



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

PARECER Nº 16.256/14.

**FAIXA DE DOMÍNIO. CONTRAPRESTAÇÃO
PELA INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS POR
EMPRESAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO
PÚBLICO. INCONSTITUCIONALIDADE. REVISÃO
PARCIAL DO PARECER Nº 14.235**

1. Por meio de promoção exarada no expediente administrativo nº 023470-10.00/08-0, a Procuradora do Estado Lisiane Sampaio Troglio, então em exercício na Procuradoria Fiscal, propôs a atualização ou revisão da orientação da PGE – Parecer nº 14.235 -que dispõe sobre a cobrança pelo uso das faixas de domínio por concessionárias de serviços públicos. Sustenta a proposição em dois pontos: (1) ajuizamento pelo Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem de execuções fiscais de elevados valores pelo DAER em face de entidades que compõem a Administração Pública Indireta, tais como CEEE, CORSAN e SULGÁS, de modo que há interesse público em ambos os polos da relação processual; (2) decisões judiciais desfavoráveis à cobrança pelo uso de faixas de domínio por concessionárias de serviços públicos. Foi acostada ao expediente cópia integral da execução nº 1.06.0096131-5, ajuizada contra a CEEE, em valor superior a R\$ 14.000.000,00, assim como notícia do ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.763, ajuizada perante o STF, suscitando a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 12.238/2005, que dispõe sobre a exploração da utilização e comercialização, a título oneroso, das faixas de domínio e áreas adjacentes às rodovias estaduais e federais delegadas ao Estado.

Submetido o tema ao exame do Procurador do Estado Ricardo Antônio Lucas Camargo, foi elaborada minuta de parecer pela manutenção da orientação exarada no Parecer PGE 14.235 enquanto não pronunciada a inconstitucionalidade da lei estadual em que se embasou.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

O Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos submete a matéria ao exame do Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado em face da jurisprudência recente do Plenário do Supremo Tribunal Federal, no RE 581947-RO, julgado em agosto de 2010, assim como outros precedentes do STF e do STJ.

Após a distribuição do expediente administrativo ao Conselho Superior, aportou na PGE o expediente nº 001333-04.00/12-8, que encarta minuta de alteração do Decreto nº 43.787/2005, o qual prevê a isenção da remuneração pelo uso das faixas de domínio aos órgãos da Administração Pública Direta e Indireta do Estado do Rio Grande do Sul e às concessionárias, permissionárias e cooperativas de energia elétrica. O expediente é inaugurado por ofício do Secretário Adjunto da Secretaria da Infraestrutura, tendo por fundamento o grande número de demandas judiciais questionando a cobrança pelo uso das faixas de domínio, com decisões desfavoráveis ao DAER e a decisão proferida pelo STF no RE nº 581.947, que considerou inconstitucional a cobrança das concessionárias de energia elétrica. A proposta foi aprovada pelo Conselho de Administração e pelo Conselho Rodoviário do DAER. Retornando à SEINFRA, foi sugerida pela sua Assessoria Jurídica a alteração da Lei Estadual nº 12.238/2005, nos mesmos moldes de alteração do decreto, ou seja, restrito aos órgãos da Administração Pública estadual e às empresas prestadoras de serviços de energia elétrica. A proposta foi enviada à Casa Civil, de onde retornou para análise jurídica sobre os débitos e demandas judiciais sobre a matéria.

Ao expediente administrativo nº 1333-04.00/12-8 foram apensados os seguintes expedientes: (a) 6677-04.35/08-7, cujo objeto era a isenção da cobrança no que concerne à CORSAN, SULGÁS e CEEE, assim como a alteração da forma de cobrança pelo uso das faixas de domínio, constando informação acerca da designação de comissão especial pela Governadora do Estado, formada por integrantes da Casa Civil, CEEE, CORSAN, SULGÁS e DAER, "com a finalidade de ser responsável pela análise, avaliação e proposição de soluções relacionadas à utilização e à comercialização, a título oneroso, das faixas de domínio e das áreas adjacentes às rodovias estaduais ou federais delegadas ao Estado, pavimentadas ou não, por



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

entidades estatais” (Decreto nº 44.458, de 25 de maio de 2006); o expediente contém consulta do DAER à PGE acerca de alterações na sistemática de cobrança pelo uso das faixas de domínio, tendo a PDPE se pronunciado, por meio da Informação nº 139/2010, da lavra da Procuradora do Estado Maria Denise Vargas de Amorim, no sentido de ser da Comissão Especial de que trata o Decreto 44.458/2006 a competência para se pronunciar sobre o equacionamento da matéria; a Comissão Especial não foi conclusiva, optando por aguardar a decisão a ser proferida na ADI nº 3763; (b) expedientes nº 19359-18.35/07-6, 19360-18.35/07 e 19358-18.35/047-3, referentes às dívidas da CORSAN, CEEE e SULGÁS, respectivamente.

É o relatório.

2. O regime do uso oneroso das faixas de domínio das estradas estaduais do Rio Grande do Sul foi instituído por meio da Lei Estadual nº 12.238, de 14 de janeiro de 2005, que dispõe sobre a exploração da utilização e comercialização, a título oneroso, das faixas de domínio e áreas adjacentes às rodovias estaduais e federais delegadas ao Estado. A matéria foi submetida à apreciação da Procuradoria-Geral do Estado por ocasião de sua regulamentação, para análise da minuta de Decreto. Já, naquela época, havia discussão jurídica acerca da legalidade e constitucionalidade da cobrança pela utilização das faixas de domínio por empresas prestadoras de serviços públicos delegados, não sendo uniforme a posição da doutrina e da jurisprudência do Tribunal de Justiça e da Justiça Federal, a par de não haver decisões dos Tribunais Superiores sobre a matéria, de modo que a orientação adotada, seja ela qual fosse, poderia ensejar o enfrentamento da matéria pelo Poder Judiciário. Com efeito, a par da judicialização do tema no âmbito de nosso Estado, por meio do ajuizamento de ações ordinárias pelas concessionárias cujo objeto é o reconhecimento de inexigibilidade de cobrança pela ocupação e uso de faixas de domínio e oposição de embargos às execuções fiscais ajuizadas para tais cobranças, a Lei Estadual nº 12.238/2005 é objeto da ADI nº 3763, ainda pendente de julgamento.

Neste cenário, decorridos mais de oito anos desde a regulamentação da lei que institui a cobrança pelo uso das faixas de domínio das rodovias estaduais, o



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

DAER não tem conseguido efetivar a cobrança, em face dos questionamentos judiciais acerca da constitucionalidade da exigência de contraprestação, seja por empresas estatais prestadores de serviços público – CEEE, SULGÁS e CORSAN, seja pelas concessionárias privadas, como RGE, Claro, GVT. Há débitos em fase de execução, os quais foram impugnados por meio de embargos, assim como ações ordinárias nas quais as concessionárias buscam o reconhecimento da impossibilidade de cobrança pelo uso das faixas de domínio. As decisões judiciais não são uniformes na Justiça Estadual gaúcha de primeiro e segundo graus, ainda predominando no Tribunal de Justiça a jurisprudência que considera possível a cobrança, com base no art. 103 do Código Civil, o qual autoriza, desde que prevista em lei, a retribuição pelo uso dos bens públicos de uso comum. O entendimento é de que o Estado tem competência para regular as condições, requisitos e contrapartida pela utilização, por particulares ou outros entes públicos, dos bens públicos, podendo exigir contraprestação pelo seu uso. Estas decisões vão ao encontro do Parecer PGE nº 14.235.

No entanto, outro tem sido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria. O STJ, sem afastar a autonomia dos Estados e Municípios para gerir seus bens, firmou entendimento de que os bens públicos de uso comum do povo, ao serem utilizados por concessionárias de serviços públicos, estão a serviço da coletividade e devem servir mais à sua finalidade social de disponibilizar ou ampliar suas utilidades públicas do que ao interesse do seu titular em auferir renda pelo uso de seu patrimônio.

Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. BENS PÚBLICOS. USO. IMPLANTAÇÃO DE DUTOS E CABOS DE TELECOMUNICAÇÕES. COBRANÇA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 11 DA LEI 8.987/95. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INAPLICABILIDADE AO CASO.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

1. Nos aclaratórios, a pretexto de apontar contradição, a parte embargante aduz que os precedentes citados na decisão embargada não são aplicados ao caso, pois não se trata aqui de lei municipal criando taxa de uso de bem público e sim da aplicação do art. 11 da Lei 8987/95, que autoriza a cobrança de tarifa pela concessionária.
2. Em primeiro lugar, não há como apreciar o mérito da controvérsia com base na dita malversação do art. 11 da Lei 8987/95, bem como na tese a ele vinculada, uma vez que não foi objeto de debate pela instância ordinária, o que inviabiliza o conhecimento do especial no ponto por ausência de prequestionamento. Incidem ao caso a súmula 282 do STF.
3. Mesmo que assim não fosse, o recurso não prosperaria. É que o art. 11 da Lei 8987/95 autoriza que *"poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas"*, ou seja, permite à concessionária do serviço público, quando haja previsão no edital de licitação e no contrato de concessão, a possibilidade de aferição de outras receitas. Ocorre que, no presente caso, não é uma concessionária de serviço público que está buscando cobrar pela utilização de faixas de domínio das rodovias para passagem de dutos e cabos de telecomunicações, e sim o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo, uma autarquia estadual, verdadeira extensão do Estado. Dessa forma, inaplicável o art. 11 da Lei 8987/95 a espécie.
4. Esta Corte Superior posicionou-se de forma clara, adequada e suficiente acerca da ilegalidade da cobrança em face de concessionária de serviço público pelo uso de solo, subsolo ou espaço aéreo é ilegal (seja para a instalação de postes, dutos ou linhas de transmissão, p. ex.) porque (i) a utilização, neste caso, reverte em favor da sociedade - razão pela qual não cabe a fixação de preço público - e (ii) a natureza do valor cobrado não é de taxa, pois não há serviço público prestado ou poder de polícia exercido.

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized initials and a surname.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

5. Por meio dos aclaratórios, é nítida a pretensão da parte embargante em provocar re julgamento da causa, situação que, na inexistência das hipóteses previstas no art. 535 do CPC, não é compatível com o recurso protocolado.

6. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg no AgRg no REsp 1246070 / SP, Relator Ministro Mauro Campbel Marques, 2ª Turma, julgado em 18/09/2012, DJE 26/09/2012)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL; BENS PÚBLICOS. USO DE SOLO, SUBSOLO E ESPAÇO AÉREO POR CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO (IMPLANTAÇÃO DE DUTOS E CABOS DE TELECOMUNICAÇÕES, P.EX.). COBRANÇA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Cinge-se a controvérsia no debate acerca da legalidade da exigência de valores pela utilização de faixas de domínio das rodovias sob administração do DER para passagem de dutos e cabos de telecomunicações ou de outros serviços públicos essenciais prestados pela recorrente.

2. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que a cobrança em face de concessionária de serviço público pelo uso de solo, subsolo ou espaço aéreo é ilegal (seja para a instalação de postes, dutos ou linhas de transmissão, p.ex.) porque (i) a utilização, neste caso, reverte em favor da sociedade - razão pela qual não cabe a fixação de preço público - e (ii) a natureza do valor cobrado não é de taxa, pois não há serviço público prestado ou poder de polícia exercido. Precedentes.

3. Recurso especial provido.

(RESP 1246070/SP, Rel. Ministro Mauro Campbel Marques, 2ª Turma, julgado em 03/05/2012, DJE 18/06/12)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. BENS PÚBLICOS. USO DE SOLO,



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

SUBSOLO E ESPAÇO AÉREO POR CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO (IMPLANTAÇÃO DE POSTES, DUTOS E LINHAS DE TRANSMISSÃO, P. EX.). COBRANÇA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Lei Maior. Isso não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. Precedente.

2. Pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que a cobrança em face de concessionária de serviço público **pelo uso** de solo, subsolo ou espaço aéreo é ilegal (seja para a instalação de postes, dutos ou linhas de transmissão, p. ex.) porque (i) a utilização, neste caso, reverte em favor da sociedade - razão pela qual não cabe a fixação de preço público - e (ii) a natureza do valor cobrado não é de taxa, pois não há serviço público prestado ou poder de polícia exercido. Precedentes.

3. Recurso especial parcialmente provido.

(RESP 863.577/RS, Rel. Ministro Mauro Campbel Marques, 2ª Turma, julgado em 10/08/2010)

PROCESSO CIVIL – MEDIDA CAUTELAR – EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. Presentes estão os pressupostos necessários à concessão da medida liminar acautelando-se a empresa de pagar elevados valores pela cobrança de um preço público que, em princípio, padece de vício na forma e no conteúdo.

2. Ilegalidade na instituição de cobrança pelo uso de terrenos que margeiam as estradas, com a passagem de cabos de telecomunicações, mediante portaria, ilegalidade na substância do ato, visto que a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de considerar indevida a cobrança pelo uso de área pública, para serviço de utilidade pública.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

3. Urgência na concessão da cautela, mormente porque o exame do especial está obstado pelo seu trancamento em atenção ao art. 542, § 3º, CPC.

4. O reconhecimento dos pressupostos para o exercício do poder geral de cautela não exige exame de fato, porque incontroverso o suporte fático trazido para sustentar o pleito cautelar.

5. Cautelar concedida em parte para destrancar o recurso especial e ordenar o depósito do valor cobrado até o exame final do recurso especial.

(Agr. na MC 9.565/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Rel. P/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, julgado em 08/03/2005, DJ, 13/06/2005)

A matéria foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do mérito do RE nº 581.947 – RO, com repercussão geral (Relator Ministro Eros Grau, DJE 26/08/2010), restando afastada a possibilidade de exigência de contraprestação pelo uso e ocupação do solo pelas concessionárias de serviços públicos. Segue a ementa do acórdão do Pleno do STF:

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

1. Às empresas prestadoras de serviço público incumbe o dever-poder de prestar o serviço público. Para tanto a elas é atribuído, pelo poder concedente, o também dever-poder de usar o domínio público necessário à execução do serviço, bem como de promover



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

desapropriações e constituir servidões de áreas por ele, poder concedente, declaradas de utilidade pública.

2. As faixas de domínio público de vias públicas constituem bem público, inserido na categoria dos bens de uso comum do povo.

3. Os bens de uso comum do povo são entendidos como propriedade pública. Tão grande é a intensidade da participação do bem de uso comum do povo na atividade administrativa que ele constitui, em si, o próprio serviço público [objeto de atividade administrativa] prestado pela Administração.

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

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

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

O acórdão adotou dois fundamentos para afastar a cobrança: de um lado, o poder-dever das concessionárias de serviços públicos de desempenhar os serviços que lhe foram concedidos; de outro, a competência exclusiva da União para explorar serviços e instalações de energia elétrica (art. 21, XII, b, CF) e privativa para legislar sobre a matéria (art. 22, IV).

O recurso extraordinário enfrentou a constitucionalidade da Lei Municipal nº 1.199/2002, do Município de Ji-Paraná, que instituiu a cobrança de



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

retribuição pecuniária pelo uso de bens públicos por empresas concessionárias de energia elétrica.

O recurso foi analisado partindo da premissa de se estar diante de concessão de serviço público, regido pela Lei Federal nº 8.987/95, que define incumbir à concessionária do serviço promover as desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no contrato e no edital. A obrigação da concessionária é caracterizada como dever-poder, no sentido de que as funções são poderes exercidos não no interesse próprio ou exclusivamente próprio, porém no interesse objetivo tutelado pelo Estado - serviços públicos de energia elétrica, saneamento básico, telecomunicações, gás canalizado, radiodifusão. Para desempenhá-los, aos concessionários é atribuído, pelo poder concedente, o dever-dever de usar o domínio público necessário a tanto, bem como promover desapropriações e construir servidões de áreas declaradas de utilidade pública pelo poder concedente, conforme art. 31, inc. IV, da Lei nº 8987/95. O exercício do serviço público concedido abarca, assim, a permissão para uso de bens públicos, desapropriação de imóveis particulares e estabelecimento de servidões incidentes sobre bens particulares.

Transcrevem-se os fundamentos da decisão do Pleno do STF

(...) 2. Às empresas prestadoras de serviços de geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica incumbe o dever-poder de prestar o serviço público de que se trata. Para tanto — ou seja, a fim de que possam desincumbir-se do dever-poder que as vincula - a elas é atribuído, pelo poder concedente, o também dever-poder de usar o domínio público necessário à execução do serviço, bem como de promover desapropriações e constituir servidões de áreas por ele, poder concedente, declaradas de utilidade pública.

3. Referindo as pessoas concessionárias de serviço público diz SEABRA FAGUNDES que "a permissão dada a tais pessoas para



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

promover a desapropriação não constitui mais do que uma extensão natural da atribuição de executar o serviço público concedido".

4. A Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1.995, define incumbir à concessionária do serviço promover as desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato [artigo 31, VI].

5. Permito-me, a esta altura, parenteticamente desenvolver digressão sobre o que venho chamando de dever-poder. Ensina SANTIROMANO que "as funções (officia, munera) são poderes que se exerce não por interesse próprio, ou exclusivamente próprio, mas por interesse de outrem ou por um interesse objetivo". A seguir, após exemplificar com o pátrio poder, o ofício do executor testamentário e do tutor no campo do direito privado observa que no direito público sua figura predomina e prossegue: "Com efeito, os interesses objetivos tutelados pelo Estado e os que nele se personificam são também interesses da coletividade considerada no seu conjunto, prescindindo de cada um dos que a compõem: os poderes do Estado são, em regra, funções".

6. Vale dizer: a Administração cumpre uma *função* na medida em que vinculada pelo dever de realizar determinados fins em benefício do interesse público. Daí porque se há de entender *função* como um *dever-poder* e não mero *poder-dever*.

7. Procurei, em outra ocasião, deixar bem salientado que a autoridade pública, enquanto tal, não é titular de direitos que se possa individualmente arrogar. Cumpre-lhe o exercício de função pública. Ou seja, incumbe-lhe o dever de prover a realização de interesses alheios. Para tanto o ordenamento jurídico confere-lhe determinados poderes. A função pública, repito, é antes expressão de um *dever-poder* do que de um *poder-dever*.

8. A introdução de ênfase ao dever, entre nós, na afirmação da função como *dever-poder*, é devida a CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. Já porém ao final do século XVII JEAN DOMAT discorria sobre a função pública exercida pelos *officiers* - entendidos estes



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

como aqueles providos de ofícios — observando que ao seu direito ao exercício de suas funções corresponde o dever de fazê-lo. (...)

De qualquer modo, a ideia de dever-poder fora, entre nós, formulada por RUI BARBOSA: "Claro está que em todo o poder se encerra um dever: o dever de não exercitar o poder, senão dadas as condições, que legitimem o seu uso, mas não deixar de o exercer, dadas as condições que o exijam".

11. À entidade administrativa, pois, incumbe o dever-poder de gerir a *res publica*, assim como ao membro do Poder Judiciário incumbe o dever-poder de interpretar/aplicar o direito e ao membro do Poder Legislativo incumbe o dever-poder de integrar o ordenamento jurídico, inovando-o. A concepção de que esta ou aquela autoridade pública, enquanto tal, seja titular de um direito integrado em sua esfera de interesses individuais é incompatível com os princípios do Estado de direito. Isso seria compatível tão-somente com a tirania; apenas pode prosperar no clima das ditaduras, nas quais os cidadãos são retransformados em súditos. A autoridade pública, assim, no desempenho da função administrativa, está abrangida por um vínculo imposto a sua vontade. O dever jurídico consubstancia uma vinculação imposta à vontade de quem esteja por ela alcançado. E consubstancia, no caso da função administrativa, vinculação imposta à vontade da autoridade pública em razão de interesse alheio, isto é, do todo social. Os poderes que a autoridade pública maneja no desempenho da função administrativa são, destarte, poderes que detêm exclusivamente a fim de que possa prestar acatamento ao vínculo que afeta sua vontade.

12. Por isso sustento que a Administração, no desempenho da função administrativa, pode fazer tudo quanto deva fazer; mas apenas isso, nada mais. Não pode, por certo, fazer mais ou menos do que deva fazer.

As faixas de domínio de rodovias classificam-se como bens de uso comum do povo, de acordo com o disposto no art. 99, inc. I, do Código Civil e



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Informação PDPE nº 100/2004, do Procurador do Estado Luiz Carlos Kothe Hagemann. Os bens de uso comum do povo, como o próprio nome indica, são todos aqueles cujo uso é reconhecido à coletividade em geral, sem discriminação de usuários ou ordem especial para sua fruição – ruas, praças, mares, rodovias. Conforme ensina Hely Lopes Meirelles, “no uso comum do povo os usuários são anônimos, e os bens utilizados o são por todos os membros da coletividade – *uti universi* – razão pela qual ninguém tem direito ao uso exclusivo ou privilégios na utilização do bem: o direito de cada indivíduo limita-se à igualdade com os demais na fruição do bem ou no suportar os ônus dele resultantes.” (*in* Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, Ed. Malheiros, 20ª ed., fl. 435)

No entanto, pode haver uso especial dos bens de uso comum do povo, assim configurado aquele atribuído pela Administração a uma pessoa para dele usufruir com exclusividade, nas condições convencionadas. Todo bem público, qualquer que seja sua natureza, é suscetível de uso especial, desde que isto não leve à sua inutilização ou destruição, situações em que o uso se converte em alienação. Novamente nos ensina Hely Lopes Meirelles que “Ninguém tem direito natural a uso especial de bem público, mas qualquer indivíduo ou empresa pode obtê-lo mediante contrato, regulamento ou ato unilateral da Administração, na forma autorizada por lei ou regulamento ou simplesmente consentida pela autoridade competente. Assim sendo, o uso especial do bem público será sempre uma utilização individual – *uti singuli* – a ser exercida privativamente pelo adquirente desse direito”. O que tipifica o uso especial é a privatividade da utilização de um bem público, ou de parcela desse bem, pelo beneficiário do ato ou contrato, afastando a fruição geral e indiscriminada da coletividade ou do próprio Poder Público.” (*in* Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, Ed. Malheiros, 20ª ed., fl. 436)

A utilização das faixas de domínio por empresas concessionárias de serviços públicos para a passagem de cabos, fios, dutos, linhas de transmissão de comunicação ou transmissão de energia elétrica caracteriza-se, portanto, como uso especial de bens públicos de uso comum do povo, cujos titulares têm a prerrogativa de



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

fazer uso para fins de prestação dos serviços públicos que lhe foram confiados pelo Poder Público federal ou estadual.

Questiona-se, então, a que título estão as concessionárias autorizadas a fazer uso especial e gratuito destes bens públicos no desempenho de serviços públicos. Pelas conclusões do acórdão, trata-se de direito restritivo sobre os bens públicos, que impõe aos seus titulares permitir o uso dos bens de uso comum do povo para instrumentar a prestação de serviços públicos, da mesma forma que o proprietário particular fica sujeito à declaração de utilidade pública e à instituição de servidão administrativa, independentemente do pagamento de qualquer indenização, porquanto apenas prejuízos efetivamente suportados pelo proprietário são passíveis de indenização no instituto da servidão administrativa. Ou seja, quando concessionárias de serviços públicos necessitam fazer uso de áreas privadas, não de forma exclusiva, utilizam do instituto da servidão administrativa ou pública, sem pagamento de indenização ao proprietário. No caso de uso de bens públicos para tanto, igualmente isento é o uso, sujeitando-se o Poder Público, da mesma forma que o particular, à cessão das áreas para viabilizar a prestação de serviços públicos adequados que beneficiam a coletividade. Prestam-se os bens públicos, nestas circunstâncias, à viabilização dos serviços públicos, cujo interesse prepondera sobre seu interesse patrimonial de auferir renda pela fruição de seu patrimônio.

Do voto do Relator do RE 581.847-Rs transcrevem-se:

“ (...) 13. No que respeita às servidões, aquelas que podem ser constituídas pelas concessionárias de serviço público são administrativas ou públicas, distintas, pois, das servidões civis.

14. A desapropriação, ensina SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, tal como constitucionalmente tomada, abrange, em sentido amplo, tanto a forma extintiva do domínio e de outros direitos patrimoniais sobre um determinado bem, quanto a forma restritiva dos mesmos. Em determinados casos será desnecessária a apropriação do bem pelo Estado, o que conduziria à extinção de direitos. Bastará, na hipótese,



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

a imposição de uma restrição ao exercício do direito sobre o bem; criar-se-á, então um direito restritivo em favor do beneficiário, que poderá ser um direito real limitado ou um direito pessoal patrimonial. Nesta segunda hipótese, afirma o mesmo autor, "ao contrário da extinção, o que há é uma criação, sendo o direito limitativo do Poder Público de natureza potestativa criativa ou geradora, com consequências restritivas".

15. A servidão administrativa ou pública consubstancia um direito limitativo do Estado, definindo-se como uma restrição imposta ao particular quanto ao exercício do seu direito de propriedade sobre determinado bem. Daí dizermos que a servidão administrativa ou pública incide sobre a propriedade privada. Não conduzindo à extinção de direitos, a constituição de servidões administrativas [ou públicas] não acarreta, em princípio, o dever de indenizar, salvo disposição legal expressa em contrário.

16. A recorrida, concessionária da prestação de serviço público, faz uso fundamentalmente, a fim de que possam prestá-lo, do espaço sobre o solo de faixas de domínio público de vias públicas, no qual instala equipamentos necessários à prestação de serviços de transmissão e distribuição de energia elétrica. Por esse uso é que o Município de Ji-Paraná pretende ser remunerado mediante o recebimento de uma taxa. Sucede que essas faixas de domínio público de vias públicas constituem bem público, inserido na categoria dos bens de uso comum do povo; é do espaço sobre o solo dessas faixas de domínio público que aquelas empresas fazem uso.

17. O Código Civil, em seu artigo 98, classifica os bens em públicos e particulares, definindo serem públicos os do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno. Todos os demais, seja qual for a pessoa a que pertencerem, são entendidos como particulares. Os bens públicos, pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, assim os classifica o Código, em seu artigo 99:

Pat



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

"I - Os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

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

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

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

18. Os bens públicos, de uso comum do povo, de uso especial e dominicais integram, todos eles, o patrimônio público, mas os bens de uso comum do povo são modernamente entendidos como propriedade pública. Tamanha, no entanto, é a intensidade da participação do bem de uso comum do povo na atividade administrativa que ele constitui, **em si**, próprio serviço público [objeto de atividade administrativa] prestado pela Administração.

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

20. Isso poderia inicialmente nos levar a afirmar ser descabida a pretendida cobrança de remuneração pelo uso desses bens, de uso comum do povo. Contra tanto alguém poderá dizer que a recorrida, prestadora de serviço público, faz uso especial — e não uso comum -- dos bens de uso comum. Isso porque deles não se vale para exercer o direito à circulação, que, como observa JOSÉ AFONSO DA SILVA "é a manifestação mais característica do direito de locomoção, direito de ir e vir e também de ficar (estacionar, parar) assegurado pela Constituição Federal", mas sim para, em seu solo e espaço aéreo, instalar equipamentos atinentes à prestação de serviço público. Por isso justificar-se-ia a cobrança de um preço por esse

ps



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

uso. Aqui, no entanto, uma vez mais caberia vigorosa contradita, esgrimida desde a afirmação de que a recorrida poderia, se propriedade particular fossem as áreas correspondentes a esses bens de uso comum do povo, obter declaração de utilidade pública de seu solo pelo poder concedente, a fim de constituir servidões administrativas suficientes para permitir aquele uso especial independentemente do pagamento de qualquer remuneração.

21. Para logo se vê que duas circunstâncias conferem complexidade à hipótese:

[i] a primeira repousa sobre o fato de os bens a serem utilizados pela empresa prestadora de serviço público não constituírem propriedade privada, mas sim bens de uso comum do povo; pois é certo que, se de propriedade particular se tratasse, as concessionárias do serviço público poderiam constituir servidões administrativas, que - repito — não conduzindo à extinção de direitos, não acarretariam, em princípio, o dever de indenizar, salvo disposição legal expressa em contrário, no caso inexistente;

[ii] a segunda, sobre o fato de o uso feito pela prestadora de serviço público consubstanciar uso especial e não uso comum de bens de uso comum.

22. Daí porque não se justifica seja, a recorrida, onerada precisamente mercê da peculiaridade de ser prestadora de serviço público.

23. Explico-me. Os bens de uso comum do povo consubstanciam propriedade pública. Não constituem bens de propriedade do Estado; são, como ensina RUY CIRNE LIMA, qual os bens do patrimônio administrativo, "insusceptíveis de propriedade, quer dizer, de vincular-se, pelo laço do direito real, a uma vontade ou personalidade". De outra banda, consubstanciam, em si, o próprio serviço público [objeto de atividade administrativa] prestado pela Administração. Mas assim é apenas enquanto os particulares deles façam o uso comum [= uso normal]. Quando porém deles faça uso não um particular, mas o próprio Estado ou entidade prestadora de



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

serviço público, para fim de prestação desse serviço, tais bens já não constituem o próprio serviço. Nesse caso instrumentam, esses bens, a prestação de outro serviço público. Logo, porque não pode ser tratado como propriedade pública o bem público de uso comum que não constitui serviço público ou seja, que não realiza sua finalidade — mas instrumenta a prestação de outro serviço público, seria perfeitamente possível, desde que isso não comprometesse o uso comum do bem de uso comum, constituir-se um **direito restritivo sobre esse bem**.

24. O fato é que, ainda que os bens do domínio público e do patrimônio administrativo não tolerem o gravame das servidões, sujeitam-se, na situação a que respeitam os autos, aos efeitos da restrição decorrente da instalação, no solo, de equipamentos necessários à prestação de serviço público. Por certo que não conduzindo, a imposição dessa restrição, à extinção de direitos, não acarreta o dever de indenizar, salvo disposição legal expressa em contrário, no caso contudo inexistente.(...)”

O segundo fundamento da inconstitucionalidade da lei do Município de Ji-Paraná é a invasão da competência exclusiva da União para explorar os serviços de energia elétrica (CF, art. 21, XII, b) e privativa para legislar sobre o assunto (CF, art. 22, IV).

A matéria da constitucionalidade da exigência de retribuição pecuniária pelo uso das faixas de domínio dos prestadores de serviços públicos ainda foi apreciada pelo STF em outras duas decisões:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO.
COBRANÇA DE RETRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA PELA
INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS NECESSÁRIOS À
PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. BEM PÚBLICO DE
USO COMUM DO POVO. INCONSTITUCIONALIDADE



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

DECORRENTE DA VIOLAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO (ART. 22, IV, DA CF/88). PRECEDENTE DO PLENÁRIO: RE 581.947/RO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 581.947/RO, rel. Min. Eros Grau, DJE 27.08.2010, firmou o entendimento de que o Município não pode cobrar indenização das concessionárias de serviço público em razão da instalação de equipamentos necessários à prestação do serviço em faixas de domínio público de vias públicas (bens públicos de uso comum do povo), a não ser que a referida instalação resulte em extinção de direitos.

2. O Município do Rio de Janeiro, ao instituir retribuição pecuniária pela ocupação do solo para a prestação de serviço público de telecomunicações, invadiu a competência legislativa privativa da União (art. 22, IV, da CF/88). Precedente.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 494163 AgR, Rel. Ministra Ellen Gracie, 2ª Turma, julgado em 22/02/2011, DJE 15/03/2011)

“ Trata-se de ação cautelar incidental ajuizada em 26.11.2012, com pedido de liminar, visando à concessão de efeito suspensivo ao recurso extraordinário interposto contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul na apelação em ação ordinária nº 70034004036, a fim de suspender, até o julgamento do mérito do apelo extremo, a exigibilidade da cobrança relativa à permissão de uso e ocupação de faixas de domínio adjacentes às rodovias administradas pelo réu.

O referido recurso extraordinário foi manejado pela autora contra acórdão mediante o qual o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul confirmou a sentença de improcedência da ação ordinária por ela ajuizada, pela qual perseguida a declaração da inexigibilidade de cobrança relativa à ocupação e uso da faixa de



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

domínio objeto do Termo de Permissão de Uso Oneroso nº PU/DOC/0087/08.

Noticia que, não obstante pendente de julgamento o recurso extraordinário, a autarquia ré emitiu boletos de cobrança de anuidades referentes aos exercícios transcorridos desde o ajuizamento da ação, todos com data de vencimento prevista para 14.11.2012.

Defende a autora que “a decisão proferida pelo Tribunal a quo contraria frontalmente entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, que considerou inconstitucional a instituição de cobrança pelo uso ou ocupação do solo ou de qualquer outro bem público de uso comum por empresas prestadoras de serviço de utilidade pública, salvo se instituído pela própria União”. Alega afrontados os arts. 21, XI e XII, e 22, IV, da Constituição da República e contrariada a jurisprudência pacífica desta Corte Suprema.

Assinala evidenciado o fumus boni juris em face da existência de firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à inconstitucionalidade da cobrança. O periculum in mora estaria configurado diante do expressivo valor da cobrança.

Requer a concessão de medida acauteladora para que seja determinada a suspensão da cobrança pelo uso das faixas marginais às áreas administradas pela autarquia ré até o julgamento do recurso extraordinário.

Em 15.02.2013, a autora juntou petição na qual agrega aos argumentos da inicial a notícia de que teve o seu nome inscrito no Cadastro Informativo das Pendências perante Órgãos e Entidades da Administração Estadual – CADIN/RS, e que, por esse motivo, estaria impedida de participar de licitação prevista para ser realizada no período compreendido entre os dias 18 e 23.02.2013.

É o relatório.

Decido.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Embora ainda não tenha sido remetido a esta Corte, o recurso extraordinário interposto pela autora no processo nº 70039254867 foi admitido pelo juízo a quo, que determinou a submissão da controvérsia ao Supremo Tribunal Federal.

Não se tratando de feito sobrestado, nos moldes do art. 543-B do CPC, verifica-se o exaurimento da jurisdição da Corte de origem. Conseqüentemente, resulta instaurada a competência deste juízo ad quem para o julgamento da ação cautelar que lhe é incidental (art. 800, parágrafo único, do CPC).

Ao julgamento do mérito do recurso extraordinário nº 581947, com repercussão geral (Relator Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, DJE 26.8.2010), o Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que é defeso aos Estados e Municípios instituírem cobrança de taxa ou contrapartida pelo uso e ocupação do solo e do espaço aéreo – bens públicos de uso comum – em razão da instalação, em faixas de domínio de vias públicas, de equipamentos necessários à prestação de serviço público titularizado pela União, salvo quando esse uso importa no dever de indenizar direitos eventualmente extintos. Eis a ementa da decisão:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RETRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA. COBRANÇA. TAXA DE USO E OCUPAÇÃO DE SOLO E ESPAÇO AÉREO. CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO. DEVER-PODER E PODER-DEVER. INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS NECESSÁRIOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO EM BEM PÚBLICO. LEI MUNICIPAL 1.199/2002. INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO. ARTIGOS 21 E 22 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. Às empresas prestadoras de serviço público incumbe o dever-poder de prestar o serviço público. Para tanto a elas é atribuído, pelo poder concedente, o também dever-poder de usar o domínio público necessário à execução do serviço, bem como de promover desapropriações e constituir servidões de áreas por ele, poder concedente, declaradas de utilidade pública. 2. As faixas de domínio público de vias públicas

pat



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

constituem bem público, inserido na categoria dos bens de uso comum do povo. 3. Os bens de uso comum do povo são entendidos como propriedade pública. Tão grande é a intensidade da participação do bem de uso comum do povo na atividade administrativa que ele constitui, em si, o próprio serviço público [objeto de atividade administrativa] prestado pela Administração. 4. Ainda que os bens do domínio público e do patrimônio administrativo não tolerem o gravame das servidões, sujeitam-se, na situação a que respeitam os autos, aos efeitos da restrição decorrente da instalação, no solo, de equipamentos necessários à prestação de serviço público. A imposição dessa restrição não conduzindo à extinção de direitos, dela não decorre dever de indenizar. 5. A Constituição do Brasil define a competência exclusiva da União para explorar os serviços e instalações de energia elétrica [artigo 21, XII, b] e privativa para legislar sobre a matéria [artigo 22, IV]. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com a declaração, incidental, da inconstitucionalidade da Lei n. 1.199/2002, do Município de Ji-Paraná.” (RE 581947/RO, Relator Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe 26.8.2010, destaquei)

Tal entendimento foi confirmado no julgamento do RE 494163-AgR/RJ, oportunidade em que se afirmou que a cobrança de retribuição pela instalação de equipamentos necessários à prestação do serviço público de telefonia nas faixas de domínio de vias públicas usurpa a competência exclusiva da União para explorar os serviços de telecomunicações (art. 21, XI) e privativa para legislar sobre a matéria (art. 22, IV), in verbis:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. COBRANÇA DE RETRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA PELA INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS NECESSÁRIOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. BEM PÚBLICO DE USO COMUM DO POVO. INCONSTITUCIONALIDADE DECORRENTE DA VIOLAÇÃO DA COMPETÊNCIA



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO (ART. 22, IV, DA CF/88).
PRECEDENTE DO PLENÁRIO: RE 581.947/RO. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 581.947/RO, rel. Min. Eros Grau, DJe 27.08.2010, firmou o entendimento de que o Município não pode cobrar indenização das concessionárias de serviço público em razão da instalação de equipamentos necessários à prestação do serviço em faixas de domínio público de vias públicas (bens públicos de uso comum do povo), a não ser que a referida instalação resulte em extinção de direitos. 2. O Município do Rio de Janeiro, ao instituir retribuição pecuniária pela ocupação do solo para a prestação de serviço público de telecomunicações, invadiu a competência legislativa privativa da União (art. 22, IV, da CF/88). Precedente. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (RE 494163-AgR/RJ, Relatora Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 14.3.2011)

Ante o exposto, presentes a fumaça do bom direito e o perigo na demora, com espeque no art. 798 do CPC, concedo a liminar para suspender a exigibilidade da cobrança dos valores referentes ao Termo de Permissão de Uso Oneroso nº PU/DOC/0087/08 até o julgamento do mérito do recurso extraordinário interposto na apelação nº 70034004036, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. (...)”

(Medida Cautelar concedida pela Ministra Rosa Weber na Ação Cautelar nº 3261, em 22.02.13, tendo como autora Claro S/A e como réu o DAER/RS)

Quanto à competência da União em matéria de serviços públicos, a par da energia elétrica, a União detém competência privativa para legislar também sobre informática, telecomunicações e radiodifusão, conforme disposto no art. 22, inc. IV, da CF/88, *in verbis*:

Compete privativamente à União legislar sobre:



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

(...)

IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;

A competência material para executar, diretamente ou mediante concessão, os serviços de energia elétrica e telecomunicações, é igualmente da União, por força do art. 21, inc, XI e XII, alínea b:

Compete à União:

(...)

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens;

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

(...).

Com relação aos serviços de gás canalizado, a Constituição Federal reservou aos Estados a competência para explorá-los, diretamente ou mediante concessão:

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

§ 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.”



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Aos Estados, por sua vez, no exercício de sua competência legislativa residual (CF, art. 25, § 1º), é facultado legislar sobre o uso dos bens públicos de sua propriedade, prevendo o Código Civil, tanto de 1916, como o de 2002, a possibilidade de cobrança pelo uso de bens públicos, desde que a onerosidade seja autorizada por lei. Com efeito, dispõe o art. 103 do Código Civil de 2002:

“O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertençam.”

3. Com fundamento na competência que lhe é conferida pela Constituição Federal e na previsão de onerosidade constante no art. 103 do CC/2002, o Estado do Rio Grande do Sul editou a Lei Estadual nº 12.238, de 14 de janeiro de 2005, cujos artigos 1º e 4º foram impugnados pela ABRADDEE – Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica - na ADI nº 3.763. Dispõem os citados dispositivos:

Art. 1º - Fica o Poder Executivo autorizado a explorar a utilização e a comercializar, a título oneroso, as faixas de domínio e as áreas adjacentes às rodovias estaduais ou federais delegadas ao Estado, pavimentadas ou não, por empresas concessionárias de serviço público ou privadas, e por particulares.

Art. 4º - A exploração da utilização das áreas referidas no artigo 1º desta Lei será sempre a título oneroso, com previsão de penalidade e multa para os casos de infração dos dispositivos, observados os critérios fixados em regulamento próprio.

Parágrafo único - A autorização, a permissão ou a concessão de uso da faixa de domínio e áreas não edificantes será sempre efetivada em caráter discricionário, precário e oneroso, por tempo certo ou indeterminado, obrigando seus proprietários ou responsáveis a

A handwritten signature in black ink, located in the bottom right corner of the page.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

observar o disposto nesta Lei e regulamento próprio, bem como os termos do instrumento de contrato, incluindo responsabilidade civil e criminal decorrentes de danos ou prejuízos causados a terceiros, ao patrimônio público ou ao meio ambiente.

A Lei 12.238/05 foi regulamentada pelo Decreto nº 43.787/05, que dispõe, em seu art. 6º:

“Compete ao DAER/RS coordenar, fiscalizar e supervisionar as ações relativas à utilização, exploração e comercialização, por meio de permissão de uso oneroso, da faixa de domínio para instalação de:

I – redes de adução;

II – emissão ou distribuição de água e esgoto;

III- gasodutos, oleodutos e polidutos;

IV- linhas de transmissão ou distribuição de energia ou de comunicação;

V- bases de antenas de comunicação;

VI –acessos de serviços;

VII – áreas adjacentes

4. Ocorre que, na linha da jurisprudência que vem se consolidando no STF, os dispositivos acima transcritos ofendem à Constituição Federal ao estabelecerem a cobrança pelo uso das faixas de domínio das empresas, sejam públicas ou privadas, prestadoras de serviços públicos de água, energia, informática e telecomunicações, por invadir, no ponto, competência legislativa privativa da União. Tais serviços públicos são de interesse nacional, razão pela qual a competência para legislar e para explorá-los, diretamente ou mediante concessão, é da União. O princípio geral que rege a repartição de competência no Estado Federal é o da predominância de interesse, pelo qual à União são reservadas as matérias e questões de predominante interesse nacional, ficando aos Estados as matérias de predominante interesse regional e aos Municípios os assuntos de interesse local. Desta forma, o



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

interesse geral e nacional no que se refere aos serviços públicos de energia elétrica, água e telecomunicações prevalece sobre o interesse local, no caso dos Estados-membros, de determinar a forma pela qual terceiros podem usar e dispor dos bens de seu domínio.

Os estados da Federação detêm competência para disciplinar o uso de seus bens. No entanto, no exercício desta prerrogativa, devem os Estados respeitar as normas nacionais que disciplinam a prestação de serviços públicos, muitos deles de caráter essencial, o que determina que os interesses nacionais, que representam o direito da sociedade à prestação dos serviços públicos, de forma eficiente e com modicidade de tarifas, prevaleçam sobre o interesse patrimonial dos Estados, de auferir renda pelo uso de seus bens. Devem os Estados respeitar, ainda, os termos dos contratos firmados entre a União e as concessionárias, sob pena de implicações no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

Os princípios informadores da Federação garantem a seus entes competências que lhe são próprias. Porém, no seu exercício, não podem restringir ou prejudicar as competências dos demais, o que explica a restrição imposta a Estados e Municípios no que diz respeito à utilização das faixas de domínio para prestação de serviços públicos pelas concessionárias. Luís Roberto Barroso enfrenta este conflito em Parecer, datado de 19 de abril de 2006, cuja ementa reza:

USO DO ESPAÇO PÚBLICO PARA INSTALAÇÃO DO MOBILIÁRIO NECESSÁRIO AO SERVIÇO DE TRANSMISSÃO/DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. COBRANÇAS INSTITUÍDAS POR ATOS NORMATIVOS ESTADUAIS E MUNICIPAIS. ILEGALIDADE: VIOLAÇÃO DO CÓDIGO DE ÁGUAS E DECRETOS REGUALMENTARES. INCONSTITUCIONALIDADE: VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO FEDERATIVO.

Na fundamentação, aduz:



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

“... Sob a ótica da *unidade nacional*, as Constituições estabelecem regras obrigatórias para todos os entes federativos, bem como um mecanismo excepcional de proteção dessas regras: a intervenção do ente central nos entes locais (no Brasil, admite-se também a intervenção dos Estados nos Municípios). Ainda na perspectiva da *unidade*, coexistem no Estado Federal três esferas, na verdade, e não duas: a central, a local e a nacional. Com efeito, nos Estados federais, os órgãos que manifestam a vontade específica do ente central, na esfera de sua competência, manifestam também a vontade do chamado ente global nacional. Apesar da descentralização do poder político, o Estado federal é um único Estado, e não vários. Assim, tanto do ponto de vista internacional, como do ponto de vista interno, há uma instância que não se confunde com os entes tanto central, como local, mas antes é formado pela reunião deles. Um exemplo ilustra o ponto.

Nos termos da Constituição, compete ao Presidente da República e ao Congresso Nacional, cada qual em sua esfera de atuação, dispor, e.g., sobre os servidores do ente central, comumente chamados de “servidores federais”. Tais normas, como é evidente, não se aplicam a Estados e Municípios, que têm o seu regime próprio nesse particular. Nada obstante, aos mesmos Presidente e Congresso compete dispor sobre direito civil e direito penal, sendo que as disposições editadas sobre tais matérias serão aplicáveis não apenas ao ente central, mas a todos no âmbito do Estado brasileiro. Como é fácil perceber, neste segundo caso, e em tantos outros previstos pela Carta de 1988, os órgãos em questão exercem competências de caráter *nacional ou global* que lhe foram atribuídas pela Constituição, e não apenas vinculadas ao ente central.

Estabelecidas estas premissas bastante gerais, a pergunta que interessa mais particularmente a este estudo é a seguinte: como devem ser resolvidos eventuais conflitos entre os entes, sejam eles reais ou aparentes, no âmbito da Federação? Note-se que a ideia simplista de que os entes federativos poderiam resolver, cada qual,

A handwritten signature in black ink, appearing to be the initials 'RM'.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

suas competências sem contato uns com os outros – e, portanto, sem choques eventuais – é ilusória e equivocada.

Mesmo no modelo clássico do federalismo dual, consagrado nos Estados Unidos, no qual a divisão de competências entre os entes é rígida, esse cenário não seria possível. Não fosse por outras razões, bastaria o simples fato de que, na realidade, os entes federativos “existem” sobre um mesmo território, ainda quando a Constituição atribua a cada um deles bens específicos. Com efeito, o ente central não dispõe de um território diverso daquele dos Estados-membros, de modo que o desenvolvimento de suas competências dar-se-á necessariamente, nesse espaço físico comum.

No caso brasileiro, não apenas o ente central e os Estados-membros compartilham o mesmo território, mas também estes e os Municípios, de modo que também as competências estaduais vêm à existência sobre o território municipal. Imaginar, portanto, que o Estado-membro ou os Municípios são senhores de seu território, neles podendo decidir o que bem desejarem, simplesmente não é possível. Lembre-se que o Estado federal é ainda *um* Estado e que todos os entes estão vinculados e subordinados ao que dispõe a Constituição Federal, não apenas no que diz respeito a suas próprias competências, mas também no que toca às competências dos demais entes.

Um outro aspecto da questão é igualmente relevante aqui. Como já referido, os órgãos do ente central desenvolvem também atividades inerentes ao que a doutrina identifica como ente *global ou nacional*. Ou seja: existem competências que lhe foram outorgadas pela Constituição e que devem necessariamente ser exercidas sobre todo o território nacional, a bem da unidade daquilo que, afinal, é apenas um Estado. Também nesses momentos, haverá inevitável contato entre a União, os Estados-membros e os Municípios.”

Este quadro de interações entre os entes federados se acentua nos modelos de federalismo cooperativo, do qual a Constituição de 1988 é exemplo, já que

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no canto inferior direito da página.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

as competências se comunicam de variadas formas. É o que se observa, em nossa Constituição, no regime de distribuição das competências, tanto legislativas como na atuação político-administrativa, com previsão de competências privativas, comuns e concorrentes. Sobre esta situação, discorre Luís Roberto Barroso no referido Parecer:

“(…) O primeiro e principal critério para solução de conflitos federativos é, sem dúvida, a identificação das competências atribuídas a cada um dos entes pela Constituição Federal. Assim, diante de um conflito, trata-se de identificar o que compete a cada ente. É apenas com fundamento na Constituição que um ente federativo poderá reivindicar o que quer que seja em face dos demais, mas é também por força do mesmo texto constitucional que ele estará submetido às disposições concernentes aos demais entes e ao Estado como um todo.

É importante notar que as competências atribuídas pela Carta aos entes federativos não são fórmulas vazias ou um conjunto de palavras, apenas. Com as competências são outorgadas, também, por evidente, os poderes necessários para levá-las a cabo e realizá-las. As competências são sempre poderes-deveres, de modo que, ao atribuí-las, a Constituição confere igualmente os meios lícitos para desincumbir-se delas.

A aplicação do critério que se acaba de enunciar pode dar origem a três cenários principais. No primeiro deles há **uma** competência constitucional em disputa. É o que ocorre, e.g, quando lei estadual dispõe matéria de competência privativa da União, seja ela uma competência própria do ente central ou nacional. Em tais hipóteses, há apenas uma competência constitucional em jogo e o conflito é solucionado na medida em que ela seja identificada.

O segundo cenário possível envolve as competências concorrentes ou comuns, isto é: há **mais de uma** competência envolvida no conflito, **todas sobre o mesmo tema**. Em tal hipótese, diferentes entes federativos partilham de uma determinada competência como acontece, e.g., no que diz respeito às matérias previstas no art. 24 da

A handwritten signature in black ink, located in the bottom right corner of the page.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Constituição de 1988, sobre as quais tanto a União, como Estados e o Distrito Federal têm competência concorrente para regular.

Quanto a este segundo critério, a própria Constituição procura fornecer critérios para a solução das disputas. Os parágrafos do art. 24, como se sabe, tentam demarcar o espaço dos Estados e do Distrito Federal. (...)

O terceiro cenário de que se pode cogitar é o de conflito – ao menos aparente – entre entes federativos por conta de competências diferentes, atribuídas pela Constituição a cada um deles em caráter privativo. Em outras palavras, cada ente alega estar exercendo sua própria competência e, nesse afã, dá-se o confronto. Um exemplo facilita a visualização da hipótese.

Nos termos da Constituição, compete aos Municípios promover o adequado ordenamento territorial (art. 30, VIII) e compete aos estados-membros explorar os serviços locais de gás canalizado (art. 25, § 2º). Ora, se os Municípios, a pretexto de exercerem a competência em questão, vierem a dificultar ou inviabilizar a prestação dos serviços estaduais, ter-se-á um problema na linha do que se acaba de descrever.

A solução dessa terceira espécie de conflito vale-se como regra, de dois parâmetros. O primeiro pode ser formulado nos seguintes termos: tal qual acontece entre normas gerais e especiais, as competências específicas não podem ser inviabilizadas pelo pretense exercício de competências gerais. Isto é: a competência geral de um ente continua a ser plenamente exercida, mas não pode prejudicar o desempenho da competência específica atribuída pela Constituição a outro.

As competências de caráter normativo (legislativo ou regulamentar) são claramente uma modalidade de competência geral, ao passo que as competências relacionadas com a prestação de serviços ou exploração de atividades econômicas, e.g., são competências específicas. Assim, retomando o exemplo utilizado acima, a competência do Município para



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

dispor sobre a ordenação do espaço urbano tem caráter geral e a competência estadual em matéria de serviço local de gás canalizado é específica. A primeira poderá ser exercida plenamente, uma vez que não procure onerar ou prejudicar o exercício da competência própria dos Estados nesse particular. A rigor, não se trata de uma restrição à competência municipal: a autonomia dos entes em um Estado federal não pré-existe, mas é exatamente definida pelo texto constitucional, e o mesmo texto que confere a um ente determinada competência é o que atribui ao outro prerrogativa diversa, que deve ser respeitada.

Esse parâmetro, na verdade, é um desenvolvimento da noção, já referida, de que a competência de um ente federativo envolve também, e como não poderia deixar de ser, os meios necessários a sua realização. Com efeito, não faria sentido imaginar que a Constituição outorgasse competência a um ente e não lhe conferisse os poderes para executá-la, que poderiam ser restringidos ou mesmo inviabilizados pelos demais entes. Como é corrente, esse é o fundamento da imunidade recíproca em matéria de impostos, prevista no art. 150. Vi, a, da Constituição.

O segundo parâmetro, por sua vez, pode ser descrito nos seguintes termos: os entes locais, no exercício de suas próprias competências, não podem restringir ou inviabilizar o exercício de competências de caráter nacional atribuídas à União. (...)

A ideia de que o exercício de competências locais não pode restringir o desenvolvimento de competências nacionais parece bastante intuitiva. Na realidade, o argumento é mais amplo: o que não se admite é que pretensões locais possam inviabilizar a realização de necessidades mais abrangentes, que incluem a localidade mas vão para além dela. (...)" (grifei)

Conclui o renomado constitucionalista sobre a solução de conflitos que podem surgir a partir de diferentes competências atribuídas aos entes da Federação:



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

“(…) Em suma: os conflitos entre diferentes competências dos entes federativos devem ser resolvidos tendo em conta (i) as competências atribuídas a cada ente, e os meios necessários para executá-las; (ii) a natureza da competência, se de caráter normativo geral ou específico; e (iii) o caráter nacional ou local do interesse associado à competência . Interesses locais não podem inviabilizar a execução de competências de caráter nacional; a competência de regular determinado assunto não autoriza o ente a inviabilizar a execução de uma competência específica atribuída a outro; os meios necessários à execução das competências outorgadas aos entes pela Constituição têm o mesmo status, para os fins aqui discutidos, das competências nominalmente referidas pelo texto constitucional.

Conforme já explicitado no presente Parecer, a União detém as competências normativa e material em relação aos serviços públicos de transmissão e distribuição de energia elétrica, água, telecomunicações e radiodifusão, os quais presta à sociedade de forma indireta, por meio da concessão. As regras acerca da prestação de tais serviços encontram-se na Lei de Concessões - Lei Federal nº 8987/95 - nas normas editadas pelas Agências Reguladoras e nos editais e contratos. É, pois, exclusiva da União a competência para o estabelecimento das obrigações e encargos dos concessionários. Sua competência normativa é de caráter nacional, tais como as regras de direito civil e penal, porquanto as competências relacionadas aos referidos serviços públicos federais não interessam apenas à União como ente central, mas a todos os entes da Federação e a toda a população que deles faz uso.

A par da previsão inserta no art. 31, inc. IV, da Lei de Concessões, acerca da possibilidade de instituição de servidões, no caso específico dos serviços de transmissão e distribuição de energia elétrica, há previsão expressa de uso não oneroso no Código de Águas – art. 151 do Decreto 24.643/1934, regulamentado pelo Decreto nº 84.398/80, alterado pelo Decreto nº 86.859/82. De início, cumpre esclarecer que já a Constituição de 1934, quando da edição do Código de Águas,



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

previa a competência privativa da União para legislar sobre energia elétrica, sendo as normas que disciplinam o uso de bens públicos e a instituição de servidões de caráter nacional, na medida em que disciplinam serviço de competência da União e de interesse geral e nacional.

Dispõe o art. 151 do Código de Águas:

Para executar os trabalhos definidos no contrato, bem como, para explorar a concessão, o concessionário terá, além das regalias e favores constantes das leis fiscais e especiais, os seguintes direitos: **(a) utilizar dos terrenos de domínio público e estabelecer as servidões nos mesmos e através das estradas, caminhos e vias públicas, com sujeição aos regulamentos administrativos;** (b) desapropriar nos prédios particulares e nas autorizações pré-existentes os bens, inclusive as águas, particulares sobre que verse a concessão e os direitos que forem necessários, de acordo com a lei que regula a desapropriação por utilidade pública, ficando a seu cargo a liquidação e pagamento das indenizações; (c) estabelecer servidões permanentes ou temporárias exigidas para as obras hidráulicas e para o transporte e distribuição de energia elétrica; (d) construir estradas de ferro, rodovias, linhas telefônicas ou telegráficas, sem prejuízo de terceiros, para uso exclusivo da exploração; (e) estabelecer linhas de transmissão e de distribuição.
(grifei)

Ao regulamentar o artigo acima transcrito, o Decreto nº 84.398/80, alterado pelo Decreto 86.859/82, previu expressamente o uso não oneroso das faixas de domínio:

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



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

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. (...)

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.” (grifei)

Disciplinando a concessão de serviços de energia elétrica encontramos, ainda, a Lei Federal nº 9.074/95, que dispõe sobre outorga e prorrogação das concessões de serviços públicos em geral (a qual contém, porém, capítulo específico sobre energia elétrica) e a Lei nº 9.427/96, que instituiu a Agência Nacional de Energia elétrica - ANEEL. Em seu art. 21, a Lei nº 9.427/96 estabelece limites para o desempenho, por estados e municípios, de atividades complementares de delegação, fiscalização e controle em matéria de energia elétrica que eventualmente lhes tenham sido delegadas pela União. A Lei nº 9.427/96 foi regulamentada pelo Decreto nº 2.335/97, que inclui dentre as competências da ANEEL regular os serviços de energia elétrica, fiscalizar suas instalações, declarar a utilidade pública de bens necessários à instalação de energia elétrica para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa e, ainda, “*cumprir e fazer cumprir o Código de Águas*”.

Art. 4º. À ANEEL compete:

(...)

IV – regular os serviços de energia elétrica, expedindo os atos necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela legislação em vigor; (...)



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

XIV – fiscalizar a prestação dos serviços e instalações de energia elétrica e aplicar as penalidades regulamentares e contratuais; (...)

XXXV - declarar a utilidade pública, para fins de desapropriação ou de instituição de servidão administrativa, dos bens necessários à execução de serviço ou instalação de energia elétrica, nos termos da legislação específica; (...)

XXXVII – cumprir e fazer cumprir o Código de Águas, na área de sua responsabilidade (...) (grifei)

No que respeita aos serviços de telecomunicações, incidem as mesmas diretrizes dos serviços de energia elétrica. Com efeito, a Lei Federal nº 9.472/97, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, tem por fundamento a universalização dos serviços e a modicidade das tarifas. A Lei Federal define as competências da ANATEL, dentre elas as seguir elencadas:

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações;

(...)

IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;

(...)

VIII - administrar o espectro de radiofrequências e o uso de órbitas, expedindo as respectivas normas;

(...)

X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

(...)

XX - propor ao Presidente da República, por intermédio do Ministério das Comunicações, **a declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, dos bens necessários à implantação ou manutenção de serviço no regime público;**

(...). (grifei)

E o Decreto nº 2.338/97, que regulamentou a Lei Federal nº 9.472/97, prevê, dentre suas atribuições, no art. 17, inc. VI, "**regular a utilização de bens ou serviços de terceiros no cumprimento do contrato de concessão;**"

Com relação ao serviço de gás canalizado, a competência legislativa e para execução material é dos estados da Federação (CR, art. 25), de forma que possui o Estado do Rio Grande do Sul prerrogativa plena para discipliná-los e estabelecer as condições em que serão concedidos. No entanto, em consideração ao princípio da isonomia e tendo em mira os objetivos de propiciar à população serviço público de qualidade, acessível a todos e com modicidade de tarifas, aplicável aos serviços de gás canalizado a mesma orientação que ora se firma em relação aos demais serviços públicos concedidos.

5. Restando configurada a inconstitucionalidade material dos artigos 1º e 4º da Lei Estadual nº 12.238/2005, ao prever a cobrança pelo uso das faixas de domínio por concessionárias de serviços públicos, por invadir, no ponto, competência privativa da União, necessário que se enfrente a questão relativa à possibilidade de que a Administração Pública negue cumprimento aos dispositivos inconstitucionais. É sabido que o tema não é pacífico na doutrina, que ora se inclina pela possibilidade de negativa de aplicação, ora pela sua inviabilidade, adotando posição mais conservadora que recomenda o cumprimento do dispositivo legal enquanto vigente.

Renomados juristas, como Luís Roberto Barroso e Alexandre Morais defendem a possibilidade de descumprimento de leis inconstitucionais pela



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Administração Pública, tendo em vista o princípio da supremacia da Constituição, ilustrado por Kelsen como o vértice de todo o sistema legal, servindo de fundamento de validade das demais disposições normativas. Gozando a Constituição de superioridade jurídica em relação ao ordenamento jurídico de um país, as demais leis não têm existência legítima se com ela contrastarem.

Neste sentido transcrevem-se trechos de parecer da lavra de Luís Roberto Barroso:

“Uma Constituição é um sistema de normas. Ela institui o Estado, organiza o exercício do poder político, define direitos fundamentais das pessoas e traça os fins públicos a serem alcançados. Sua supremacia se irradia sobre todas as pessoas e instituições do Estado. A todos os Poderes da República compete a guarda da Constituição. Deve observá-la o Legislativo ao editar o direito positivo. Curva-se a ela o Executivo na prática dos atos de administração e de governo. Efetiva-a o Judiciário ao aplicar contenciosamente o direito.

Ao Judiciário, aliás, como próprio de sua função institucional, compete dizer o direito com caráter de definitividade. (...) Mas a interpretação da Constituição, ou, antes, a observância da Constituição, não é evidentemente monopólio do Poder Judiciário. Também o Executivo tem o poder, e, mais ainda, o dever de impedir que ela seja violada, e deverá abster-se da prática de qualquer ato que importe em desrespeito à Lei Maior. Este entendimento tem a chancela quase absoluta da melhor doutrina, bem como tem sido reiteradamente acolhido pelo eg. Supremo Tribunal Federal.

(...)

A Jurisprudência acerca do tema é antiga, constante e torrencial no sentido de que o Executivo não está vinculado ao cumprimento de normas inconstitucionais. Já em 1957, em feito no qual se discutia, precisamente, a recusa do Executivo da Paraíba em aplicar uma lei

(RMB)



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

estadual que concedera aumento de vencimentos, por considerá-la inconstitucional, o eg. Supremo Tribunal Federal assentou a legitimidade da atitude do Governador do Estado, em acórdão assim ementado:

“A lei inconstitucional não cria direito líquido e certo.”

(...)

Averbe-se, ademais, que o fato de o Chefe do Poder Executivo haver participado do processo legislativo, quer pela iniciativa, quer pela sanção, não o inibe de insurgir-se contra a lei ao constatar sua incompatibilidade com a Constituição. Embora intuitiva esta tese, invoca-se, também aqui, o argumento da autoridade, tanto doutrinária quanto jurisprudencial. Miranda Lima, em seu valioso estudo já referido, deixou consignado:

‘Ora, daí, dessa razão de participar o Executivo na elaboração das leis, antes que argumento contra o direito-dever de recusar ele aplicação à lei manifestamente inconstitucional, parece-nos, cabe extrai-lo a favor dele, pois não traduz, a rigor, mais que simples e implícito consectário da discutida faculdade: o Poder executivo, que deve conferir o projeto com a Constituição, cooperando com o Legislativo no zelo da sua soberania, se o sanciona, por inadvertido de que a ela afronta, adiante, alertado do seu erro, no cumprimento do seu dever constitucional de a manter e defender há de buscar corrigi-lo, e se outro meio não encontrar para tanto, senão a recusa em a aplicar, deixará de lhe dar aplicação; (...) Incompreensível seria obrigá-lo, após ciente do erro da sanção,... cruzar os braços ante o manifesto menosprezo à Constituição, ou, melhor, ampliar-lhe a repercussão deliberadamente, acoroçoá-lo através da execução normal do ato espúrio que o expressa, catando a este o respeito somente devido às leis válidas.’

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal chancela igualmente o entendimento de que a participação do Executivo na elaboração da lei não convalida os vícios que acaso tenha, inclusive quanto à





ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

iniciativa, nem tampouco impede a posterior arguição de inconstitucionalidade (v. RTJ 127/811, 813 e RTJ 72/329, 331).

(Luís Roberto Barroso, PODER EXECUTIVO – LEI INCONSTITUCIONAL – DESCUMPRIMENTO, Revista de Direito Administrativo, 181/182, fls. 387/397)

No mesmo sentido, assevera José Dutra Júnior:

“Com efeito, antes de obedecer à lei, o Executivo deve respeitar a Constituição. O princípio da harmonia e independência entre os Poderes não impõe ao Executivo a aplicação da lei claramente inconstitucional. Pelo contrário, desse princípio decorre, segundo RONALDO POLETTI, o exercício pleno e efetivo da competência de cada um dos Poderes, isto é, das tarefas constitucionais inerentes a cada um. E se impõe deveres ao Chefe do Executivo, a própria Constituição, por lógica, há que lhe reconhecer os meios adequados para cumpri-los, entre os quais está, em primeiro lugar, a comparação da lei com os mandamentos constitucionais.”

(Recusa ao cumprimento, pelo Chefe do Executivo Estadual, da lei manifestamente inconstitucional: limites e possibilidades uma perspectiva atual, Caderno de Teses do XXIX Congresso Nacional dos Procuradores de Estado)

No caso da Lei Estadual nº 12.238/05, há que se ter em consideração que, no momento de sua edição, não havia discussão acerca da inconstitucionalidade da onerosidade do uso das faixas de domínio por concessionários de serviços públicos, sendo a jurisprudência dos tribunais favorável à cobrança fundada em lei específica, nos termos da previsão inserta no art. 103 do Código Civil. Por outro lado, no cenário atual tem-se, de um lado, o entendimento do Eg. STF pela inconstitucionalidade e de outro, prejuízos à economia do Estado, uma vez que a cobrança pelo uso das faixas de domínio tem gerado entraves ao avanço



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

das obras de ampliação de serviços públicos, especialmente de linhas de transmissão de energia elétrica.

Assim, embora pendente de julgamento a ADI 3.763, o Poder Executivo pode, desde logo, negar cumprimento aos dispositivos da Lei Estadual nº 12.238/05 que estabelecem a cobrança pelo uso das faixas de domínio por concessionárias de serviços públicos, já que incompatíveis com a Constituição da República, sem prejuízo de iniciativa de lei para revogá-los, como adiante se verá.

Esta Procuradoria-Geral do Estado, em diversas oportunidades, posicionou-se no sentido de que, sem prejuízo da adoção de outras medidas, a Administração Pública pode negar cumprimento à norma considerada inconstitucional. A fim de ilustrar tal entendimento, colacionam-se passagens de diversos pareceres da Casa, *in verbis*:

“(…) Por outro lado, **desde logo, na esteira da orientação assente nesta Casa, deve a Administração Pública, por seus gestores, negar cumprimento à Lei n. 13437/10**, sustentando a concessão de novos benefícios decorrentes da aplicação da norma, diante das evidências aqui explicitadas, tomando todas as iniciativas no sentido de revogação expressa das normas estaduais que outorgam o benefício sem o devido respaldo constitucional, bem como a adoção das medidas necessárias à adequação em todo o âmbito da Administração Pública Estadual às orientações traçadas nos pareceres acima transcritos. (…)” (Parecer n. 15.520/2011, Autor: José Luis Bolzan de Moraes, Aprovação: 02/12/2011) (grifei.)

“(…) Então, para o período anterior a janeiro de 2008, os reajustes nos benefícios regidos pelas alterações trazidas pela EC nº 41/03 têm indubitavelmente seus índices estabelecidos pela lei do ente estadual, a contemplar os inativos e pensionistas de seu regime próprio de previdência, independentemente de especificação do



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

regramento ao qual estão sujeitos. Entretanto, para o período posterior emerge o confronto entre o posicionamento consolidado nos pareceres mencionados e a dicção do texto da lei federal trazida com a modificação supra. Neste ponto, tem-se que não é a superveniência de alteração no texto da lei ordinária federal que vai infirmar o entendimento pela inconstitucionalidade de tal regulamentação, conforme já assentado na orientação vigente, e que ora se reafirma. **E em situações de inconstitucionalidade de lei não está o Poder Executivo compelido à sua aplicação**, segundo estabelecido nos Pareceres nºs 11.658/97, 13.859/04 e 14.162/05 desta Procuradoria-Geral. Todavia, é mister a adoção das medidas judiciais cabíveis para que seja declarada a inconstitucionalidade da alteração legal e, concomitantemente, a edição da competente lei estadual, observando-se, ainda, que os índices dos reajustes não de ser fixados para o atendimento ao disposto no § 8º do artigo 40 da Constituição Federal, considerando-se a periodicidade estabelecida no regime geral, como determina a Lei federal nº 10.887/04. (...)” (Parecer n. 15.258/2010, Autor: Andréa Luz Kazmierczak, Aprovação: 16/06/2010) (grifei)

“(...) b) **o Chefe do Poder Executivo pode, desde logo, negar cumprimento ao preceito do artigo 1o, parágrafo único, da Lei no 11.767/02, sem prejuízo da adoção das medidas necessárias à declaração de inconstitucionalidade** para obstar-lhe, em definitivo, a eficácia. (...)” (Parecer n. 13.859/2004, Autor: Adriana Maria Neumann, Aprovação: 06/01/2004). (grifei.)

Também este Egrégio Conselho Superior já se pronunciou sobre o tema, por meio do Parecer nº. 15.880/2012, de lavra da Procuradora do Estado Dra. Luciana Mabília Martins, no qual a questão foi examinada com profundidade, concluindo-se “*ser possível à Administração Pública negar cumprimento à lei manifestamente inconstitucional*”.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Com relação à possibilidade de revogação dos dispositivos da Lei Estadual nº 12.238/2005 em relação aos quais tramita ação direta de inconstitucionalidade, o entendimento atual da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pela sua admissibilidade. Sobre o tema discorre Gilmar Ferreira Mendes:

“A jurisprudência do STF considera inadmissível a propositura da ação direta de inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo já revogado. Sob o império da Constituição de 1967/69 entendia-se que se a revogação ocorresse após a propositura da ação era possível que o Tribunal procedesse à aferição da constitucionalidade da lei questionada, desde que a norma tivesse produzido algum efeito no passado. Caso contrário proceder-se-ia à extinção do processo por falta de objeto. Elidia-se, assim, a possibilidade de que o legislador viesse a prejudicar o exame da questão pelo Tribunal através da simples revogação. Esse entendimento dominante subsistiu, ainda, sob o regime da Constituição de 1988.

Tal orientação sofreria mudança, já sob o império da Constituição de 1988, a partir do julgamento da ADI 709 (questão de ordem), quando o STF passou a admitir que a revogação superveniente da norma impugnada, independente da existência ou não de efeitos residuais e concretos, prejudica o andamento da ação direta.” (Curso de Direito Constitucional, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, Ed. Saraiva, 4ª ed., 2009, p.1167)

Segue a ementa da decisão proferida na ADI 709, firmando o entendimento do STF no sentido de que a revogação da lei efetiva a função jurídica que seria realizada pela ação direta de inconstitucionalidade, de modo que implica a perda do objeto da ação direta:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. OBJETO DA
AÇÃO. REVOGAÇÃO SUPERVENIENTE DA LEI ARGUIDA DE



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

INCONSTITUCIONAL. PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO. CONTROVÉRSIA. OBJETO DA AÇÃO DIRETA prevista no art. 102, I, a e 103 da Constituição Federal, e a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em tese, logo o interesse de agir só existe se a lei estiver em vigor. REVOGAÇÃO DA LEI ARGUIDA DE INCONSTITUCIONAL. Prejudicialidade da ação por perda do objeto. A revogação ulterior da lei questionada realiza, em si, a função jurídica constitucional reservada a ação direta de expungir do sistema jurídico a norma inquinada de inconstitucionalidade. Efeitos concretos da lei revogada, durante sua vigência. Matéria que, por não constituir objeto da ação direta, deve ser remetida às vias ordinárias. A declaração em tese de lei que não mais existe transformaria a ação direta, em instrumento processual de proteção de situações jurídicas pessoais e concretas. Ação direta que, tendo por objeto a Lei 9.048/89 do Estado do Paraná, revogada no curso da ação, se julga prejudicada.

Cumprido destacar que a Lei Estadual nº 12.238/2005 é inconstitucional tão-somente ao exigir contraprestação pelo uso das faixas de domínio das empresas prestadoras de serviços públicos, mantendo-se hígida no que diz respeito ao uso de tais bens por particulares ou para outras finalidades que não a instalação de equipamentos necessários à prestação de serviços públicos. Assim é que o uso por particulares, para fins de publicidade, instalação de postos de gasolina, restaurantes, quiosques, dentre outros, encontra guarida no Código Civil, sendo o Estado competente para discipliná-lo, assim como para estabelecer as regras para sua utilização, considerando a segurança das rodovias.

Em consequência, o Parecer nº 14.235 deve ser revisado parcialmente, tão-somente para afastar a onerosidade das permissões de uso de faixas de domínio por concessionárias de serviços públicos, em face da inconstitucionalidade dos artigos 1º e 4º da Lei Estadual nº 12.238/05, permanecendo em vigor no que diz respeito à viabilidade da cobrança pelo uso especial das faixas de

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized initials and a surname, located in the bottom right corner of the page.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

domínio nas demais situações, por particulares ou outros entes públicos, à caracterização da onerosidade como preço, assim entendida a remuneração pelo uso dos bens públicos, bem como à orientação para que se sejam utilizados apenas os institutos da permissão e autorização de uso. Com relação à impossibilidade de cobrança pelo uso das áreas adjacentes também nada a alterar no Parecer 14.235.

6. O expediente administrativo nº 1333-04.00/12-8 encarta consulta da Secretaria da Infraestrutura acerca dos débitos e demandas judiciais decorrentes da aplicação da Lei Estadual nº 12.238/2005 que se encontram pendentes.

Em consultas efetuadas junto à Procuradoria Fiscal e à Procuradoria do Domínio Público Estadual, foram localizadas execuções fiscais e ações de cobrança ajuizadas contra a CEEE, a SULGÁS, a CORSAN e a GVT, nas quais não houve, até o momento, efetivação de pagamento, uma vez que embargadas as execuções, não tendo sido definitivamente apreciadas pelo Poder Judiciário as insurgências das concessionárias. Há decisões de primeiro e segundo grau ora favoráveis à cobrança, ora contrárias, em todos os casos tendo sido interpostos recursos aos tribunais superiores, pendentes de julgamento.

Há também demandas ordinárias e mandados de segurança cujo objeto é a declaração da impossibilidade da cobrança prevista na Lei Estadual nº 12.238/2005, com decisões contrárias ao DAER, citando-se, exemplificativamente, Mandado de Segurança nº 1.06.0256309-9, AC nº 70015670466, AC nº 2005.71.00.027855-7 e AC nº 2007.71.00.041706-2.

Na Medida Cautelar nº 3.261, ajuizada por Claro S/A contra o DAER/RS, a Ministra Rosa Weber concedeu a liminar para suspender a exigibilidade da cobrança dos valores referentes a termo de permissão de uso firmado com o DAER até julgamento do mérito do recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça, tendo por fundamento a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 581.947, com repercussão geral, e no julgamento do RE 494.163-AgR/RJ.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Questionado o DAER acerca das empresas que utilizam áreas de faixa de domínio para a prestação de serviços públicos, a efetivação de pagamentos pelas concessionárias e de débito em fase administrativa, apenas foi repassada a relação de concessionárias que firmaram termos de permissão de uso, quais sejam: CORSAN, SULGÁS, CEEE-D, CEEE-GT, VIVO, OI, CLARO, AESSUL, RGE, GVT, EMBRATEL, TELEBRÁS, ELETROSUL, FORÇA EVENTOS, ICCILA e SAMAE Caxias.

Não há, portanto, dados acerca dos valores devidos pelas empresas concessionárias de serviços públicos, em fase judicial ou administrativa. Há, contudo, inúmeras discussões judiciais que vêm impedindo a efetivação do crédito público, muitas delas travadas entre entes da Administração Pública estadual, portanto presente interesse público em ambos os polos da relação processual, a par dos prejuízos às obras de ampliação de serviços públicos – especialmente implantação de redes de transmissão de energia elétrica - que advêm da resistência das concessionárias em assinar os termos de permissão de uso onerosos.

Diante deste cenário, associado ao reconhecimento da inconstitucionalidade da cobrança, por estados e municípios, de contrapartida pelo uso e ocupação do solo e do espaço aéreo para a instalação, em faixas de domínio de vias públicas, de equipamentos necessários à prestação de serviços públicos titularizados pela União, devem ser baixados os débitos contraídos junto ao DAER em face Lei Estadual nº 12.238/2005.

7. Em conclusão, **(a)** os artigos 1º e 4º da Lei Estadual nº 12.238/2005 padecem de inconstitucionalidade ao exigirem das empresas concessionárias de serviços públicos contraprestação pela instalação de equipamentos necessários à prestação de serviços públicos titularizados pela União nas faixas de domínio das rodovias estaduais; **(b)** pode a Administração Pública, por seus gestores, negar cumprimento aos dispositivos inconstitucionais da Lei Estadual nº 12.238/2005, adotando as iniciativas para sua revogação; **(c)** devem ser baixados



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

os débitos em fase administrativa das empresas concessionárias de serviços públicos originários da aplicação da Lei Estadual nº 12.238/2005 e promovida a extinção das execuções fiscais e a desistência das ações de cobrança em tramitação; **(d)** deve ser revisado parcialmente o Parecer nº 14.235, tão-somente na parte que diz respeito à possibilidade de cobrança, das empresas concessionárias de serviços públicos, pela instalação de equipamentos nas faixas de domínio das rodovias do Estado do Rio Grande do Sul.

É o parecer.

Porto Alegre, 20 de janeiro de 2014.

A handwritten signature in black ink, reading "Patricia Bernardi Dall'Acqua".

PATRICIA BERNARDI DALL' ACQUA

Procuradora do Estado

Ref. Exp. Adm. Nº 23470-1000/08-0 e 1333-0400/12-8



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Processos n^{os} 23470-10.00/08-0
01333-04.00/12-8

Acolho as conclusões do Parecer n^o 16.256 / 14 , do Conselho Superior desta Procuradoria-Geral do Estado, de autoria da Procuradora do Estado Conselheira Relatora Doutora PATRÍCIA BERNARDI DALL'ACQUA, aprovado pelo Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado na sessão realizada no dia 13 de março de 2014.

Em 25 de março de 2014,

Bruno de Castro Winkler,
Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos.

De acordo.
Restitua-se o expediente à Coordenação da
Procuradoria Fiscal.

Em 25 de março de 2014.

Carlos Henrique Kaipper,
Procurador-Geral do Estado.