetivamente o órgão responsável pela fiscalização (DER), não há vícios que possam impedir a cobrança da taxa aqui impugnada.

Isso posto, rogando vênia ao eminente Relator, DENEGO A SEGURANÇA, revogando a liminar concedida.

Custas pela impetrante.

Sem honorários.

É como voto.

O SR. DES. ALMEIDA MELO:

VOTO

O Desembargador Relator concedeu a segurança por entender que não é legítima a cobrança da taxa de licenciamento para uso e ocupação da faixa de domínio das rodovias, por incidir sobre serviços de telecomunicações cuja concessão foi outorgada pela União. O fundamento da concessão foi posto no art. 155, § 3º, da Constituição Federal.

A Desembargadora Albergaria Costa denegou a segurança porque a taxa em questão é juridicamente viável por ter como fato gerador o exercício regular do poder de polícia de "fiscalização e controle do uso ou ocupação da faixa de domínio e terrenos adjacentes de rodovia estadual ou federal delegada ao Estado".

Em caso de taxa de polícia municipal, relativa a localização e funcionamento de estabelecimentos que dependem de alvará, a cobrança "prescinde da efetiva comprovação de atividade fiscalizadora, diante da notoriedade do exercício do poder de polícia pelo aparato administrativo" (Ag.Rg. no RE 222.252-SP, 1ª Turma, Relatora Min. Ellen Gracie, julgado em 17.4.2001, publicado no DJU de 14.05.2001 e republicado em 18.5.2001).

Porém, no exame de caso mais próximo a este, como visto pela Procuradoria-Geral de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça recusou a taxa sobre a utilização do solo urbano por equipamentos destinados à transmissão e distribuição de energia elétrica para atendimento à rede pública, tendo modificado decisão do Tribunal de Justiça de Sergipe:"1. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto contra o v. Acórdão que denegou segurança ao entendimento de ser constitucional a cobrança, por parte do Município recorrido, de taxa de exploração de logradouro público sobre a utilização de solo urbano por equipamentos destinados à transmissão e

distribuição de energia elétrica para atendimento à rede pública. 2. A "intitulada taxa", cobrada pela colocação de postes de iluminação em vias públicas, não pode ser considerada de natureza tributária porque não há serviço algum do Município, nem o exercício do poder de polícia. Só se justificaria a cobrança como PREÇO se tratasse de remuneração por um serviço público de natureza comercial ou industrial, o que não ocorre na espécie. Não sendo taxa ou preço, temos a cobrança pela utilização das vias públicas, utilização esta que se reverte em favor da coletividade." (Recurso de Mandado de Segurança nº 12081/SE, 2ª Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 10 de setembro de 2001).

Ao contrário do que sustentou o Estado de Minas Gerais, por seu patrono, da Tribuna, o precedente do Recurso Especial nº 694.684 - RS, de que foi relator o Ministro Castro Meira, julgado em 14 de fevereiro de 2006 e publicado no DJ de 13 de março de 2006, não atende a sua pretensão. O Superior Tribunal de Justiça firmou então o entendimento de que é vedada a cobrança de valores quando da utilização pelas concessionárias de serviço público de energia elétrica, dos bens do domínio público, sendo as calçadas e ruas de uso comum do povo, seja a título de taxa seja a título de preço, pois não há serviço prestado pelo Município ou exercício de poder de polícia. Disse que "ao ceder o espaço aéreo e o solo para a instalação de postes e passagens de cabo transmissores de energia elétrica, não desenvolve atividade empresarial, seja de natureza comercial ou industrial.

No caso deste processo, a concessão do serviço de telecomunicações é de competência da ANATEL, entidade integrante da União. Conforme o contrato de f. 123 e seguintes, à ANATEL compete fiscalizar o serviço concedido. A fiscalização compreenderá a inspeção e o acompanhamento das atividades, equipamentos e instalações da concessionária (Cláusula 19, § 1º, f. 156). Segundo a Cláusula 15, § 1º, transcrita nas informações do Estado de Minas Gerais (f. 222) a concessionária diligenciará junto aos titulares de bens públicos ou privados sobre ou sob os quais tenha que passar dutos ou canalizações ou ainda instalar suportes para colocação dos mesmos, obtendo o respectivo consentimento ou servidão para tal fim (f. 151). Não ocorre previsão de indenização e não é caso de remuneração.

O poder de fiscalizar da ANATEL compreende, ilimitadamente, os diversos aspectos do uso do solo, do subsolo e do espaço aéreo. A superposição de fiscalização é desnecessária. Eventual prejuízo à coletividade haverá de ser resolvido pontualmente. Entretanto, a instituição de despesa tributária, a cargo da concessionária de serviço público necessário a todo povo, repercutirá sobre a própria coletividade. Ainda que, por razões jurídicas, fosse necessária a fiscalização do Estado federado, a cobrança da taxa seria inútil, uma vez que sua reposição seria feita pelo próprio povo. Da mesma forma que o Estado assume a responsabilidade objetiva para evitar que toda a sociedade seja chamada a responder pela indenização (Constituição, art. 37, § 6º) deveria o Estado assumir, objetivamente e sem remuneração, nesse caso, a função fiscalizadora. A Cláusula 12.3, II (f. 141) prevê, expressamente, a revisão das tarifas quando houver alteração na ordem tributária que implique redução da lucratividade potencial da concessionária.

Com respeitosa vênia, ponho-me de acordo com o voto do Relator.

O SR. DES. CÉLIO CÉSAR PADUANI:

Sr. Presidente.

Concedo a segurança, data venia.

SÚMULA : CONCEDERAM A SEGURANÇA, VENCIDOS OS TERCEIRO E QUINTO VOGAIS.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.05.426445-2/000