

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**MATEUS SPANEMBERG DA SILVA**

**INEXIGIBILIDADE DE REMUNERAÇÃO PELO USO DE BEM  
PÚBLICO:**

**O uso do subsolo pelas concessionárias de gás natural.**

**FLORIANÓPOLIS**

**2008**

**MATEUS SPANEMBERG DA SILVA**

**INEXIGIBILIDADE DE REMUNERAÇÃO PELO USO DE BEM  
PÚBLICO:**

O uso do subsolo pelas concessionárias de gás natural.

**Monografia apresentada ao Curso de  
Graduação em Direito da Universidade  
Federal de Santa Catarina para obtenção do  
título de bacharel em Direito.**

**Orientadora: Msc. Leilane Mendonça  
Zavarizl da Rosa**

**Florianópolis  
2008**



Universidade Federal de Santa Catarina  
Centro de Ciências Jurídicas  
Colegiado do Curso de Graduação em Direito

### **TERMO DE APROVAÇÃO**

A presente monografia, intitulada “Inexigibilidade de Remuneração pelo Uso de Bem Público: O uso do subsolo pelas concessionárias de gás natural.”, elaborada pelo acadêmico Mateus Spanemberg da Silva e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0, sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 11/12/2008.

---

Presidente: Profª. MSc. Leilane M. Z. da Rosa

---

Membro: Prof.: Luis Carlos Cancellier de Olivo

---

Membro: Adv. Dr. Orlando Celso da Silva Neto

*Dedico este trabalho àqueles que são as pessoas mais importantes da minha vida e sempre me deram incondicional amor e apoio: minha família.*

## **AGRADECIMENTOS**

Inicialmente, agradeço à minha família, ao meu pai Nelson e à minha mãe Vera, pela educação, por todo carinho, conselhos e força nos momentos mais difíceis, à minha irmã Josie, pela paciência e compreensão daquela que acompanhou diariamente quase toda a minha faculdade, e ao meu irmãozinho Eduardo, por todo amor e carinho incondicional. O amor de todos vocês é o que me dá mais força para crescer.

Aos amigos, Luiz Henrique, Luana e Tácio, que ao longo da convivência me proporcionaram uma amizade que resiste ao tempo e sempre proporcionam ótimos momentos.

Aos colegas e amigos da faculdade, em particular a Débora, a Aline Almeida e a gurizada do “galo velho” pessoas indispensáveis não só na sala de aula como na minha vida. Apesar dos eventuais desentendimentos, sempre pude contar com a amizade dessas pessoas tão queridas.

Aos advogados João De Bona Filho e Orlando Celso da Silva Neto, amigos e colaboradores na minha formação profissional, pelo constante aprendizado, confiança e companheirismo.

Por fim, e não menos importante, agradeço aos professores e servidores que participaram da minha formação acadêmica, principalmente a minha querida e competente orientadora Professora Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa, que me guiou na elaboração desse trabalho.

**A aprovação da presente monografia não significará o endosso da Professora Orientadora, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.**

DA SILVA, Mateus Spanemberg. *Inexigibilidade de remuneração pelo uso de bem público: o uso do subsolo pelas concessionárias de gás natural*, 2008. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

## RESUMO

O presente trabalho de pesquisa tem por objetivo demonstrar a inexigibilidade de remuneração pelo uso de bem público, quando este for necessário à prestação de serviço público. Definiram-se elementos importantes para a caracterização do serviço público, bem como as suas formas de execução, passando-se para o bem público, as espécie e modalidades de utilização. Fez-se um contraponto entre o preço público e a taxa, bem como a demonstração da inexistência de poder de polícia e a necessidade da reparação por perdas danos. Foram expostos, também, as vantagens do uso do gás natural. E, ao final da pesquisa, são apresentadas algumas ementas jurisprudenciais pertinentes ao estudo do assunto.

Palavras-chave: Serviço público. Uso de bem público. Remuneração. Taxa. Gás. Poder de Polícia.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	10
1.    CAPÍTULO 1: SERVIÇO PÚBLICO .....	13
1.1.    CONCEITO.....	13
1.1.1.    SERVIÇOS PÚBLICOS POR DETERMINAÇÃO CONSTITUCIONAL .....	19
1.2.    CARACTERÍSTICAS.....	20
1.2.1.    SUJEITO ESTATAL.....	21
1.2.2.    INTERESSE COLETIVO.....	21
1.2.3.    REGIME DE DIREITO PÚBLICO.....	21
1.3.    CLASSIFICAÇÕES.....	22
1.3.1.    IMPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS QUANTO AOS SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL....	22
1.3.2.    SERVIÇOS DELEGÁVEIS E INDELEGÁVEIS.....	23
1.3.3.    SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS E DE UTILIDADE PÚBLICA.....	24
1.3.4.    SERVIÇOS COLETIVOS E SINGULARES.....	24
1.3.5.    SERVIÇOS SOCIAIS E ECONÔMICOS.....	24
1.4.    TITULARIDADE.....	25
1.5.    REGULAMENTAÇÃO.....	26
2.    CAPÍTULO 2: FORMAS DE EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS .....	28
2.1.    PRESTAÇÃO INDIRETA.....	28
2.1.1.    PRESTAÇÃO PARAESTATAL.....	28
2.1.2.    PRESTAÇÃO CONTRATUAL.....	29
2.2.    ADMINISTRAÇÃO DIRETA.....	29
2.3.    ADMINISTRAÇÃO INDIRETA.....	30
2.4.    EXECUÇÃO DIRETA.....	31
2.5.    EXECUÇÃO INDIRETA.....	31
2.6.    DESCENTRALIZAÇÃO.....	32
2.6.1.    DELEGAÇÃO LEGAL.....	33
2.6.2.    DELEGAÇÃO NEGOCIAL.....	33
2.6.2.1.    CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS.....	34
2.6.2.2.    PERMISSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS.....	37
2.7.    NOVAS FORMAS DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO.....	38
2.8.    CONCESSÃO A EMPRESAS ESTATAIS.....	39
2.9.    CONCESSÕES IMPRÓPRIAS.....	41
2.9.1.    CONCESSÃO-CONVÊNIO.....	42
2.9.2.    CONCESSÃO-DESCENTRALIZAÇÃO.....	42
2.9.2.1.    ATRIBUIÇÃO À ADMINISTRAÇÃO INDIRETA E DESNECESSIDADE DE LICITAÇÃO... ..	43
3.    CAPÍTULO 3: BENS PÚBLICOS E O USO ONEROSO OU GRATUITO. TAXA X PREÇO PÚBLICO.....	44
3.1.    DOMÍNIO EMINENTE.....	44



3.2.	CONCEITO.....	45
3.3.	PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DOS BENS PÚBLICOS.....	45
3.4.	AFETAÇÃO E DESAFETAÇÃO.....	46
3.5.	CLASSIFICAÇÃO.....	46
3.5.1.	QUANTO À TITULARIDADE.....	46
3.5.1.1.	BENS FEDERAIS.....	46
3.5.1.2.	BENS ESTADUAIS E DISTRITAIS.....	47
3.5.1.3.	BENS MUNICIPAIS.....	47
3.5.2.	QUANTO À DESTINAÇÃO.....	48
3.5.2.1.	BENS DE USO COMUM DO POVO.....	48
3.5.2.2.	BENS DE USO ESPECIAL.....	48
3.5.2.3.	BENS DOMINICAIS.....	49
3.5.3.	FORMAS DE USO: GESTÃO DOS BENS PÚBLICOS.....	49
3.5.3.1.	UTILIZAÇÃO DE BENS PÚBLICOS POR PARTICULARES.....	49
3.5.3.2.	UTILIZAÇÃO OU USO COMUM.....	50
3.5.3.3.	UTILIZAÇÃO OU USO ESPECIAL.....	51
3.5.3.4.	UTILIZAÇÃO OU USO PRIVATIVO.....	52
3.5.3.4.1.	CONCESSÃO DE USO.....	53
3.6.	O USO DE BEM PÚBLICO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.....	54
3.6.1.	USO COMPARTILHADO.....	54
3.7.	TAXA.....	61
3.7.1.	TAXA X PREÇO PÚBLICO.....	61
4.	<b>CAPÍTULO 4: REPARAÇÃO POR PERDAS E DANOS. O PODER DE POLÍCIA. AS VANTAGENS DO USO DO GÁS NATURAL E A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS ESTADUAIS DO SUL DO PAÍS E DO STJ.....</b>	<b>65</b>
4.1.	REPARAÇÃO POR PERDAS E DANOS.....	65
4.2.	PODER DE POLÍCIA.....	66
4.2.1.	CONCEITO.....	66
4.3.	VANTAGENS ADVINDAS DO USO DO GÁS NATURAL.....	68
4.4.	JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, SANTA CATARINA, PARANÁ E SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	69
4.4.1.	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL.....	70
4.4.2.	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA.....	72
4.4.3.	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ.....	74
4.4.4.	SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	76
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	79
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	81

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa monográfica tem origem em um caso concreto, que envolve a Companhia de Gás de Santa Catarina e o Município de Criciúma/SC, em litígio judicial desde meados de 2006.

Através de uma rede de distribuição, a SCGÁS transporta o gás natural, oriundo do gasoduto Bolívia/Brasil, para aproximadamente todo litoral catarinense. Como condição essencial à prestação de seu serviço, a companhia instala dutos no subsolo dos municípios do estado de Santa Catarina, para assim transportar o gás até os usuários, que são principalmente indústrias e postos de combustíveis distribuidores do GNV.

O Município de Criciúma passou a exigir, através de contrato de concessão de uso, uma remuneração pelo uso de bem público, alicerçado na Lei Municipal Ordinária nº 4.273/01, tal exigência oriunda do uso do subsolo para instalação da canalização, como dantes exposta.

A fim de coibir a cobrança intentada pelo Município, o setor jurídico<sup>1</sup> da Companhia de Gás de Santa Catarina ajuizou uma ação declaratória de inexigibilidade de remuneração pelo uso de bem público em face do Município de Criciúma. Após obter vitórias em 1º e 2º graus, a SCGÁS aguarda o julgamento de recursos interpostos pelo Município de Criciúma perante o STJ e o STF.

Essa monografia desenvolve-se fundamentada em quatro áreas com relativa conexão: direito administrativo, direito constitucional, direito tributário e direito civil.

O tema é a análise da possibilidade de o Município exigir a cobrança de remuneração pela utilização de bem público por prestadora de serviço público. Mais especificamente, a verificação da existência de previsão constitucional ou infra-constitucional que permita ao Município editar lei visando a cobrança pelo uso de bem público.

A hipótese preponderante desse trabalho é a impossibilidade de se estabelecer remuneração pelo uso de bem público quando este for condição à prestação de serviço público, ainda que haja previsão no art. 103, do CC, que

---

<sup>1</sup> O autor da presente monografia era estagiário do setor jurídico da SCGÁS e colaborou na elaboração da petição inicial ajuizada.

permita a cobrança de remuneração pelo uso de bem comum do povo. Pretende-se demonstrar que o interesse público deve ser preservado, no intento de que a prestação de serviço público - no presente caso a distribuição de gás natural - não deve ser onerada ainda mais pela cobrança do uso do subsolo, pois se ocorrer de tal forma o delegatário/concessionário irá transferir o ônus desse custo ao usuário final.

Suscita-se como hipótese secundária a natureza da cobrança pelo uso de bem público, ou seja, pretende-se desconstituir qualquer possibilidade de instituição de taxa pela municipalidade, pois inexistente seu fato gerador, isto é, o exercício regular do poder de polícia ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição, nos termos do art. 77, do CTN. Da mesma forma, tenciona-se afastar o preço público como forma de remuneração pelo uso de bem público.

A técnica utilizada nesse estudo foi o método dedutivo de abordagem, através de revisão bibliográfica razoável sobre o assunto. Tem-se por objetivo efetuar uma análise dos elementos que circundam a inexigibilidade de remuneração pelo uso de bem público por prestadora de serviço público.

O trabalho é dividido em quatro capítulos. Principia-se através de uma abordagem genérica do serviço público, conceito, características, principais classificações, titularidade e regulamentação.

No capítulo seguinte, adentra-se nas formas de execução dos serviços públicos, visto ser estudo essencial para compreender o tipo de serviço público prestado pela Companhia de Gás de Santa Catarina. Em caráter informativo, colhe-se da doutrina as novas formas de prestação dos serviços públicos, chegando-se finalmente à concessão a empresas estatais, modalidade especial de concessão de serviço público.

O terceiro capítulo traz o bem público e a taxa, trabalhando o primeiro com seu conceito, espécies, classificações, bem como as formas de utilização do bem público, chegando-se ao uso compartilhado, ou seja, o uso de bem público como condição *sine qua non* para a prestação de serviço público. Em relação à taxa, pretende-se fazer um contraponto ao preço público, como forma de afastar a natureza civil da cobrança.

Finalmente, no último capítulo, tenciona-se estudar o exercício do poder de polícia, seu conceito, compará-lo à prestação de serviço público e demonstrar a sua inexistência no caso concreto da pesquisa monográfica. Ainda,

como forma de demonstrar a essencialidade do serviço público prestado pela SCGÁS, pretende-se elencar as vantagens do uso do gás natural para a coletividade. Ao final desta exposição, e conseqüentemente da pesquisa, colaciona-se a jurisprudência dos três tribunais estaduais do sul do País e do Superior Tribunal de Justiça.

Ao abordar um tema altamente denso e complexo, torna-se óbvio afirmar que a presente monografia não pretende esgotar o tema, tampouco apontar todas as variáveis, mas sim instigar o surgimento de debates acerca de um assunto de suma importância

## 1. CAPÍTULO 1: SERVIÇO PÚBLICO

### 1.1. Conceito.

MOREIRA NETO, ao tentar definir o que é serviço público, toma como base a escola francesa clássica, tendo como expoentes GASTON JÈZE e LEÓN DUGUIT, para a qual todas as atividades estatais, *lato sensus*, seriam serviços públicos.

Adotada esta teoria, entretanto, não haveria como distinguir os serviços públicos das atividades legislativas, judiciárias e demais administrativas, como as de polícia, de ordenamento econômico, de ordenamento social e de fomento público.<sup>2</sup>

Deve-se, assim, buscar um *sentido estrito*, que diferencie as atividades prestadoras de serviços públicos das atividades jurídicas, bem como das atividades sociais, desempenhadas em aplicação concreta da ordem jurídica.

Logo, torna-se necessário buscar uma definição do que seja a *atividade jurídica* e a *atividade social* do Estado. MOREIRA NETO caracteriza a atividade jurídica como essencial à existência do próprio Estado, visando:

à satisfação de necessidades primárias da sociedade, vale dizer, aos interesses coletivos de fruição indivisível, cuja satisfação é, por sua vez, condição necessária para que o Poder Público possa desempenhar quaisquer outras atividades, que lhe venham a ser cometidas por essa própria ordem jurídica instituída.<sup>3</sup>

Em relação à *atividade social*, MOREIRA NETO fala na satisfação de necessidades secundárias da sociedade, isto é, o atendimento de interesses coletivos, de fruição divisível, que vêm a ser os serviços públicos de utilidade pública à disposição dos particulares.<sup>4</sup>

Devidamente realizadas as definições do que seja *atividade jurídica* e *atividade social* do Estado, MOREIRA NETO conceitua o serviço público, através da linha inaugurada por RENÉ CHAPUS,

---

<sup>2</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 425.

<sup>3</sup> MOREIRA NETO, 2005, p. 425.

<sup>4</sup> MOREIRA NETO, 2005, p. 425.

como a atividade administrativa, assegurada ou assumida pelo Estado, que se dirige à satisfação de interesses coletivos secundários, de fruição individual, e considerados, por lei, como de interesse público.<sup>5</sup>

Por outro lado, CRETELLA JÚNIOR traz outra abordagem sobre os serviços públicos, ensinando que o Estado pode desempenhar serviços privados, como serviços públicos, afastando, assim, a idéia de que toda atividade estatal em sentido amplo, seria serviço público. Aliás, também é possível ao particular prestar os dois tipos de serviços, ainda que, em regra geral,

o Estado exerce serviços públicos e o particular serviços privados. A indústria e o comércio foram e continuam a ser atividades privadas por excelência. Entretanto, por exceção, no Estado moderno intervencionista, a indústria e o comércio principiam a ser objeto da cogitação estatal, constituindo o importante capítulo do direito denominado serviços industriais e comerciais do Estado.<sup>6</sup>

Abordando a questão de outro modo, CRETELLA JÚNIOR ensina que é preciso verificar o grau de intervenção no domínio econômico para se identificar o tipo de serviço desempenhado pelo Estado,.

No Estado liberal as atividades privadas eram realizadas somente pelo particular e as atividades públicas somente pelo Estado, devendo este se decidir pelo único regime possível, o regime jurídico administrativo. Já no Estado moderno intervencionista, o poder público se vale tanto do regime privado quanto do público para a realização dos serviços considerados relevantes para a coletividade, em determinado momento.<sup>7</sup>

Há que se ter claro que, a partir do momento em que o Estado atua na esfera privada, exercendo serviços não públicos, há invasão, ingerência por parte desse, não podendo se falar em descentralização ou transferência. O Estado passa a concorrer com o particular, exercendo, por exceção, atividade privada.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> MOREIRA NETO, p. 425.

<sup>6</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 119.

<sup>7</sup> CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 121.

<sup>8</sup> CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 122.

Na busca de um conceito fiel de serviço público, o administrativista TOSHIO MUKAI aborda a questão do interesse público – elemento essencial na definição do que é o serviço público – para verificar o tipo de serviço desempenhado pelo Estado e, conseqüentemente, distinguir serviço público industrial ou comercial da atividade econômica do Estado.<sup>9</sup>

MUKAI ensina que, dentro de uma noção objetiva ou subjetiva, o interesse público presente num serviço público industrial ou comercial é diferente daquele que deva justificar a atividade econômica do Estado. Em relação ao serviço público, a noção será objetiva, pois “ela se traduz pelo interesse público que a atividade possa ter por si mesma.” Já a noção subjetiva, que se aplica à atividade econômica do Estado, “depende da valoração que o administrador (e o legislador) faça daquilo que possa ser de interesse público, em dado momento.”<sup>10</sup>

MUKAI chega à seguinte conclusão:

Assim, serviço público industrial ou comercial é aquele que o Estado, ao elegê-lo como tal, exerce-o diretamente ou por interpostas pessoas e que, por atender a necessidade essencial, ou quase essencial da coletividade, apresenta um interesse público objetivo em sua gestão. E, atividade econômica do Estado é aquela que ele resolve assumir, dentro de sua política econômica, observados os princípios constitucionais da ordem econômica, por julgar que tal atividade consulta ao interesse público da mesma ordem (interesse público subjetivo).<sup>11</sup>

Deste modo, verifica-se que a distinção entre serviço público industrial ou comercial e atividade econômica “está sediada no exame e na valoração da natureza dos interesses públicos em jogo nas duas atividades”.<sup>12</sup>

Para determinar em que consiste um serviço público, MUKAI se desapega do aspecto formal para a sua definição. Ao realizar um estudo mais aprofundado dos serviços públicos, constata que no Estado Social do Direito em que se vive, o critério formal não é válido para determinar o que será ou não serviço público. Tal conclusão se deve ao fato de que o legislador não pode eleger uma determinada atividade como sendo serviço público ao seu simples alvedrio, deve sim

---

<sup>9</sup> MUKAI, Toshio. *O Direito Administrativo e os Regimes Jurídicos das Empresas Estatais*. 2ª edição, Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 220.

<sup>10</sup> MUKAI, 2004, p. 220.

<sup>11</sup> MUKAI, 2004, p. 221-222.

<sup>12</sup> MUKAI, 2004, p. 222.

respeitar a natureza das coisas, não invadir a esfera própria econômica dos particulares, pois, se assim o fizer, tal lei será inconstitucional.

Ora, o serviço público é um fato social, possui determinado valor e é revestido de interesse especial para a coletividade, o que lhe dá um caráter ímpar de interesse público e de essencialidade. Deste modo, ao critério formal deve-se somar o critério material para se chegar ao que é um serviço público.<sup>13</sup>

Ao tentar conceituar serviço público, MUKAI se socorre no Ex-Consultor-Geral da República, PAULO CESAR CATALDO, que sintetiza as idéias básicas da doutrina no Parecer nº P-004 de 10.06.81, apresentando pontos comuns, como:

[...] ser, o serviço público, atividade exercida por coletividade pública; destinar-se à satisfação de necessidades de interesse geral; efetivar-se, a atividade a consubstanciá-lo, segundo regime de Direito Público; desenvolver-se de modo contínuo, uniforme e regular; ter como objeto fundamental a prestação, à comunidade, de serviços que lhe satisfaçam interesses primários, básicos; caracterizar-se pela continuidade, regularidade, uniformidade e generalidade; ter a apoiar seu desenvolvimento uma estrutura administrativa.<sup>14</sup>

Ainda que no âmbito do *commow law*, MUKAI enriquece o seu estudo ao se valer da obra dos norte-americanos ISAACS e SLESINGER<sup>15</sup> que dedicam capítulo especial sobre a regulamentação dos serviços públicos nos Estados Unidos e fornecem elementos essenciais do conceito de serviço público:

Dizem esses autores que, “algumas indústrias, como as de água corrente, gás, telefone, eletricidade e transporte urbano, as regulamentam os governos como serviços públicos. São as indústrias que provêm serviços ou bens essenciais à maior parte da população de uma zona determinada. Todas elas possuem certas características comuns. Acima de tudo, têm que prestar um serviço que é da maior importância e cuja falta *causaria grandes dificuldades à comunidade*. Em segundo lugar, os serviços públicos são monopólios naturais. Isto é, são indústrias nas quais, por várias razões, a competição resulta inútil e antieconômica. [...]” (grifou-se)

---

<sup>13</sup> MUKAI, 2004, p. 175

<sup>14</sup> MUKAI, 2004, p. 176

<sup>15</sup> MUKAI, 2004, p. 197, apud. ISAAC, Asher; SLESINGER, Reuben E. *Las Empresas, el Gobierno y el Interés Público*. Buenos Aires: 1970, t. II. Trad. do original inglês, *Business Government and Public Policy*, 1964, por Atanásio Sanchez.



Ver-se-á no último capítulo sobre a importância do gás natural. Acerca dessa fonte energética os autores norte-americanos, já na década de 60, elencavam-na como serviço essencial à população.

O autor argentino BARTOLOMÉ FIORINI, citado por MUKAI, aponta as características que antigamente se adequavam nos serviços públicos – satisfação de um fim público, monopólio estatal e regime total de direito público – e chegou à conclusão de que

a necessidade pública que era essencial, sua base, não se mencionava e que atualmente aqueles elementos não são mais considerados para determinar o que é um serviço público, restando “a presença de uma necessidade pública”.<sup>16</sup>

Percebe-se que, em face da presença de uma necessidade pública, o serviço público se destaca das demais atividades do Estado (econômicas), devendo ser regido pelo direito administrativo, assegurando, assim, a continuidade e obrigatoriedade de sua execução pelo Estado.<sup>17</sup>

Complementando a construção do conceito de serviço público, no que tange as áreas industrial ou comercial, MUKAI chega à afirmação de que:

o serviço público, materialmente, seria toda atividade realizada para suprir necessidades essenciais da coletividade. Com o que poder-se-ia dizer que qualquer empresa privada pode executá-lo *per se*. Então se verifica, neste ponto, e com realce, que uma atividade não pode ser considerada pública ou privada pela sua própria natureza; [...].<sup>18</sup>

Assim sendo, somente através da lei se pode determinar se uma atividade é serviço público, ainda que o legislador não esteja livre nessa eleição, pois deverá verificar se há essencialidade naquela atividade, o que, automaticamente, atenderá ao interesse público.

Deve-se ter claro que o legislador deve estar atento à realidade, já que o direito não é somente a lei.

Assim como MUKAI, CARVALHO FILHO também constata o elemento da essencialidade para conceituar serviço público, pois, após realizar um estudo

---

<sup>16</sup> MUKAI, 2004, p. 200-201, apud. FIORINI, Bartolomé A. *Derecho Administrativo*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1976, t. II, p. 202.

<sup>17</sup> MUKAI, 2004, p. 202-203.

<sup>18</sup> MUKAI, 2004, p. 214.

minucioso nas mais respeitáveis doutrinas, o define como “toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade.”<sup>19</sup>

Por sua vez, CELSO ANTÔNIO, de mesmo entendimento de MOREIRA NETO, comenta que “em linguagem leiga, costuma-se designar como ‘serviço’ tudo aquilo que o Estado faz ou, pelo menos, toda atividade administrativa por ele desempenhada.”<sup>20</sup>

Logo, CELSO ANTÔNIO ensina que:

[...] eventualmente, serão designadas como “serviços”, ou mesmo “serviços públicos”, atividades típicas de “polícia administrativa”. Do mesmo modo, o rótulo “serviço público”, ainda que acrescido do qualificativo “industrial”, ou “comercial” ou “econômico”, algumas vezes é adotado para referir atividades estatais regidas fundamentalmente pelo Direito Privado, isto é, as concernentes à exploração estatal de atividade econômica.<sup>21</sup>

Percebe-se aí um conflito com MUKAI, pois CELSO ANTÔNIO rotula o serviço público industrial ou comercial como exploração de atividade econômica pelo Estado. Discorda-se, com a devida vênia, de CELSO ANTÔNIO, pois como leciona MUKAI, deve-se distinguir a atividade econômica, do serviço público industrial ou comercial, pela natureza dos interesses públicos em jogo nas duas atividades. O serviço público será comercial ou industrial quando se tratar de monopólio natural, onde a competição seria inútil e antieconômica.

Ao realizar o comparativo entre serviço público e poder de polícia, CELSO ANTÔNIO ensina que:

Para o leigo, insciente das coisas jurídicas, podem aparecer como “serviços”, e, portanto, serviços públicos, as perícias, exames, vistorias, efetuadas pelo Estado ou suas entidades auxiliares com o fito de examinar o cabimento da liberação do exercício de atividades privadas, ou com o propósito de fiscalizar-lhes a obediência aos condicionamentos da liberdade e da propriedade, ou com a finalidade de comprovar a existência de situações que demandariam a aplicação de sanções (como multas, interdição de atividades ou

---

<sup>19</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 10ª Edição, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 259.

<sup>20</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 660.

<sup>21</sup> MELLO, 2006, p. 660.

embargos de suas continuidades até que estejam ajustadas os termos normativos).<sup>22</sup>

Todavia, são apenas rotineiros atos de polícia administrativa, totalmente distintos das prestações de serviços públicos, pois:

Enquanto o serviço público visa a ofertar ao administrado uma utilidade, ampliando, assim, o seu desfrute de comodidades, mediante prestações feitas em prol de cada qual, o poder de polícia, inversamente (conquanto para a proteção do interesse de todos), visa a restringir, limitar, condicionar, as possibilidades de sua atuação livre, exatamente para que seja possível um bom convívio social. Então, a polícia administrativa constitui-se em uma atividade orientada para a contenção dos comportamentos dos administrados, ao passo que o serviço público, muito ao contrário, orienta-se para a atribuição aos administrados de comodidades e utilidades materiais.<sup>23</sup>

Bem se vê a preocupação dos autores em distinguir o serviço público das demais atividades do Estado, procurando um sentido estrito e demonstrando a existência de elementos ínsitos àquele, como a essencialidade e o interesse público.

### **1.1.1. Serviços públicos por determinação constitucional**

Embora se saiba que o serviço público é “toda atividade realizada para suprir necessidades essenciais da coletividade”, conforme já dito acima por MUKAI, CELSO ANTÔNIO lembra que a CF indica, expressamente, quais são os serviços da alçada do Poder Público e, que por essa razão, são obrigatoriamente serviços públicos. Entretanto, a enumeração dos serviços considerados públicos pela CF não é exaustiva. Além do mais, muitos serviços públicos são da alçada exclusiva de Estados, Distrito Federal ou dos Municípios.<sup>24</sup> Ainda que CELSO ANTÔNIO não tome como exemplo a distribuição de gás canalizado, que é de competência exclusiva dos Estados, conclui-se, perfeitamente, se tratar de serviço público por determinação constitucional. Portanto, ao aspecto material já abordado se junta o aspecto formal.

---

<sup>22</sup> MELLO, 2006, p. 622.

<sup>23</sup> MELLO, 2006, p. 663.

<sup>24</sup> MELLO, 2006, p. 665.

Constata-se, ao longo do presente estudo monográfico, que a doutrina diverge muito em relação ao conceito de serviço público e as suas repercussões na vida administrativa do Estado.

Em sua obra *Curso de Direito Administrativo*, CELSO ANTÔNIO também faz uma abordagem diferente quanto à competência para execução do serviço público e a respectiva classificação, esclarecendo que nem todos os serviços públicos estão excluídos de ação dos particulares.

Assim, CELSO ANTÔNIO ensina que a CF prevê de um lado, os serviços públicos privativos do Estado (art. 21, XI e XII<sup>25</sup>), que devem ser prestados pela União diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, e do outro lado os serviços públicos não-privativos do Estado.<sup>26</sup>

O Estado não possui titularidade exclusiva sobre quatro espécies de serviços. São eles: serviços de saúde, de educação, de previdência social e de assistência social. Porém, tal assunto – a titularidade para execução dos serviços públicos – será estudado adiante.

Percebe-se que, embora se utilize erroneamente serviço público como toda atividade administrativa desempenhada pelo Estado, aquele possui âmbito restrito de atuação, visa o atendimento dos interesses essenciais da coletividade e tem características que lhe são peculiares, que serão vistas a seguir.

## **1.2. Características.**

Com o fito de caracterizar o serviço público, CARVALHO FILHO traz os principais elementos presentes nesse:

---

<sup>25</sup> Art. 21. 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;
- c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;
- d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;
- e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;
- f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

<sup>26</sup> MELLO, 2006, p. 666.

### **1.2.1. Sujeito Estatal.**

Como pressuposto básico do serviço público, tem-se o *sujeito estatal* como agente imprescindível para a sua realização, seja como agente direto ou como concedente, delegando a particulares a execução de certos serviços públicos. CARVALHO FILHO ressalta que o fato de se delegar um serviço público, essa delegação não descaracteriza o serviço como público, uma vez que o “Estado sempre se reserva o poder jurídico de regulamentar, alterar e controlar o serviço.”<sup>27</sup> Ora, o art. 175, *caput*<sup>28</sup>, da Constituição Federal, dispõe que incumbe ao Poder Público a prestação dos serviços públicos, ainda que indiretamente.

### **1.2.2. Interesse Coletivo.**

Segundo pressuposto básico de um serviço público é o *atendimento do interesse coletivo* e, é a partir desse, que CARVALHO FILHO divide-o em *primários* ou *essenciais*, de um lado, e *secundários* ou *não-essenciais*, de outro.<sup>29</sup> Desta forma, quando o serviço for essencial, o Estado deve prestá-lo, se possível, em sua completude. Caso se trate de serviço secundário, ainda sim, o Estado deverá ter interesse em fazê-lo, pois, em maior ou menor grau, há que se atender o interesse coletivo.

### **1.2.3. Regime de Direito Público.**

Quando se está diante da prestação de serviço público, logo se chega à conclusão que esse estará submetido ao *regime de direito público*, terceiro e último pressuposto básico trazido por CARVALHO FILHO. Todavia, em que pese a suposta obviedade, há situações, como já dito alhures, que o Poder Público delega o serviço público a particulares e, é em situações como estas, que incidirão normas de direito privado, nunca integralmente, mas em um regime híbrido, no qual predominará o regime de direito público em detrimento do regime de direito privado.

---

<sup>27</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 260.

<sup>28</sup> Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

<sup>29</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 260.

Dentre as normas de direito público, destacam-se, nos dizeres de CARVALHO FILHO, “a que impõe a fiscalização do serviço; a supremacia do Estado no que toca à execução; a prestação de contas e outras do gênero.”<sup>30</sup>

### **1.3. Classificações.**

#### **1.3.1. Imposições constitucionais quanto aos serviços públicos no Brasil.**

Com o objetivo de introduzir a modalidade de serviço que interessa ao presente estudo, prestação de serviço público por sociedade de economia mista, convém discorrer sobre as hipóteses impostas pela Constituição, que se concretiza em classificação trazida por CELSO ANTÔNIO:

a) serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado: o art. 21, X<sup>31</sup>, CF, prevê apenas duas espécies de serviço obrigatório e exclusivo do Estado, o serviço postal e o correio aéreo nacional;

b) serviços de prestação obrigatória do Estado e em que é também obrigatório outorgar em concessão a terceiros: nesta modalidade se enquadram os serviços de radiodifusão sonora ou de sons e imagens (art. 223, *caput*<sup>32</sup>, CF);

c) serviços de prestação obrigatória pelo Estado, mas sem exclusividade: já nesta terceira modalidade, se tem os serviços de educação, saúde, previdência social e também a radiodifusão sonora e de sons e imagens; e

d) serviços de prestação não obrigatória pelo Estado, mas não os prestando é obrigado a promover-lhes a prestação, tendo, pois que outorgá-los em concessão ou permissão a terceiros. Nesta última modalidade, se torna imperioso citar, *ipsis litteris*, CELSO ANTÔNIO:

Todos os demais serviços públicos, notadamente os arrolados no art. 21, XI e XII, da Constituição, o Estado tanto pode prestar por si mesmo (mediante administração direta ou indireta) como transferindo

---

<sup>30</sup> CARVALHO FLHO, 2003, p. 261.

<sup>31</sup> Art. 21. Compete à União:

[...]

X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;

<sup>32</sup> Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

seu desempenho a entidade privada (mediante concessão ou permissão).<sup>33</sup> (grifou-se )

Verifica-se pela classificação que a distribuição de gás canalizado por sociedade de economia mista estadual, ainda que CELSO ANTÔNIO não cite o dispositivo constitucional respectivo e não restrinja aos serviços públicos elencados no art. 21, incisos XI e XII, enquadra-se na última hipótese, conforme o disposto no § 2º, art. 25, da Constituição Federal:

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

Diferentemente de CELSO ANTÔNIO, CARVALHO FILHO classifica a prestação de serviço público em *serviços delegáveis e indelegáveis; serviços administrativos e de utilidade pública; serviços coletivos e singulares; e serviços sociais e econômicos.*

### **1.3.2. Serviços delegáveis e indelegáveis.<sup>34</sup>**

A distribuição de gás natural realizada pela Companhia de Gás de Santa Catarina, mais especificamente, é serviço delegável<sup>35</sup>, por ser executado por sociedade de economia mista, ente da administração indireta, ou seja, se está diante de serviço público que pode ser executado tanto pelo Estado, como por particulares colaboradores. Por seu turno, os serviços indelegáveis só podem ser prestados diretamente pelo Estado, por seus próprios órgãos ou agentes.

---

<sup>33</sup> MELLO, 2006, p. 668.

<sup>34</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 261-262

<sup>35</sup> Conforme se verá adiante, a distribuição de gás canalizado se trata de figura anômala, segundo ensinamento de José dos Santos Carvalho Filho.

### **1.3.3. Serviços administrativos e de utilidade pública.**

Serviços administrativos são “aqueles em que o Estado executa para compor melhor sua organização, como o que implanta centro de pesquisa ou edita a imprensa oficial para a divulgação dos atos administrativos.”<sup>36</sup> Já os serviços de utilidade pública, no qual se enquadra a distribuição de gás canalizado, são aqueles que “se destinam diretamente aos indivíduos, ou seja, são proporcionados para sua fruição direta. Entre eles estão o de energia domiciliar, fornecimento de gás, atendimento em postos médicos, ensino, etc.”<sup>37</sup>

### **1.3.4. Serviços coletivos e singulares.<sup>38</sup>**

São aqueles prestados a agrupamentos indeterminados de indivíduos. Ex.: os serviços de pavimentação de ruas, de iluminação pública e outros do gênero.

### **1.3.5. Serviços sociais e econômicos.**

Segundo CARVALHO FILHO, “serviços sociais são os que o Estado executa para atender aos reclamos sociais básicos”<sup>39</sup>. Ex.: serviços de assistência à criança e ao adolescente; assistência a comunidades carentes etc. Já os serviços econômicos possibilitam o auferimento de lucro, mediante atividade comercial ou industrial, sendo ressalvado ao Estado o exercício dessas quanto houver relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional (art. 173, *caput*<sup>40</sup>, CF).

Assim sendo, através da classificação exposta, constata-se que a distribuição de gás canalizado prestada pela Companhia de Gás de Santa Catarina é serviço delegável<sup>35</sup> e de utilidade pública.

---

<sup>36</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 262.

<sup>37</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 262.

<sup>38</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 262-263.

<sup>39</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 262.

<sup>40</sup> Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.



#### 1.4. Titularidade.

Segundo exposto anteriormente, a distribuição de gás canalizado é de competência dos estados, de acordo com o previsto no art. 25, § 2º, CF.

CARVALHO FILHO dedica um capítulo em sua obra sobre a titularidade dos serviços públicos e a sua respectiva competência. Deste modo, o autor faz uma divisão entre *serviços comuns* e *serviços privativos*, sendo que neste se enquadra a distribuição de gás canalizado:

Serviços privativos são aqueles atribuídos a apenas uma das esferas da federação. Como exemplo, temos a emissão de moedas, serviço postal e polícia marítima e aérea, privativos da União (art. 21, VII, X e XXII, CF); o serviços de distribuição de gás canalizado, privativo dos Estados (art. 25, § 2º, CF); a arrecadação de tributos municipais e o transporte coletivo intra-municipal, conferidos aos Municípios (art. 30, III e V, CF).<sup>41</sup> (grifou-se)

Em contrapartida, os serviços comuns podem ser prestados por pessoas de mais de uma esfera federativa, conforme dispõe o art. 23<sup>42</sup>, CF.

---

<sup>41</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 264.

<sup>42</sup> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;

XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Já MOREIRA NETO, ao adentrar na competência para a execução de serviços públicos, chama a atenção para a diferença entre a titularidade e a prestação:

*A titularidade é exclusiva do ente político ao qual a Constituição haja cometido, explícita ou implicitamente, a competência específica. Quanto à prestação, tanto poderá ela caber ao titular, dizendo-se direta, como pode ser por ele delegada a terceiros, denominando-se indireta.*<sup>43</sup>

No caso específico do gás, este entra na competência estadual. A Constituição prevê em seu art. 25, § 2º, que é de competência dos Estados e do Distrito Federal a instituição de serviços locais de gás canalizado, apenas aos Estados, de serviços públicos de interesse comum em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, criadas por lei complementar (art. 25, § 3º)<sup>44</sup>.

### **1.5. Regulamentação.**

Ainda que seja de competência privativa dos Estados a distribuição de gás canalizado, CARVALHO FILHO aborda a questão da regulamentação do serviço público, trazendo o seguinte ensinamento:

A regulamentação do serviço público cabe à entidade que tem competência para prestá-lo. O poder de regulamentar encerra um conjunto de faculdades legais para a pessoa titular do serviço. Pode ela, de início, estabelecer as regras básicas dentro das quais será executado o serviço. Depois, poderá optar por executá-lo direta ou indiretamente e, neste caso, celebrar contratos de concessão ou firmar termos de permissão com particulares, instituindo e alterando os meios de execução e, quando se fizer necessário, retomá-lo para si.<sup>45</sup> (grifou-se)

Verifica-se, portanto, que o Estado pode, perfeitamente, delegar a distribuição de gás natural ao particular ou ente da administração indireta – sociedade de economia mista, por exemplo –, podendo retomá-la para si, quando determinadas circunstâncias assim determinarem, como, por exemplo, uma situação

---

<sup>43</sup> MOREIRA NETO, 2005, p. 430

<sup>44</sup> MOREIRA NETO, 2005, p. 431-432

<sup>45</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 265.

de calamidade pública ou segurança nacional, em que o fornecimento de gás natural pudesse se tornar um fator de poder.

Abordado o conceito de serviço público, as suas características e classificações, bem como realizado um esboço sobre a titularidade e a sua regulamentação, passa-se ao estudo das formas de execução dos serviços públicos no próximo capítulo.

## 2. CAPÍTULO 2: FORMAS DE EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

De acordo com o já exposto, quando se falou sobre a titularidade dos serviços públicos, MOREIRA NETO leciona que a prestação do serviço público pode ser *direta* ou *indireta*. Como já dito, a prestação direta é aquela realizada pelo próprio ente político titular do serviço. Interessa ao presente estudo a *prestação indireta*, realizada através de outorga legal ou delegação.

### 2.1. Prestação Indireta.

MOREIRA NETO define a prestação indireta da seguinte forma:

É aquela em que a execução de serviços públicos se faz por outorga legal ou delegação, respectivamente a entes administrativos de direito público de natureza autárquica ou a entes administrativos de direito privado, que poderão ser, nesta hipótese, tanto entes paraestatais como particulares, sempre dependendo de lei, da entidade política titular da competência instituidora, que deverá promover a outorga, a delegação ou autorizar a delegação, prevendo, nos dois últimos casos, atos complexos ou unilaterais.<sup>46</sup>

Feita a definição, MOREIRA NETO distingue cinco formas de prestação indireta: a autárquica, a paraestatal, a contratual, a unilateral e a complexa. Dar-se-á atenção especial à prestação paraestatal e à prestação contratual, por apresentarem as características da distribuição de gás canalizado.

#### 2.1.1. Prestação paraestatal.

MOREIRA NETO conceitua a prestação paraestatal como aquela em que há uma “delegação legal a ente administrativo de direito privado, de criação federal, distrital federal, estadual ou municipal, caracterizado como entidade paraestatal, [...]”<sup>47</sup>

Prosseguindo nesta forma de prestação indireta, MOREIRA NETO comenta:

---

<sup>46</sup> MOREIRA NETO, 2005, p. 433.

<sup>47</sup> MOREIRA NETO, 2005, p. 434.

A modalidade de empresa paraestatal foi a franca preferida, durante grande parte do século XX, para a prestação de inúmeros serviços de utilidade pública, nos níveis federal, estadual e municipal, tendo se tornado uma atividade símbolo dos modelos, então dominantes, de Estado do Bem-Estar Social e do Estado Socialista, multiplicando-se os seus tipos, até hoje subsistentes: as empresas públicas, as sociedades de economia mista, suas respectivas subsidiárias e as fundações públicas, todos com personalidade jurídica de direito privado [...].<sup>48</sup> (grifou-se)

É possível em uma análise da prestação paraestatal, que essa seja a forma em que se enquadre a distribuição de gás canalizado. Esta seria a lógica sistêmica, mas o legislador acabou “mesclando” a delegação legal ou prestação paraestatal, com a prestação contratual ou delegação negocial, conforme preleciona CARVALHO FILHO, e que será estudado no tópico “Concessão a empresas estatais”. Antes, entretanto, torna-se necessário, também, uma breve abordagem da prestação contratual.

### **2.1.2. Prestação contratual.**

Nesta forma de prestação indireta, o ente público delegará contratualmente a entes particulares a execução de serviços públicos sob diversas modalidades de contratação.<sup>49</sup> Exemplos desta prestação contratual são as concessões e permissões de serviço público.

Pelo fato de o legislador possibilitar a concessão de distribuição de gás canalizado a ente da administração indireta – sociedade de economia mista, por exemplo – criou-se uma figura anômala, que encontra características tanto na prestação paraestatal quanto na prestação contratual.

Ainda sobre as formas de execução dos serviços públicos, CRETELLA JÚNIOR divide a gestão do serviço público em *administração direta* e *administração indireta*.

## **2.2. Administração direta.**

CRETELLA JÚNIOR assim a define:

---

<sup>48</sup> MOREIRA NETO, 2005, p. 434.

<sup>49</sup> MOREIRA NETO, 2005, p. 434

Administração direta é a gestão de serviço público pelo próprio Estado, pelo 'centro', pelas pessoas públicas políticas.

[...]

Na realidade, Administração direta é a própria atividade desempenhada pelas pessoas jurídicas públicas políticas (conceito material<sup>50</sup>) e é também a rede ou entidade gestora dos serviços públicos (conceito formal).<sup>51</sup>

### **2.3. Administração indireta.**

Em relação à administração indireta, o autor assim a conceitua:

Administração indireta, por sua vez, não é nenhuma pessoa jurídica pública política. No Brasil, não é a União, nem os Estados-membros, nem os Municípios, mas os colaboradores da União, os colaboradores dos Estados-membros e os colaboradores dos Municípios, quer privados, pessoas físicas ou jurídica, quer públicos.<sup>52</sup>

Há que se ressaltar, que existem duas modalidades de serviços públicos que são indelegáveis, o exercício do poder de polícia e a distribuição da justiça, uma vez que suas delegações resultariam em falência virtual do Estado. Contudo,

[...] nas demais – instrução, educação, transporte, telecomunicação – tanto podem os serviços ser desempenhados pela Administração direta que, para isso, utilizará o próprio pessoal “do quadro”, das repartições governamentais (Ministérios, Secretarias), como podem ser prestados pelas entidades da Administração indireta – pessoas jurídicas governamentais ou particulares –, cada umas das quais com peculiar regime jurídico, como ainda, por fim, pelo próprio cidadão (“todo particular é, no fundo, administrador”), como, por exemplo, nas hipóteses em que o cidadão prepara e apresenta a declaração de renda à receita federal, ou quando denuncia um crime.<sup>53</sup>

Assim como foi na pesquisa dos conceitos de serviço público, a falta de uniformidade se faz presente nas classificações e definições trazidas pelos autores. CARVALHO FILHO não é diferente.

---

<sup>50</sup> Percebe-se que o *conceito material* de administração direta se assemelha, e muito, com uma das formas de execução dos serviços públicos trazido por MOREIRA NETO, a prestação direta.

<sup>51</sup> CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 34.

<sup>52</sup> CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 34.

<sup>53</sup> CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 36.

A titularidade dos serviços públicos, como já dito<sup>43</sup>, pertence ao Estado. Todavia, a execução desses pode ser realizado pelo próprio Estado ou por entidades diversas das pessoas federativas.

Nada mais natural, tendo em vista que o crescimento demográfico e as novas necessidades da população resultam no aumento da quantidade e complexidade dos serviços públicos. Além disso, certas atividades possibilitam o auferimento de lucro pelos particulares, o que, diga-se de passagem, não afasta o Estado de exercer o controle sobre a atividade, impedindo que o interesse público seja sobrepujado pelo interesse privado.

#### **2.4. Execução Direta.**

De acordo com CARVALHO FILHO, a execução direta é aquela em que o Estado acumula as situações de titular e prestador do serviço público. Há uma distribuição das competências entre os diversos órgãos que compõem a estrutura administrativa da pessoa administradora. Trata-se do conceito material de administração direta trazido anteriormente por CRETELLA JÚNIOR e sinônimo de prestação direta de MOREIRA NETO.

Tais órgãos compõem a *administração centralizada*, ou *administração direta*<sup>54</sup>, segundo prevê o art. 4º, inciso I<sup>55</sup>, do Decreto-Lei nº 200/67, pois o Estado assume diretamente seus encargos.

#### **2.5. Execução Indireta.**

Pode-se afirmar, através do que doutrina MOREIRA NETO, que a *prestação indireta*<sup>46</sup> engloba os conceitos de *execução indireta* e *descentralização*. É o que se passa a expor.

Enquanto na execução direta é o próprio Estado que presta o serviço público, na execução indireta os serviços são prestados por entidades diversas das pessoas federativas. No entanto, mesmo que exista a transferência dos encargos da prestação a outras pessoas, o Estado possui o dever de controle sobre ela. Por

---

<sup>54</sup> *Conceito formal* de administração direta exposto por CRETELLA JÚNIOR.

<sup>55</sup> Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios. [...].

possuir esse dever, a responsabilidade inerente à atividade cabe também ao Estado, não recaindo as conseqüências de eventuais falhas na prestação do serviço público somente sobre o prestador direto do serviço.

## **2.6. Descentralização.**

Importante trazer, *ipsis literis*, o conceito de descentralização de CARVALHO FILHO:

Descentralização é o fato administrativo que traduz a transferência da execução de atividade estatal a determinada pessoa, integrante ou não da Administração. Dentre essas atividades inserem-se os serviços públicos. Desse modo, podem-se considerar dois tipos de serviços quanto à figura de quem os presta – os *serviços centralizados* (os prestados em execução direta pelo Estado) e os *serviços descentralizados* (prestados por outras pessoas).

A descentralização admite duas modalidades. A *descentralização territorial* encerra a transferência de funções de uma pessoa federativa a outra, ou também do poder central a coletividades locais. Já a *descentralização institucional* representa a transferência do serviço do poder central a uma pessoa jurídica própria, de caráter administrativo, nunca de cunho político.<sup>56</sup>

Realizada a devida conceituação de descentralização, CARVALHO FILHO identifica a existência de três formas básicas pelas quais o Estado processa a descentralização: a *delegação legal*, a *delegação negocial* e o *regime de parcerias*, este com legislação própria recente. Porém, antes de adentrar nas três formas de descentralização, é de interesse do presente estudo abordar a divergência trazida por HELY LOPES MEIRELLES, que “denomina as formas de descentralização de *outorga* e *delegação*, indicando que naquele caso a lei transfere a titularidade, e neste apenas a execução.” CARVALHO FILHO, apesar de respeitar a distinção, entende que “a só transferência do serviço gera uma *delegação*, e que esta é que pode ocorrer por lei ou por negócio jurídico”.

Feito o devido destaque a esta divergência doutrinária, passa-se às espécies de descentralização.

---

<sup>56</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 274.



### **2.6.1. Delegação Legal.**

Como o próprio nome já diz, essa modalidade de descentralização é formalizada através de lei e, é através desta, que se admite a transferência da execução do serviço público, ao mesmo tempo que, em regra, há a autorização para criação da pessoa administrativa que executará o serviço. Ademais, a Constituição Federal em seu art. 37, XIX, prevê que:

[...] somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de atuação.<sup>57</sup> (grifou-se)

Deste modo, essas pessoas delegatárias por lei compõem a *administração indireta* ou *administração descentralizada*, integrando a Administração Pública considerada como um todo. Todavia, há casos em que há a delegação legal a outras pessoas não integrantes da estrutura orgânica da Administração, o que não descaracteriza essa espécie de descentralização

Em uma leitura atenta das características da *delegação legal*, chegar-se-ia facilmente à conclusão de que a distribuição de gás canalizado realizada por sociedade de economia mista no Estado de Santa Catarina se trata da primeira espécie de descentralização até aqui estudada. No entanto, conforme se verá adiante, a sua classificação será inviável dentro dos parâmetros identificados por CARVALHO FILHO.

### **2.6.2. Delegação Negocial.**

A segunda forma de descentralização, caracteriza-se pela transferência da execução indireta dos serviços públicos a particulares, que, deste modo, denominam-se *particulares em colaboração com o Estado*. CARVALHO FILHO ensina que a nomenclatura “negocial” advém do fato de que a transferência se dá através de um negócio jurídico regrado pelo direito público, materializado na *concessão de serviço público* e na *permissão de serviço público*.<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 275.

<sup>58</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 276.

### 2.6.2.1. Concessão de serviços públicos.

CELSO ANTÔNIO define concessão de serviços públicos da seguinte maneira:

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 serviço.<sup>59</sup>

Condição *sine qua non* para a caracterização da concessão de serviço público é que o concessionário obtenha a sua remuneração pela exploração do próprio serviço concedido.<sup>60</sup>

Com o objetivo de começar a adentrar no tema central do presente estudo monográfico, importa diferenciar a concessão de serviço público da concessão do uso de bem público.

Pode-se falar em concessão de serviço público “quando o objetivo do ato for o de ensejar uma exploração de atividade a ser prestada universalmente ao público em geral.”<sup>61</sup>

Ocorre, no entanto, que o concessionário possa necessitar o *uso de um bem público*, mas o objeto da concessão é o serviço a ser prestado. Tal situação é perfeitamente adequada ao presente estudo, pois para a distribuição de gás natural à coletividade, é condição indispensável a instalação de canalização no subsolo.

Diferentemente dessa utilização, isto é, o uso de bem público para viabilizar a prestação de um serviço público,

[...] 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 hidroelétrica)

---

<sup>59</sup> MELLO, 2006, p. 680.

<sup>60</sup> MELLO, 2006, p. 687.

<sup>61</sup> MELLO, 2006, p. 687.

para que o próprio concessionário se sacie com o produto extraído em seu proveito ou para que comercialize limitadamente com alguns interessados.<sup>62</sup>

Deste modo, corroborando a distinção efetuada entre a concessão do uso de bem público e o uso de bem público na prestação de um serviço público, CELSO ANTÔNIO tece importantes comentários sobre essa diferença:

Em casos deste jaez, sua distinção da concessão de serviço público será particularmente nítida, pois, aí, o bem oferecido ao concessionário o é como base geradora de um bem de consumo seu, ao passo que na concessão de serviço público – quando pressuposta a utilização de um bem público – este aparece como um bem de produção, ou seja, enquanto condição necessária para instrumentá-lo à prestação à coletividade daquele serviço concedido.<sup>63</sup> (grifou-se)

Seguindo o ensinamento da doutrina, CARVALHO FILHO distingue duas modalidades de concessão de serviço público: a *concessão de serviço público* e a *concessão de serviço público precedida da execução de obra pública*. Todavia, convém ao objeto desta monografia o estudo apenas da concessão de serviço público simples, que é conceituada pelo autor como:

[...] o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere à pessoa jurídica ou a consórcio de empresas a execução de certa atividade de interesse coletivo, remunerada através do sistema de tarifas pagas pelos usuários. Nessa relação jurídica, a Administração Pública é denominada de *concedente*, e, o executor do serviço, de *concessionário*.<sup>64</sup>

Importante ressaltar que um dos requisitos essenciais para a concessão é que o concessionário sempre será ente privado. O que ocorre na concessão de serviço público é que o Estado necessita prestar um serviço à coletividade, mas transfere a execução a um particular, que, sob sua fiscalização, será remunerado pelos beneficiados pelo serviço.

O objeto da concessão simples, segundo ensina CARVALHO FILHO, possui duas dimensões, uma *mediata* e a outra *imediata*. Enquanto naquela há

---

<sup>62</sup> MELLO, 2006, p. 687.

<sup>63</sup> CELSO ANTÔNIO, 2006, p. 688.

<sup>64</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 295.

a vontade administrativa de gerir, de forma descentralizada, determinado serviço público, calcada na necessidade de agilizar a atividade, [...] e de melhor atender aos indivíduos que a solicitam”, na imediata, o que se tem é a própria execução do serviço público, a ser desfrutado pela coletividade.<sup>65</sup>

A doutrina dominante entende que a concessão de serviço público se trata de contrato administrativo, com certas características que lhe são peculiares. Por se tratar de contrato administrativo, as concessões são regidas pelo direito público, mais especificamente pela Lei 8.987/95, o que não afasta as normas de direito privado, responsáveis por regular os contratos em geral, tendo caráter supletivo.

A concessão terá por objeto, necessariamente, a execução de serviço público, tendo como principais exemplos os serviços de energia elétrica, gás canalizado, transportes coletivos, comunicações telefônicas, etc.

Todavia, existem situações em que há a concessão de atividades meramente econômicas, constituindo-se em impropriedade técnica denominar tais contratos de concessão. CARVALHO FILHO traz o exemplo da Lei nº 9478/97, que regula a política nacional de atividades petrolíferas, designando *contrato de concessão* “o ajuste celebrado entre a ANP – Agência Nacional do Petróleo e empresas privadas, com o fim de serem executadas atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural (arts. 23<sup>66</sup> e 43<sup>67</sup>)”.<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 296.

<sup>66</sup> Art. 23. As atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural serão exercidas mediante contratos de concessão, precedidos de licitação, na forma estabelecida nesta Lei.

Parágrafo único. A ANP definirá os blocos a serem objeto de contratos de concessão.

<sup>67</sup> Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais:

I - a definição do bloco objeto da concessão;

II - o prazo de duração da fase de exploração e as condições para sua prorrogação;

III - o programa de trabalho e o volume do investimento previsto;

IV - as obrigações do concessionário quanto às participações, conforme o disposto na Seção VI;

V - a indicação das garantias a serem prestadas pelo concessionário quanto ao cumprimento do contrato, inclusive quanto à realização dos investimentos ajustados para cada fase;

VI - a especificação das regras sobre devolução e desocupação de áreas, inclusive retirada de equipamentos e instalações, e reversão de bens;

VII - os procedimentos para acompanhamento e fiscalização das atividades de exploração, desenvolvimento e produção, e para auditoria do contrato;

VIII - a obrigatoriedade de o concessionário fornecer à ANP relatórios, dados e informações relativos às atividades desenvolvidas;

IX - os procedimentos relacionados com a transferência do contrato, conforme o disposto no art. 29;

Portanto, ainda que se denomine erroneamente de contrato de concessão, tais contratos não passam de simples *contratos privados*, uma vez que não há prestação de um serviço público, mas a realização de atividade econômica, que não se coaduna ao disposto no art. 175, da Constituição Federal.

### **2.6.2.2. Permissão de Serviços Públicos.**

A fim de complementar a delegação negocial, far-se-á breves comentários sobre essa espécie de contrato administrativo.

CARVALHO FILHO o conceitua

como contrato administrativo através do qual o Poder Público (permitente) transfere a um particular (permissionário) a execução de certo serviço público nas condições estabelecidas em normas de direito público [...].<sup>69</sup>

Anteriormente caracterizada como ato administrativo, a permissão de serviço público passou a ser qualificada como contrato a partir da Lei 8.987/95, que a define em seu art. 40, *caput*<sup>70</sup>, como *contrato de adesão*.

Em relação ao objeto, aplica-se o mesmo dito acima na concessão. Pela mudança trazida na Lei nº 8.987/95, os institutos da concessão e permissão se tornaram muito semelhantes, sendo possível diferenciá-los apenas em dois pontos<sup>71</sup>:

- a) a concessão pode ser contratada com pessoa jurídica ou consórcio de empresas, enquanto a permissão só pode ser firmada com pessoa física ou jurídica; e

X - as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional;

XI - os casos de rescisão e extinção do contrato;

XII - as penalidades aplicáveis na hipótese de descumprimento pelo concessionário das obrigações contratuais.

Parágrafo único. As condições contratuais para prorrogação do prazo de exploração, referidas no inciso II deste artigo, serão estabelecidas de modo a assegurar a devolução de um percentual do bloco, a critério da ANP, e o aumento do valor do pagamento pela ocupação da área, conforme disposto no parágrafo único do art. 51.

<sup>68</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 300.

<sup>69</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 333.

<sup>70</sup> Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

<sup>71</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 334.

b) a permissão se faz por delegação *a título precário*, ressalva ausente no negócio concessional.

Assim sendo, por se tratar de instituto extremamente similar à concessão e não existindo nada mais a acrescentar, passar-se-á às novas formas de prestação dos serviços públicos.

### **2.7. Novas formas de prestação do serviço público.<sup>72</sup>**

Apesar de não ser de interesse central do presente estudo monográfico, convém citar as novas formas de prestação dos serviços públicos, entre elas o *regime de parcerias*, decorrentes da exigência de melhor execução das atividades do Estado, visando qualificá-lo para atender da melhor forma possível as necessidades da coletividade:

- a) Desestatização e privatização: em 1990 foi instituído o Programa Nacional de Desestatização, através da Lei 8.031/90, posteriormente revogada pela Lei 9.491/97, que manteve as principais diretrizes do programa.
- b) Gestão Associada: trata-se de instrumentos de cooperação de atividades visando a alcançar objetivos de interesses comuns dos pactuantes (União, Estado, Distrito Federal e Municípios).
- c) Regimes de Parceria: caracterizam-se pela aliança entre o Poder Público e entidades privadas, também denominadas entidades do terceiro setor, visando prestar serviços que, por algum motivo, não chegam aos mais diversos segmentos da população. Subdividem-se em:
  - c.1) Regime de Convênios Administrativos – normalmente de caráter plurilateral, no qual ente público e entidades privadas se associam para alcançar resultados de interesses comuns.
  - c.2) Regime dos Contratos de Gestão (as Organizações sociais) – a Lei 9.637/98 instituiu o Programa Nacional de Publicização – PNP, que

---

<sup>72</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 276-288.

visa prestar serviços de caráter social, através de organizações sociais sem fins lucrativos, nas áreas da cultura, saúde, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico e preservação do meio ambiente (art. 1º).  
c.3) Gestão por Colaboração (Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público) – criado pela Lei nº 9.790/99, que estabelece critérios para a parceria entre o ente público e determinadas organizações da sociedade civil de interesse público que atendam às condições estabelecidas na lei.

Explanado resumidamente acerca das novas formas de prestação de serviço público, passa-se à principal matéria que interessa, até o momento, ao presente estudo monográfico: a concessão a empresas estatais.

### **2.8. Concessão a empresas estatais.**

Conforme comentado no tópico 2.6.1, quando se discorreu sobre a delegação legal, antecipou-se que a distribuição de gás canalizado, realizado por empresas estatais ou, no presente caso, sociedade de economia mista, não se enquadrava como delegação legal, ainda que presentes os parâmetros que a enquadravam como tal.

Abordou-se que o Estado, frente às mudanças das necessidades da população – quantidade e complexidade –, começou a descentralizar os serviços públicos, como forma de aliviar todo o aparato estatal e dar maior presteza e qualidade na execução dos mesmos, conseqüentemente, passou a delegar, através de lei ou firmando a concessão ou permissão para o serviço público.

Deste modo, como lembra CARVALHO FILHO, “as pessoas constituídas por força de delegação legal estão vinculadas à pessoa federativa instituidora, e esta, como é óbvio, há de ter natural ingerência na sua organização, estrutura e direção”.<sup>73</sup>

Por outro lado, as concessionárias e permissionárias não sofrem qualquer tipo de ingerência na sua estrutura e organização por parte do ente público, limitando-se à fiscalização ordinária dos contratos de prestação de serviço.

---

<sup>73</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 302.

Relembra-se que a concessão tem como pressuposto basilar que o concessionário seja ente privado que execute um serviço de interesse público. CARVALHO FILHO, citando MARCELO CAETANO, leciona:

São de MARCELO CAETANO as seguintes palavras: “A concessão a particulares é o caso normal e típico, pois a concessão destina-se fundamentalmente a utilizar os recursos, a técnica e a produtividade da iniciativa privada em benefício da realização do interesse público.” (*Manual de Direito Administrativo*, tomo II, p. 1.083)<sup>74</sup>

Ora, MARCELO CAETANO é direto e conciso ao afirmar que a concessão a particulares é o caso normal e típico, o que leva a possibilidade de existirem figuras atípicas de concessão de serviço público.

Deste modo, chega-se à figura anômala da concessão a empresas estatais, pois há uma fusão entre as noções de delegação legal e negocial.

A própria Constituição Federal previa no art. 25, § 2º, já citado acima, “concessão a empresa estatal”, instituto anômalo que foi retirado pela EC 5/95.

Em relação a esta distorção, CARVALHO FILHO tece os seguintes comentários:

Trata-se, em nosso entender, de distorção no sistema clássico de concessões, pois que, na verdade, se afigura como um contrato entre duas pessoas estatais, a que titulariza o serviço e a que o executa, sendo esta obviamente vinculada àquela. Se a empresa é estatal, tendo resultado de delegação legal, a própria lei já definiria seu perfil institucional, bem como a tarefa que deveria desempenhar, desnecessário, desse modo, falar-se em concessão, instrumento como visto, de delegação negocial.<sup>75</sup> (grifou-se)

Neste mesmo sentido, CARVALHO FILHO destaca a posição de JUSTEN FILHO em sua obra *“Concessões de Serviços Públicos”*, o qual considera mais apropriado se falar em “concessão-convênio”<sup>76</sup>, pois se trata de pessoas da Administração que possuem interesses comuns e paralelos.

---

<sup>74</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 303.

<sup>75</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 303.

<sup>76</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 303.



Em que pese a existência desta distorção, quando o ente estadual celebra contrato com uma sociedade de economia mista estadual – vide exemplo da Companhia de Gás de Santa Catarina –, essa não ocorrerá quando a concessão for firmada entre entes federativos diversos, pois, “a entidade governamental estará exercendo atividade tipicamente empresarial e atuando no mundo jurídico nos mesmos moldes que uma empresa da iniciativa privada”<sup>77</sup>, isto é, deverá participar de licitação e concorrer com outras empresas do mesmo gênero.

Percebe-se, mais uma vez, que as definições e conceitos dos institutos de Direito Administrativo se mostram, em alguns momentos, tão colidentes e instáveis que um mesmo autor pode vir a modificar o seu entendimento.

É o caso de JUSTEN FILHO. Conforme citado acima por CARVALHO FILHO, a concessão a empresa estatal se configuraria mais propriamente uma *concessão-convênio*, no entendimento de JUSTEN FILHO.

Todavia, na obra “*Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*”, que se destinava a ser a segunda edição da obra “*Concessões de Serviços Públicos*”, JUSTEN FILHO reserva um tópico para as chamadas *Concessões Impróprias*, isto é, a atribuição dos serviços públicos a entidades da administração indireta<sup>78</sup>.

## **2.9. Concessões Impróprias.**

Distinguem-se três institutos jurídicos, que costumam albergar-se sob a expressão concessão.<sup>79</sup> São eles: a concessão propriamente dita, a concessão-descentralização e a concessão-convênio.

Acerca da concessão propriamente dita, já exposta no tópico 2.6.2.1, está presente

quando o Estado transfere o desempenho de serviço público para terceiro, sujeito desvinculado do concedente e que organizará os fatores de produção, segundo critérios de racionalidade econômica, escolhidos pelo concessionário.<sup>80</sup>

---

<sup>77</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 303-304.

<sup>78</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 117.

<sup>79</sup> JUSTEN FILHO, 2003, p. 125.

<sup>80</sup> JUSTEN FILHO, 2003, p. 125.

### **2.9.1. Concessão-convênio.**

Nesta espécie de concessão imprópria, “ambos os sujeitos pertencem à Administração Pública, mas não integram a mesma órbita federativa.”<sup>81</sup> Há uma conjugação de esforços e interesses para a prestação de determinado serviço. Melhor define JUSTEN FILHO ao ensinar que se trata de “instrumento de conjugação de diversas entidades públicas, que têm interesses concorrentes ou complementares no desempenho de atribuições administrativas e políticas.”<sup>82</sup>

### **2.9.2. Concessão-descentralização.**

Sobre a descentralização, JUSTEN FILHO tece comentários sobre a transferência da prestação do serviço público:

Muitas vezes, a delegação faz-se na via legislativa, alternativa preferida para os casos de atribuição do serviço a uma autarquia. Não há necessidade de atos infralegais, destinados a formalizar essa descentralização.

Outras vezes, a descentralização efetiva-se por meio de criação de entes administrativos de direito privado (sociedade de economia mista ou empresa pública). Nesses casos tornou-se usual que a transferência de atribuições seja formalizada em instrumentos assimilados a contratos administrativos. A via jurídica para transferência dos serviços é freqüentemente denominada de contrato de concessão.<sup>83</sup> (grifou-se)

Deste modo, constata-se a permanência do titular do serviço no controle da prestação, ainda que através de entidade com personalidade jurídica própria. No presente caso, a sociedade de economia mista, Companhia de Gás de Santa Catarina, é um *longa manus* do estado.

Se não há transferência da titularidade da prestação do serviço público, deve-se atentar que

o insucesso na gestão dos serviços recairá sobre o patrimônio da própria pessoa titular do serviço. Não haverá, portanto, nem delegação a terceiros do poder de controle sobre a organização dos serviços nem transferência dos riscos acerca do empreendimento.<sup>84</sup>

---

<sup>81</sup> JUSTEN FILHO, 2003, p. 121.

<sup>82</sup> JUSTEN FILHO, 2003, p. 125.

<sup>83</sup> JUSTEN FILHO, 2003, p. 119.

<sup>84</sup> JUSTEN FILHO, 2003, p. 120.

Assim, conclui-se que a “descentralização não configura concessão do serviço, já que os recursos aplicados continuam a ter origem pública, o regime jurídico não se altera, [...]”<sup>85</sup>

### **2.9.2.1. Atribuição à Administração Indireta e Desnecessidade de Licitação.**

Do exposto, se não há concessão nem permissão de serviço público para ente da administração indireta, desnecessária é a licitação. Assim se manifesta JUSTEN FILHO, que fundamenta seu entendimento da seguinte forma:

Nem seria possível cogitar da disputa, tendo em vista que a Administração não está em busca de uma proposta mais vantajosa. A Administração nada receberá como contrapartida da atribuição do serviço, o qual não será desempenhado por particulares, por conta e risco próprios – mas por entidade sob controle do próprio ente titular da competência para prestação do serviço. Trata-se de mera técnica de gerenciamento da atividade pública, [...].<sup>86</sup>

Visto as diferentes formas de execução do serviço público, precipuamente a concessão a empresas estatais, abordar-se-á no próximo capítulo: o instituto do bem público, adentrando na definição e classificação de bem público, as modalidades de utilização deste e a sua repercussão no tema da presente monografia; e a taxa, esta confrontando com a noção de preço público.

---

<sup>85</sup> JUSTEN FILHO, 2003, p. 120.

<sup>86</sup> JUSTEN FILHO, 2003, p. 192.

### 3. CAPÍTULO 3: BENS PÚBLICOS E O USO ONEROSO OU GRATUITO. TAXA X PREÇO PÚBLICO

Antes de adentrar na definição de bem público e a classificação quanto à sua utilização, convém introduzir o capítulo com o estudo sobre *domínio eminente*.

#### 3.1. *Domínio Eminente*.

MOREIRA NETO ensina que o *domínio eminente* possui conexão com a soberania e que, deste modo, “consiste na disposição estatal sobre todos os bens em seu território ou que, de alguma forma, estejam institucionalmente sujeitos à sua ordem jurídica.”<sup>87</sup> Por possuir conexão com a soberania, o domínio eminente incide “sobre todos os bens que constituem o território do Estado ou a que a ele se integrem ou adiram”.<sup>88</sup>

No mesmo sentido, CARVALHO FILHO fala de um “poder geral do Estado sobre tudo que esteja em suas linhas territoriais, sendo esse poder decorrente de sua própria soberania”.<sup>89</sup>

A partir do domínio eminente, dividem-se três formas de domínio: o *domínio privado*; o *domínio público patrimonial*; e a *res nullius*.

O *domínio privado* versa sobre o conceito da *propriedade privada*, “viga mestra de uma sociedade livre e competitiva”.<sup>90</sup>

Por sua vez, o *domínio público patrimonial* – que será objeto de estudo mais aprofundado neste capítulo – é previsto na Constituição, que

para atender a seus serviços, também *reserva o domínio direto e a plena disposição* de inúmeros bens, móveis e imóveis, como se fora de sua propriedade, o que constitui a categoria do domínio público patrimonial.<sup>91</sup> (grifou-se)

Além disso, a expressão *domínio público patrimonial* “designa uma relação especial da entidade estatal sobre [...] – os bens públicos – que estão sob sua direta e mais ampla disposição para atender, efetiva ou potencialmente, a finalidade pública.”<sup>92</sup> (grifou-se)

---

<sup>87</sup> MOREIRA NETO, 2005, p. 340.

<sup>88</sup> MOREIRA NETO, 2005, p. 341.

<sup>89</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 870.

<sup>90</sup> MOREIRA NETO, 2005, p. 340.

<sup>91</sup> MOREIRA NETO, 2005, p. 340.

<sup>92</sup> MOREIRA NETO, 2005, p. 342.

Ressalta-se que o domínio privado é *reconhecido* constitucionalmente e disciplinado pelo Direito Privado, enquanto o domínio público patrimonial é *instituído* constitucionalmente e regido pelo Direito Administrativo.

Por fim, as *res nullius* são as coisas de ninguém, isto é, os bens inapropriáveis e os bens condicionadamente apropriáveis. São bens “sobre os quais o Estado não pode ou não quer reconhecer qualquer tipo amplo de disposição, pública ou privada.”<sup>93</sup>

### **3.2. Conceito.**

Adentrando na definição de bens públicos, CELSO ANTÔNIO doutrina que “são todos os bens que pertencem às pessoas jurídicas de Direito Público”<sup>94</sup>, ou seja, bens pertencentes à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios, às autarquias e às fundações de Direito Público, além daqueles bens afetados à prestação de um serviço público, embora não pertencentes àquelas pessoas.

### **3.3. Princípio da indisponibilidade dos bens públicos.**

Como o próprio nome já diz, trata-se de princípio que veda a disponibilidade dos bens públicos para quaisquer outras finalidades que não sejam a pública, isto é, os bens públicos estão vinculados ao atendimento de finalidades públicas, só comportando exceções previstas explicitamente em lei.

MOREIRA NETO comenta que:

*A indisponibilidade fundamental dos bens públicos se afirma, ainda, em seus importantes corolários: a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a impenhorabilidade, que impedem que eles sejam vendidos, doados, usucapidos, ou sirvam de garantia de pagamento de dívidas. As exceções [...] são, portanto, de direito estrito e sempre de natureza pública.*<sup>95</sup>

Verifica-se que tal princípio tem o claro objetivo de proteger o bem público, além de priorizar o atendimento do interesse público.

---

<sup>93</sup> MOREIRA NETO, 2005, p. 341.

<sup>94</sup> MELLO, 2006, p. 876.

<sup>95</sup> MOREIRA NETO, 2005, p. 343.

### **3.4. Afetação e Desafetação.**

É de interesse precípua examinar o que são esses dois fatos administrativos, para se compreender o que ocorre quando um particular utiliza um bem público.

CARVALHO FILHO leciona que a *afetação* e a *desafetação* dizem respeito “aos fins para os quais está sendo utilizado o bem público.”<sup>96</sup>

Trata-se de *afetação* quando o bem está sendo utilizado para determinado fim público, tanto usado diretamente pelo Estado, como pelos cidadãos em geral. Deste modo, fala-se que o bem está *afetado* a determinado fim público.

Já a *desafetação* se constitui exatamente no antônimo, uma vez que um bem *desafetado* é aquele que não está atrelado a qualquer fim público.

Assim, CARVALHO FILHO conceitua esses dois fatos administrativos:

Dessa maneira, pode conceituar-se a *afetação* como sendo o fato administrativo pelo qual se atribui ao bem público uma destinação pública especial de interesse direto ou indireto da Administração. E a *desafetação* é o inverso: é o fato administrativo pelo qual um bem público é desativado, deixando de servir à finalidade pública anterior.<sup>97</sup>

Do exposto, é inequívoco que o uso por ente da administração indireta de bem público se trata de uma *afetação*.

### **3.5. Classificação.**

#### **3.5.1. Quanto à titularidade.**

Tendo em vista estar-se tratando do uso do subsolo dos Municípios, convém trazer a classificação dos bens públicos quanto à natureza da pessoa titular: União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

##### **3.5.1.1. Bens federais**

---

<sup>96</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 879.

<sup>97</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 879.

Os bens da União estão relacionados no art. 20<sup>98</sup>, da Constituição, não se podendo afirmar que o rol é taxativo, pois há, na verdade, uma enumeração de alguns bens de caráter especial, que merecem especial tratamento. Os critérios levados em conta para essa enumeração são a “segurança nacional, a proteção à economia do país, o interesse público nacional e a extensão do bem.”<sup>99</sup>

### **3.5.1.2. Bens estaduais e distritais**

Assim como os bens federais, a relação de bens estaduais e distritais não é taxativa. O art. 26<sup>100</sup>, da CF elenca quais são esses principais bens, tendo como exemplo fora desse rol os prédios estaduais e a dívida ativa.

### **3.5.1.3. Bens municipais**

---

<sup>98</sup> Art. 20. São bens da União:

- I - os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos;
- II - as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei;
- III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;
- IV - as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II;
- V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;
- VI - o mar territorial;
- VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos;
- VIII - os potenciais de energia hidráulica;
- IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;
- X - as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos;
- XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

§ 1º - É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

§ 2º - A faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei.

<sup>99</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 874.

<sup>100</sup> Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados:

- I - as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União;
- II - as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros;
- III - as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União;
- IV - as terras devolutas não compreendidas entre as da União.

Em que pese não existir dispositivo na CF que enumere os bens municipais, é óbvio que há vários bens públicos que lhes pertencem. Podem-se destacar as ruas, praças, jardins públicos e os logradouros públicos.<sup>101</sup> MOREIRA NETO, ao comentar a não existência de rol dos bens municipais na CF, ensina que “assegura-lhes, todavia, o domínio público patrimonial sobre os bens públicos de uso comum situados no perímetro urbano (art. 30, VIII<sup>102</sup>, CF).<sup>103</sup>

### **3.5.2. Quanto à destinação.**

O art. 99<sup>104</sup>, do CC, prevê três categorias de bens públicos:

- a) bens de uso comum do povo;
- b) bens de uso especial; e
- c) bens dominicais

#### **3.5.2.1. Bens de uso comum do povo.**

Bens de uso comum do povo “são aqueles que destinam à utilização geral pelos indivíduos, podendo ser federais, estaduais ou municipais.”<sup>105</sup> Ainda que exista uma relativa liberdade para se utilizar o bem, o Poder Público regula o uso, podendo até mesmo restringi-lo caso vise a tutela do interesse público.

#### **3.5.2.2. Bens de uso especial.**

---

<sup>101</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 875.

<sup>102</sup> Art. 30. Compete aos Municípios:

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

<sup>103</sup> MOREIRA NETO, 2005, p. 344.

<sup>104</sup> 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;

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.

<sup>105</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 875.



“São aqueles que visam à execução dos serviços administrativos e dos serviços públicos em geral”<sup>106</sup>, isto é, são bens que constituem o aparelhamento material da Administração Pública e, portanto, podem ser móveis ou imóveis.

### **3.5.2.3. Bens dominicais.**

O inciso III e o parágrafo único, do art. 99, do CC, dispõe sobre os bens dominicais. A noção de bens dominicais é residual, pois são todos aqueles bens que não se caracterizam como de uso comum do povo ou de uso especial.<sup>107</sup>

Exemplos de bens dominicais são “as terras sem destinação pública específica [...], os prédios públicos desativados, os bens móveis inservíveis e a dívida ativa.”<sup>108</sup>

### **3.5.3. Formas de uso: Gestão dos bens públicos.**

#### **3.5.3.1. Utilização de bens públicos por particulares.**

Antes de se adentrar na classificação, é importante trazer os comentários de CARVALHO FILHO sobre a utilização dos bens públicos por particulares:

Não obstante, é possível que sejam também utilizados por particulares, ora com maior liberdade, ora com a observância dos preceitos legais pertinentes. O que é importante no caso é a demonstração de que a utilização dos bens públicos por particulares deve atender ao interesse público, aferido pela Administração. [...]. MARIA SYLVIA DI PIETRO anota, com razão, que no uso de bens públicos por particulares é necessário verificar atentamente o fim a que se destinam, por que de nenhum modo podem ser desvirtuados de seus objetivos básicos para satisfazer interesses exclusivamente privados.<sup>109</sup> (grifou-se)

Bem se vê que o uso do bem público pelo particular está submetido a critérios que atendam ao interesse público, devendo coexistir interesse privado e interesse público, mas nunca somente o primeiro.

---

<sup>106</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 875.

<sup>107</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 877.

<sup>108</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 877.

<sup>109</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 892.

Partindo para a classificação, o autor MOREIRA NETO, sob orientação de MARCELO CAETANO, distingue três classes de utilização de bens públicos: utilização comum; utilização especial; e utilização privativa.

### **3.5.3.2. Utilização ou Uso comum.<sup>110</sup>**

Nesta classe de utilização, o uso do bem público é franqueado a todos, livre e indistintamente. Nas palavras de MOREIRA NETO, “sua característica é a *universalidade*, admitindo-se que, em princípio, a utilização de qualquer pessoa não tolherá nem prejudicará a utilização de outra.”<sup>111</sup>

Enquanto MOREIRA NETO fala em utilização comum, CARVALHO FILHO se vale da expressão “uso comum”, trazendo ainda mais três características além da universalidade ou generalidade: a indiscriminação dos administrados no que toca ao uso do bem; a compatibilização do uso comum com os fins normais a que se destina; e a inexistência de qualquer gravame para permitir a utilização, isto é, vedase a onerosidade pelo uso comum do bem público.

Corroborando o entendimento da possibilidade de utilização gratuita do bem público de uso comum, impende transcrever a lição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, em textual:

Bens de uso comum do povo, que, pertencentes embora a um ente público, estão franqueados a todos, como os mares, rios, estradas, ruas, praças. Estes bens são por natureza inalienáveis e imprescritíveis e, via de regra, sua utilização é permitida ao povo, sem restrições e sem ônus. Mas não se desfigura a sua natureza, nem perdem eles a sua categoria, se os regulamentos administrativos condicionarem a sua utilização a requisitos peculiares, ou restringirem o seu uso em determinadas condições, ou instituírem o pagamento de retribuição (Código Civil de 1916, art. 68), como é o caso do pedágio nas estradas ou a venda de ingressos em museus, como compensação pelo capital investido ou contribuição para o custeio ou manutenção. No direito atual, o que é franqueado é o seu uso, e não o seu domínio, sendo eles, portanto, objeto de uma relação jurídica especial, na qual o proprietário é a entidade de direito público (União, Estado, Município) e usuário todo o povo, o que aconselha cogitar ao direito sobre eles, tendo em vista este sentido peculiar do direito público de propriedade que os informa, no qual faltam elementos essenciais ao direito público de propriedade, e se apresentam outros em caráter excepcional. Assim é que a propriedade é um direito exclusivo, no sentido de que o *dominus* tem o poder de impedir que qualquer pessoa, que não ele, se utilize da coisa, ao passo que, nos bens de uso comum do povo, o uso por toda a gente não só

---

<sup>110</sup> Uso comum: denominação trazida pelo autor JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO.

<sup>111</sup> MOREIRA NETO, 2005, p. 349.

se concilia com o domínio público da coisa, como constitui mesmo o fator de sua caracterização.<sup>112</sup> (grifou-se)

### 3.5.3.3. *Utilização ou Uso especial.*

Se na utilização comum tem-se a característica da universalidade, na *utilização especial* essa será restringida, exigindo-se “a emissão de uma outorga prévia a quem haja solicitado e demonstrado satisfazer determinados requisitos legais, vinculados ou discricionários”<sup>113</sup>, conforme doutrina MOREIRA NETO.

Por sua vez, CARVALHO FILHO ressalta que no *uso especial* há a possibilidade do *uso remunerado*, disposta no art. 103, do Código Civil, que inclusive embasou a lei municipal<sup>114</sup> de Criciúma para a cobrança pelo uso bem público. Veja-se:

Art. 103 - O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito, ou retribuído, conforme as leis da União, dos Estados ou dos Municípios, a cuja administração pertencerem.

Da leitura do dispositivo se depreende a expressão “uso comum”. Ora, a pouco se comentou que o uso comum é gratuito. Todavia, “deve interpretar-se o adjetivo *comum* como significando que as pessoas em geral têm acesso ao bem”<sup>115</sup>, ou seja, é necessário remeter-se ao conceito de destinação do bem público, que se classificam em bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais, já exposto no tópico 2.5.2.

Desta forma, a partir do momento em que há uma remuneração por esse *uso comum*, passa-se a forma de *uso especial*, do que se conclui a possibilidade de *uso especial remunerado* tanto nos bens de uso comum, como nos de uso especial.

---

<sup>112</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. I, p. 280.

<sup>113</sup> MOREIRA NETO, 2005, p. 349.

<sup>114</sup> Lei Ordinária de Criciúma nº 4.273/01, Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a cobrar mensalmente das empresas concessionárias de serviços públicos de energia elétrica, água e transporte ferroviário, bem como das que exploram as atividades atinentes a telefone, televisão a cabo, petróleo, gás e seus derivados, e ainda das que veiculam propaganda e publicidade através de painéis e pórticos ao ar livre, a devida retribuição prevista no artigo 68 do Código Civil [art. 103, do Novo Código Civil] pelo uso que fazem ou vierem a fazer das áreas físicas do Município, tais como os solos, subsolos e espaços aéreos das estradas, ruas, avenidas, praças, jardins, praias e outros logradouros similares.

<sup>115</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 894.

### 3.5.3.4. Utilização ou Uso Privativo.

Apesar de guardar semelhança com o *uso especial*, CARVALHO FILHO destina um tópico a parte para o estudo da utilização privativa, visto o desdobramento nas modalidades de autorização de uso, permissão de uso, concessão de uso, etc., que serão vistas adiante.

Traço marcante da utilização comum, como já dito, é a universalidade, a *utilização privativa*, por outro lado, tem como atributo principal a *exclusividade*, uma vez que a utilização do bem público só será permitida “mediante outorga de um título estável de *utilização privativa* em favor de um particular ou a outro ente administrativo.”<sup>116</sup>

CARVALHO FILHO define o uso privativo, ou *uso especial privativo*, como “o direito de utilização de bens públicos conferido pela Administração a pessoas determinadas, mediante instrumento jurídico específico para tal fim.”<sup>117</sup>

O uso privativo pode ser dos bens de uso comum do povo, de uso especial e dominical. Quatro são as características do uso especial privativo dos bens públicos<sup>118</sup>:

- a) *privatividade*, isto é, o usuário tem direito de utilizar sozinho o bem;
- b) *instrumentalidade formal*, através de ato ou contrato administrativo;
- c) *precariedade* do uso, ou seja, sobrevindo o interesse público, aquele instrumento jurídico será revogado, podendo dar ensejo, ou não, à indenização; e
- d) *regime de direito público*, pois “a Administração possui em seu favor alguns princípios administrativos que levam em consideração o interesse público, como é o caso da revogação, acima mencionada.”<sup>119</sup>

As principais formas de uso privativo são: autorização de uso, permissão de uso, concessão de uso, concessão de direito real de uso, concessão de uso especial para fins de moradia, cessão de uso e as formas de direito privado (enfiteuse, locação e comodato)<sup>120</sup>.

---

<sup>116</sup> MOREIRA NETO, 2005, p. 350.

<sup>117</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 898

<sup>118</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 898.

<sup>119</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 898.

<sup>120</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 898

Em uma primeira análise, poder-se-ia defender a utilização da modalidade de *cessão de uso* para a utilização gratuita de bem público pelas prestadoras de serviço público, aí incluindo a administração indireta. CARVALHO FILHO define a cessão de uso da seguinte forma:

Cessão de uso é aquela em que o Poder Público consente o uso gratuito de bem público por órgãos da mesma pessoa ou de pessoa diversa, incumbida de desenvolver atividade que, de algum modo, traduza interesse para a coletividade.<sup>121</sup>

Todavia, tal instrumento jurídico poderia não ser o mais adequado pelo fato de que o benefício do uso seja carreado somente a pessoas sem intuito lucrativo, o que não é o caso de uma distribuidora de gás natural canalizado, como a Companhia de Gás de Santa Catarina.

Para viabilizar a utilização de um bem público, DI PIETRO elenca as quatro modalidades de instrumentos jurídicos de que o legislador poderá dispor: a legal, a unilateral (permissão e cessão de uso), a contratual (concessão de uso, de direito real de uso e aforamento público) e a complexa.<sup>122</sup>

Tendo em vista que o caso paradigma, utilização de bem público (subsolo) pela Companhia de Gás de Santa Catarina, seria viabilizado somente através de um *contrato de concessão de uso*, a ser firmado entre a concessionária e o Município de Criciúma, far-se-á uma breve abordagem somente da concessão de uso.

#### **3.5.3.4.1. Concessão de uso.**

MOREIRA NETO afirma que “a concessão de uso é a principal modalidade contratual de utilização de um bem público a um particular, gratuita ou remunerada e sob condições pactuadas.”<sup>123</sup>

Por seu turno, CARVALHO FILHO, define a concessão de uso como “o contrato administrativo pelo qual o Poder Público confere a pessoa determinada o

---

<sup>121</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 910.

<sup>122</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias na Administração Pública*. 4ª Edição, São Paulo: Atlas, 2002, p. 350.

<sup>123</sup> MOREIRA NETO, 2005, p. 352.

uso privativo de bem público, independentemente do maior ou menor interesse público da pessoa concedente.”<sup>124</sup>

Como principal modalidade contratual de uso de bem público, a concessão de uso possui duas diferenças essenciais em relação à autorização e à permissão. Primeiramente, a concessão de uso é formalizada através de um contrato administrativo, ao passo que as demais o são por atos administrativos. Em segundo, a concessão de uso não dispõe da precariedade inerente as outras duas, o que dá mais segurança ao concessionário para realizar investimentos mais vultosos, o que não significa que a estabilidade seja absoluta, pois o interesse público sempre supera o interesse privado.<sup>125</sup>

Ressalta-se que a Administração não está livre para firmar a concessão de uso, devendo se ater a duas hipóteses. Em primeiro lugar, é necessário a observância de que:

a modalidade esteja prevista na lei reguladora dos bens públicos da pessoa jurídica de direito público titular do domínio e, segundo, que o uso que o particular dará também convenha, de alguma forma, ao interesse público.<sup>126</sup>

Do exposto, se abstrai que a concessão poderá ser gratuita, hipótese esta justificada pelo interesse público por detrás da concessão, como é o caso da prestação de um serviço público. Todavia, a concessão de uso se trata de uma das modalidades de uso privativo, o que não se coaduna até mesmo com a classificação dada por CARVALHO FILHO, o *uso compartilhado*, que será exposto a seguir e que se enquadra no caso específico da presente monografia.

### **3.6. O uso de bem público na prestação de serviço público.**

#### **3.6.1. Uso compartilhado.**

Forma de uso não prevista por MOREIRA NETO, CARVALHO FILHO traz uma espécie de uso especial, o *uso compartilhado*, isto é, o uso de bem público por prestadora de serviço público. O *uso compartilhado* é “aquele em que pessoas

---

<sup>124</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 903.

<sup>125</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 903

<sup>126</sup> MOREIRA NETO, 2005, p. 352.

públicas ou privadas, prestadoras de serviços públicos, precisam utilizar-se de espaços integrantes de áreas da propriedade de pessoas diversas.”<sup>127</sup>

Ao exemplificar essa espécie de uso especial, CARVALHO FILHO cita os serviços de energia, de comunicações e de gás canalizado, que é distribuído através de dutos normalmente implantados no subsolo.

Existem duas situações-problemas que envolvem o *uso compartilhado*: a primeira situação envolve duas pessoas públicas, o prestador do serviço público e o ente federativo que possui domínio sobre o bem público. Neste caso, o problema se resolverá através de um convênio. No entanto, quando o prestador de serviço é pessoa de direito privado – aqui se entenda a inclusão dos entes da administração descentralizada como as sociedades de economia mista –, a situação é um pouco mais complexa e dará ensejo a quatro hipóteses:

a) uso de área integrante do domínio público: o uso depende de autorização do ente público sob cujo domínio se encontra o bem e, como regra, não há ensejo para remuneração pelo uso;

b) uso de área *non aedificandi* pertencente a particular: como há, na hipótese, mera limitação administrativa, pode o prestador usá-la livremente e, como o uso não afeta o direito do proprietário, não tem este direito à remuneração nem indenização, salvo, neste último caso, se o uso houver comprovadamente causado prejuízo para o proprietário; é o que ocorre em faixas reservadas de estradas e vias públicas, por exemplo;

c) uso de área privada, além da faixa *non aedificandi*: aqui o uso é regulado pelo direito privado e depende de autorização do proprietário, devendo a empresa prestadora do serviço negociar eventual remuneração ou firmar com ele pacto de cessão gratuita de uso; e

d) uso de área pública sujeita à operação por pessoa privada em virtude de contrato de concessão ou permissão: o uso deve resultar de ajuste pluripessoal, envolvendo o concedente, o concessionário e o prestador do serviço, e, conquanto não haja regulação expressa para tais situações, é possível fixar-se remuneração pelo uso do solo ou subsolo.<sup>128</sup>

Pela leitura, é fácil depreender que o caso paradigma se enquadra na primeira hipótese, a letra “a”. Sobre essa, CARVALHO FILHO defende, em regra, a

---

<sup>127</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 895.

<sup>128</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 895.

gratuidade do uso quando se destinar à prestação de serviços públicos. Caso haja a cobrança, o autor assim se manifesta:

Havendo a cobrança, que não pode ser exorbitante, deve ela resultar de entendimento entre a pessoa pública e o concessionário, caracterizando-se o pagamento como *preço*. Se não houver entendimento ou a cobrança for desproporcional, o serviço não pode deixar de ser prestado, cabendo nessa hipótese, à pessoa titular do serviço (que é concedente, e não o concessionário, que é mero executor) promover por acordo ou pela via judicial, a *servidão administrativa* sobre a área necessária à execução do serviço. O valor a ser pago nessa hipótese há de configurar-se como *indenização*.<sup>129</sup>

O que se tem claro é que a prestação do serviço público não pode ser impedida pelo respectivo ente federativo que possui domínio sobre o bem público, pois se estaria ofendendo o *princípio da eficiência do serviço público*, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição, segundo leciona CARVALHO FILHO<sup>130</sup>.

DI PIETRO, no parecer “*Uso de faixas de domínio e de bens públicos municipais para instalação de serviços públicos concedidos*”, trata, também, brilhantemente do uso de bem público pelas concessionárias - prestadoras de serviço público, parecer este presente na obra “*Parcerias na Administração Pública*”.<sup>131</sup>

Conforme já exposto por CARVALHO FILHO, a possibilidade do uso remunerado de bem público por particular está previsto no art. 103, do CC, sendo que está cobrança não terá natureza tributária, mas de *preço* pelo uso de bem público, situação análoga ao aluguel nos contratos de locação. Sobre o preço público, ver-se-á mais adiante, que não se enquadra na forma de remuneração pleiteada pelo uso de bem público.

Todavia, antes dessa análise, DI PIETRO entende que não era intenção do legislador a possibilidade de cobrança pelo uso de bem público, quando este fosse condição à prestação de um serviço público.

Caso o particular utilize privativamente um bem público para prestar um serviço que beneficiará toda a coletividade, não há motivo que enseje a respectiva remuneração. O raciocínio é simples: o estabelecimento de um *preço*, pelo uso do

---

<sup>129</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 896.

<sup>130</sup> CARVALHO FILHO, 2003, p. 896.

<sup>131</sup> DI PIETRO, 2002, p. 341-364.



bem público necessário à prestação de um serviço público, onerará toda a coletividade.

DI PIETRO se manifesta sobre essa situação trazendo alguns exemplos:

No caso das faixas de domínio das rodovias ou dos bens de uso comum do povo sob administração dos Municípios (ruas, praças, logradouros públicos de qualquer espécie), quando utilizados por concessionárias de serviços públicos (de telecomunicações, águas, energia elétrica, gás), as instalações incidem sobre um bem público em benefício de todos os que se utilizam desses serviços. Todos se beneficiam e é o próprio bem público que atende a todos esses fins. Essas instalações, em princípio, não geram qualquer despesa, custo ou dano para as concessionárias de rodovias nem para o Município. E, se implicarem custos, aí sim haverá a reposição correspondente aos custos ou prejuízos causados.<sup>132</sup>

Sobre o fato das instalações de dutos no subsolo não gerarem qualquer despesa, custo ou dano ao Município, tratar-se-á mais adiante, quando for abordado a reparação por perdas e danos, o poder de polícia e a inexistência de prestação de serviço pelo Município que possibilite a cobrança de *taxa*.

Retornando à matéria em comento, há que se ter claro que os bens de domínio público (bens de uso comum do povo e bens de uso especial) possuem como qualidade, inerente à sua própria natureza, o atendimento de finalidades públicas, isto é, deve-se proporcionar à coletividade o máximo do que aquele bem possa oferecer. Pelo fato de se destinarem ao atendimento do interesse público, os bens de domínio público desempenham uma *função social*<sup>133</sup>.

Em relação à possibilidade de cobrança prevista no art. 103, do CC, esta não pode ser entendida de forma a permitir o uso remunerado quando o bem público é utilizado para fins de prestação de serviços públicos.

Deve-se distinguir o uso de bens públicos por particulares que usufruem para seu próprio benefício do bem, do uso de bens públicos por entidades públicas ou mesmo por entidades privadas que prestem serviços públicos por delegação do poder público.

---

<sup>132</sup>DI PIETRO, 2002, p. 351.

<sup>133</sup>DI PIETRO, 2002, p. 351.

É perfeitamente possível ao ente público cobrar do particular que utilize o bem público somente em seu benefício, ou seja, usufrui

de benefício maior que os demais membros da coletividade. Mesmo assim, em grandes quantidades de casos, o poder público cede gratuitamente o uso de bens públicos a particulares, por autorização, permissão ou mesmo concessão de uso.<sup>134</sup>

Desta forma, resta mais claro, ainda, que não se justifica a cobrança do uso do bem público, pois o serviço prestado beneficiará a toda a coletividade.

No caso dos bens de uso comum do povo, sob administração do Município, que estejam sendo utilizados para viabilizar a execução de serviço público, esta utilização se dará em benefício de todos os que usufruem desses serviços, não havendo justificativa para que incida a remuneração, que acaba por sobrecarregar toda a coletividade. Em princípio, essas instalações não geram qualquer despesa, custo ou dano para o Município, e, se implicarem custos, a concessionária deverá aí sim arcar com a devida reposição aos prejuízos causados.

DI PIETRO menciona, tratando de situação análoga, que:

[...] não é por outra razão que o Decreto Federal nº 84.398, de 16-10-80, que dispõe sobre a ocupação de faixas de domínio de rodovias e de terrenos de domínio público e a travessia de hidrovias, rodovias e ferrovias, por linhas de transmissão, subtransmissão e distribuição de energia elétrica, expressamente estabelece, em seu art. 2º, que “atendidas as exigências legais e regulamentares referentes aos respectivos projetos, as autorizações serão por prazo indeterminado e sem ônus para as concessionárias de serviços públicos de energia elétrica.”<sup>135</sup>

Apesar de o Decreto Federal desonerar apenas as concessionárias de energia elétrica, DI PIETRO entende ser possível o uso da analogia para aplicar a mesma norma às demais modalidades de serviços públicos, até por respeito ao princípio da isonomia, “com fundamento na regra de hermenêutica, segundo a qual ‘onde existe a mesma razão deve aplicar-se a mesma disposição legal’ (*ubi eadem est ratio, eadem est jus dispositio*).”<sup>136</sup>

---

<sup>134</sup> DI PIETRO, 2002, p. 351

<sup>135</sup> DI PIETRO, 2002, p. 352.

<sup>136</sup> DI PIETRO, 2002, p. 352.

Ao mesmo tempo em que se defende o uso da analogia para aplicação do Decreto Federal nº 84.398, até porque não existem outras leis específicas que vedem a cobrança de remuneração para prestação de outros serviços públicos, deve-se ter claro o respeito ao princípio da legalidade pela Administração Pública, que só pode fazer aquilo que a lei permite, isto é, só poderia cobrar pelo uso de bem público destinado à prestação de serviço público se existisse lei autorizando.

Além desse aspecto, DI PIETRO traz a aplicação do *princípio da modicidade das tarifas*, decorrente do princípio da razoabilidade previsto no art. 2º, *caput*<sup>137</sup>, da Lei 9.784/99 (que regula o processo administrativo no Âmbito da Administração Pública Federal).

O art. 6º, § 1º, da Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95), dispõe sobre o que é serviço adequado e elenca a *modicidade das tarifas* com um dos requisitos:

§ 1º - Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.  
(grifou-se)

Ora, é cristalino que o concessionário, ou delegatário, no caso da Companhia de Gás de Santa Catarina, deve cobrar pela distribuição de gás canalizado um preço módico, que não onere excessivamente a coletividade.

Mais uma vez não se justifica a remuneração pelo uso de bem público, pois impedirá o prestador de serviço público de respeitar o princípio da modicidade das tarifas<sup>138</sup>, requisito essencial para que o serviço público seja considerado adequado.

Retornando ao caso específico da cobrança realizada pelo Município de Criciúma, através da edição da Lei Municipal nº 4.273/01, DI PIETRO discorre sobre o caso do Município de São Paulo e a concessionária de telefonia TELESP, que se adéqua perfeitamente ao presente:

---

<sup>137</sup> Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

<sup>138</sup> Em que pese não ter sido abordado na presente monografia, vale como reflexão se atentar para a seguinte questão: qual é a repercussão do fato da prestadora de serviço público ser entre privado ou da administração indireta, no que tange à inexigibilidade de remuneração pelo uso de bem público? Pacífico que o ente privado se beneficiaria da não cobrança do uso do bem público, mas repassaria tal benefício para o usuário? Ou simplesmente auferiria maiores lucros com a não cobrança do bem público? Por outro lado, o ente da administração indireta é um *longa manus* do Estado e, portanto, eventuais prejuízos e benefícios seriam suportados pelo próprio Estado. Em tese, o ente da administração indireta respeitaria o princípio da modicidade das tarifas, desonerando, na medida do possível, o usuário do serviço público.

A falta de fundamento jurídico para a cobrança de remuneração pelos Municípios salta aos olhos quando se verifica que nem mesmo souberam enquadrá-la adequadamente entre os institutos jurídicos possíveis. Chamaram-na de *contribuição pecuniária*, dando a idéia de que se trata de *preço* instituído pelo simples uso do bem público. No entanto, uma vez que a instalação dos equipamentos não gera qualquer custo para o Município, certamente não se justifica o preço, que exigiria a devida contraprestação, no caso inexistente. O preço que, no caso seria *preço público*, somente seria viável se se estabelecesse uma relação contratual entre Telesp e Município, ou entre Telesp e concessionária de rodovia, o que não ocorre, tendo em vista que a instalação de equipamentos destinados à prestação de serviços públicos não depende da vontade dos referidos entes, por constituir exigência obrigatória imposta por lei às concessionárias de telefonia e outros serviços públicos.<sup>139</sup>

A instalação dos dutos no subsolo dos Municípios, não só em Criciúma/SC, é condição *sine qua non* para a distribuição do gás natural. Logo, pelo ensinamento de DI PIETRO, inviável o estabelecimento de relação contratual entre a sociedade de economia mista, SCGÁS, e o Município de Criciúma.

DI PIETRO aborda um último aspecto que levaria os Municípios a cobrarem pelo uso de bens público sob seu domínio, a crise financeira enfrentada pelo poder público em todos os níveis de governo. Na ânsia de obter recursos a qualquer custo, a municipalidade acaba por onerar excessivamente a coletividade indiretamente ou diretamente a concessionária/delegatária. Essa situação tornará “pouco atraentes os contratos de concessão, como já ocorreu no passado, quando o instituto teve que ser aos poucos abandonado.”<sup>140</sup>

Assim, DI PIETRO leciona sobre os desvios, de poder do Município, e da natureza da tarifa:

Essa ganância do poder público (por mais que sejam justificáveis seus objetivos para atender à situação de crise que enfrenta) caracteriza *desvio de poder*, já que não consentânea com o interesse público que deve ser tutelado pelo poder concedente nos contratos dessa natureza. Desvirtua a própria natureza da tarifa, já que nela se embutem valores que nada têm a ver com a retribuição pelo serviço prestado.<sup>141</sup>

---

<sup>139</sup> DI PIETRO, 2002, p. 354.

<sup>140</sup> DI PIETRO, 2002, p. 356.

<sup>141</sup> DI PIETRO, 2002, p. 356.

A coletividade, que se beneficia de determinado serviço público, pagará indiretamente aquela remuneração cobrada pelo Município, que deveria, como ente público que o é, visar o atendimento do interesse público, não onerando os munícipes desnecessariamente.

### **3.7. Taxa.**

Conforme já exposto no subtítulo 3.5.3.3 “*Utilização ou Uso Especial*” acima, a Lei Municipal de Criciúma nº 4.273/01 foi criada com base no revogado art. 68 do Código Civil de 1916 (art. 103, CC/02), sendo, em tese, uma retribuição pecuniária.

Todavia independentemente do nome que se dê, a cobrança proposta tem natureza de taxa, sem, entretanto, atender aos requisitos legais indispensáveis. Isto porque, pelo que preleciona HUGO DE BRITO MACHADO, a taxa é uma “prestação pecuniária compulsória, instituída em lei, que não constitua sanção de ato ilícito e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”<sup>142</sup>

Ademais, este tributo é entendido como *contraprestacional*, isto é, o contribuinte paga ao Estado pelo serviço que lhe presta, ou pela vantagem que lhe proporciona.<sup>143</sup>

#### **3.7.1. Taxa x Preço Público.**

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento sobre a diferença entre a taxa e o preço público, conforme a Súmula n.º 545:

“Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daquelas, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu.”<sup>144</sup>

Verifica-se que o traço marcante de distinção é a compulsoriedade e a facultatividade, presentes, respectivamente, na taxa e no preço público. Identifica-se a facultatividade e a compulsoriedade através de um critério jurídico formal, ou seja,

---

<sup>142</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. 2ª Edição, São Paulo: Atlas, 2007, p. 751.

<sup>143</sup> MACHADO, 2007, P. 752.

<sup>144</sup> STF, Súmula n.º 545.

é a norma jurídica produzida pelo Estado que definirá se o uso de determinado serviço é facultativo ou não ao usuário.

Por outro lado, caso a questionada remuneração não se trate de taxa, e sim de preço, deve-se analisar as principais características deste, conforme leciona ELIANA CALMON<sup>145</sup>:

- remunera serviços que não têm natureza de públicos;
- atividade monopolizada, sujeita-se ao preço público;
- pressupõe contratação; e
- serviços não essenciais, que admitem concessão.

Ora, nem como preço público a remuneração pelo uso de bem público se enquadra. Não há a prestação de serviço público de natureza comercial ou industrial, no presente caso, que ensejasse a cobrança como preço público.

Além disso, no tópico anterior foi comentado por DI PIETRO que a exigência de um preço público só seria viável se se estabelecesse uma relação contratual entre concessionária e Município. Tal fato não ocorre, pois a instalação do gasoduto não depende da vontade da concessionária, sendo exigência obrigatória imposta por lei. Percebe-se o caráter compulsório na relação, o que afasta qualquer possibilidade de cobrança de preço público.

Retornando a uma análise da combatida remuneração pelo viés tributário, encontra-se a seguinte posição na obra *Direito Tributário*, de PAULSEN, que prevê a inconstitucionalidade da cobrança de taxa sobre o uso de bem público:

Não há previsão constitucional para a instituição de taxa pelo uso de bem público. Aliás, quanto a estes, em se tratando de bens de uso comum, todos têm direito à sua autorização sem exclusão dos demais usuários e independentemente de pagamento.<sup>146</sup>

O Código Tributário Nacional, em seus artigos 77 e 78, assim prevê:

---

<sup>145</sup> CALMON, Eliana. *Taxas: artigos 77 a 80*. DE FREITAS, Vladimir Passos (coord.). *Código Tributário Nacional Comentado*. 3ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 443.

<sup>146</sup> PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 8ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 64.

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição. (Grifou-se)

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.

Assim sendo, para se caracterizar a possibilidade de uma possível reposição de custos ou prejuízos, é relevante que exista a necessidade do *poder de polícia* ou a *prestação de serviço do poder público*, e, no caso em análise, tais circunstâncias mostram-se desnecessárias e inexistentes pelas próprias características das instalações de canalização do gás natural no subsolo. Deste modo, tudo corrobora para a não conformidade da Lei Municipal nº 4.273, de 28 de dezembro de 2001, com os artigos 77 e 78, do Código Tributário Nacional.

Não bastasse o que foi acima exposto, por esse mesmo caminho segue AIRES F. BARRETO, na obra *Comentários ao Código Tributário Nacional*:

“Ora, o texto constitucional (art. 145, II) confere competência às esferas de governo para instituírem taxas com fundamento (a) no exercício regular do poder de polícia e (b) na utilização efetiva ou (c) potencial de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados aos contribuintes ou postos à sua disposição, seja isolada ou concomitantemente. Não o faz, todavia, quanto a uso de bem público. (...). De conseguinte, a exigência de taxa, tendo por suporte a utilização de bem público como, exemplificativamente, o são as praias, os rios, as vias e logradouros públicos etc., incorre, sem sombra de dúvida, em afronta ao Texto Supremo.”<sup>147</sup> (grifou-se)

Resta evidente a ilegalidade e inconstitucionalidade da referida cobrança, a qual não atende ao disposto no art. 145, inciso II<sup>148</sup>, da Constituição

---

<sup>147</sup> BARRETO, Aires F. Taxas: artigos 77 a 80. MARTINS, Ives Granda da Silva (coord.). *Comentários ao Código Tributário Nacional*: art. 1 a 95. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 551.

<sup>148</sup> Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:  
[...]

Federal, além de não possuir previsão legal infraconstitucional (ofensa aos artigos 77 e 78, do CTN) e sequer amparo doutrinário e jurisprudencial, conforme se verá adiante.

Trata-se de cobrança indevida mesmo à luz do Código Tributário Nacional e da Constituição Federal, .

Visto as classificações de bem público, as modalidades de utilização deste, a demonstração de que o uso bem comum do povo deve ser gratuito quando necessário à prestação de serviço público, além da constatação que eventual cobrança se mostra indevida até mesmo sob a égide do CTN e CF, passa-se ao último capítulo, onde se demonstrará: a inexistência do poder de polícia que ensejasse a cobrança de taxa; as vantagens do uso do gás natural, como defesa da sua essencialidade à coletividade; e uma análise jurisprudencial dos três tribunais estaduais do sul do País e do Superior Tribunal de Justiça.



#### 4. CAPÍTULO 4: REPARAÇÃO POR PERDAS E DANOS. O PODER DE POLÍCIA. AS VANTAGENS DO USO DO GÁS NATURAL E A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS ESTADUAIS DO SUL DO PAÍS E DO STJ

##### 4.1. *Reparação por perdas e danos.*

Apesar de se defender a inexigibilidade de remuneração pelo uso de bem público pelas concessionárias ou delegatárias de serviço público, não seria razoável que essas estivessem livres de reparar eventuais danos que a instalação de seus equipamentos causasse ao bem público.<sup>149</sup>

Não só o fator razoabilidade é levado em conta, mas também a aplicação do princípio geral do direito que impõe o dever de reparação a todas as pessoas que causarem danos a terceiros, princípio este esculpido no art. 159, do revogado Código Civil de 1916 (correspondente ao art. 186<sup>150</sup>, do CC/02) e art. 37, § 6º<sup>151</sup>, da CF.<sup>152</sup>

Pelo exposto, DI PIETRO conclui que:

O Poder Público Municipal não pode instituir cobrança pela utilização de áreas públicas que integram seu território para implantação, instalação e passagem dos equipamentos necessários à prestação de serviços de interesse coletivo (como o serviço público de telefonia [e distribuição de gás canalizado]). Somente é viável a instituição de taxa pelo exercício do poder de polícia, observados os princípios do art. 150 da Constituição Federal.<sup>153</sup>

Assim sendo, convém analisar se há o exercício do poder de polícia que permitisse a instituição de taxa, vista ao final do capítulo 3, ou, até mesmo, a prestação de serviço pelo poder público que ensejasse a cobrança de taxa.

<sup>149</sup> DI PIETRO, 2002, p. 357.

<sup>150</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

<sup>151</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

<sup>152</sup> DI PIETRO, 2002, p. 358.

<sup>153</sup> DI PIETRO, 2002, p. 364.

## 4.2. Poder de Polícia.

### 4.2.1. Conceito.

O Estado, mediante lei, condiciona, limita o exercício da liberdade e da propriedade dos administrados, a fim de compatibilizá-los com o bem-estar social.

CELSO ANTÔNIO comenta ser “necessário que o uso da *liberdade* e da *propriedade* esteja entrosado com a utilidade coletiva, de tal modo que não implique uma barreira capaz de obstar à realização dos objetivos públicos.”<sup>154</sup>

Ao identificar um sentido amplo e um sentido estrito do poder de polícia, CELSO ANTÔNIO o define como a “atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos.”<sup>155</sup> Pelo sentido amplo, há a abrangência de atos tanto do Executivo como do Legislativo, consistindo no “complexo de medidas do Estado que delinea a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos.”<sup>156</sup> Já o poder de polícia, em sentido estrito, relaciona-se às

intervenções quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais as autorizações, as licenças, as injunções), do Poder Executivo destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais. Esta acepção mais limitada responde à noção de polícia administrativa.<sup>157</sup>

Assim sendo, deve-se falar em *poder de polícia*, quando tomada em sentido amplo, e *polícia administrativa* quando em sentido estrito.

CELSO ANTÔNIO define polícia administrativa como:

a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (“*non facere*”) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.<sup>158</sup>

---

<sup>154</sup> MELLO, 2006, p. 784.

<sup>155</sup> MELLO, 2006, p. 788.

<sup>156</sup> MELLO, 2006, p. 788.

<sup>157</sup> MELLO, 2006, p. 788.

<sup>158</sup> MELLO, 2006, p. 803.

Logo acima, se comentou sobre quais seriam as possibilidades da instituição de taxa pelo uso de bem público, a prestação de um serviço pelo poder público e o poder de polícia. CELSO ANTÔNIO identifica o alcance direto ou indireto da utilidade coletiva, como forma de apartar o exercício do poder de polícia da prestação de serviço público.

No exercício do poder de polícia a utilidade pública é conseguida de modo indireto, no qual o Poder Público pretende uma abstenção do particular, ou seja, possui um sentido negativo. Já em relação ao serviço público, a obtenção daquela utilidade é direta e, por oposição ao poder de polícia, possui um sentido positivo.

Buscando também uma distinção entre serviço público e poder de polícia, JUSTEN FILHO se vale dos ensinamentos do autor francês DEBBASCH, que ensina:

Polícia administrativa e serviço público não podem, apesar disso, ser confundidos. Eles se diferenciam em suas finalidades: a ordem pública visada pela polícia é mais estreita que o interesse geral procurado pelo serviço público. Diferenciam-se em seus procedimentos: a polícia prescreve e não fornece prestações; estas são do domínio do serviço público. Opõem-se em seus efeitos: a medida de polícia limita as liberdades pública, a intervenção do serviço público tende a facilitar o exercício dos direitos e liberdades dos cidadãos.<sup>159</sup>

Pelas definições doutrinárias, é fácil identificar a inexistência do exercício do poder de polícia pelos Municípios no caso de utilização do subsolo para a instalação de dutos, condição essencial para a distribuição de gás natural. Em relação à *taxa*, chega-se à mesma conclusão, visto inexistir qualquer prestação de serviço público pelo Município.

Em que pese toda a fundamentação despendida no presente estudo monográfico, com o fito de defender a inexigibilidade de remuneração pelo uso de bem público por prestadora de serviço público, abalizada pelos mais importantes e respeitados publicistas e administrativista do País, convém trazer alguns aspectos do gás natural, que demonstram a essencialidade deste para a coletividade e corroboram aquela gratuidade.

---

<sup>159</sup> CHARLES DEBBASCH, *Droit Administratif*, 6ª Ed., Paris: Econômica, 2002, p. 447 apud. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 25.

### 4.3. Vantagens advindas do uso do gás natural.

A obra *Temas de Direito do Petróleo e do Gás Natural*, organizada por Paulo Valois, traz um artigo de autoria dos advogados SÉRGIO TOSTES e ANDRÉ TOSTES, *Gás Natural - Direito e Realidade*, que aborda um pouco sobre as vantagens e conseqüente estímulo do uso do gás natural.

Os advogados TOSTES trazem alguns dispositivos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro (1989) e a Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro (1990), que prevêm iniciativas públicas para estimular o uso do gás natural:

#### Constituição do Estado do Rio de Janeiro

Art. 261. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente saudável e equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida, impondo-se a todos, e em especial ao Poder Público, o dever de defendê-lo, zelar por sua recuperação e proteção, em benefício das gerações atuais e futuras.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

XVII – estimular a pesquisa, o desenvolvimento e a utilização de tecnologias poupadoras de energia, bem como de fontes energéticas alternativas que possibilitem, em particular nas indústrias e nos veículos, a redução das emissões poluentes.

#### Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro

Art. 461. Visando à defesa dos princípios a que se refere o artigo anterior, incumbe ao Poder Público:

[...]

VI – estimular a utilização de fontes energéticas alternativas não poluidoras, provenientes, de preferência, do Município ou do Estado e, em particular, do gás natural e do biogás para fins automotivos, e de equipamentos e sistemas de aprimoramento da energia solar e eólica.

Art. 463. São instrumentos, meios e obrigações de responsabilidade do Poder Público para preservar e controlar o meio ambiente:

[...]

III – estímulo à pesquisa, desenvolvimento e utilização de:

[...]

b) fontes energéticas alternativas, em particular do gás natural e do biogás para fins automotivos.<sup>160</sup>

---

<sup>160</sup> VALOIS, Paulo (organizador). *Temas de Direito do Petróleo e do Gás Natural*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002. TOSTES, Sérgio, TOSTES, André. *Gás Natural – Direito e Realidade*, p. 290.

Verifica-se a nítida preocupação com a preservação do meio ambiente através do incentivo ao uso das fontes energéticas alternativas, dentre elas, o gás natural.

Tais normas reconhecem as vantagens do uso do gás, quais sejam:

- fonte energética alternativa e abundante, sem risco próximo de escassez;
- baixo preço, em especial para uso em veículos (menor preço de venda ao consumidor relativamente à gasolina, e Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores – IPVA, com alíquota inferior em 75%, em relação aos demais);
- menor potencial poluidor, pela queima total, com reduzida emissão de poluentes na atmosfera.<sup>161</sup>

Sobre a importância do gás natural para a coletividade, HELY LOPES MEIRELLES afirma se tratar, em verdade, de verdadeiro serviço de utilidade pública:

"1.1.2.2. Serviços de utilidade pública: são os que a Administração, reconhecendo sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade) para os membros da coletividade, presta-os diretamente ou aquiesce em que sejam prestados por terceiros (concessionários, permissionários ou autorizatários) nas condições regulamentadas e sob seu controle, mas por conta e risco dos prestados, mediante remuneração dos usuários. São exemplos dessa modalidade, os serviços de transporte coletivo, energia elétrica, gás, telefone."<sup>162</sup>

Demonstrada as vantagens da utilização do gás natural, como combustível pouco poluente, abundante, de baixo preço, bem como o fato de que a distribuição de gás canalizado é serviço de utilidade pública, passa-se à jurisprudência dos três tribunais estaduais do sul do País, assim como do Superior Tribunal de Justiça.

#### **4.4. Jurisprudência dos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná e Superior Tribunal de Justiça.**

Realizada a pesquisa nas melhores doutrinas acerca dos conceitos de serviço público, bem público, assim como a conclusão de que o uso de bem público

---

<sup>161</sup> TOSTES, 2002, p. 291.

<sup>162</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 321-322.

na prestação de serviço público implica na inexigibilidade de sua cobrança pelo Município, é de fundamental importância para o presente estudo monográfico uma breve análise da jurisprudência dos tribunais estaduais dos três estados do sul, bem como a posição do Superior Tribunal de Justiça como pacificador da matéria.

#### **4.4.1. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.**

Infere-se do primeiro julgado o improvimento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 3.242/2002, proposta pelo Procurador – Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em face da Câmara Municipal de Igrejinha. Sustentou o Dr. Procurador-Geral de Justiça, em apertada síntese, que a cobrança, embora rotulada de “preço público” é verdadeira “taxa”, devido a sua compulsoriedade, sem que haja, contudo, o atendimento aos princípios constitucionais e infraconstitucionais. A Câmara Municipal pugnou que a cobrança é “preço público”, nos termos do art. 103, do Código Civil. Em que pese o voto do relator favorável ao provimento da ADIN, o Tribunal Pleno acompanhou o voto do redator do acórdão e julgou improcedente a ADIN, declarando, conseqüentemente, a constitucionalidade da lei municipal.

Do posicionamento favorável à cobrança, há tão somente o entendimento de que se trata de uso privativo de bem público, e assim passível da cobrança, mesmo quanto ao uso preexistente não-remunerado, pois não há direito adquirido à gratuidade por parte do particular beneficiário.

Com o julgamento da referida ADIN, constata-se o posicionamento majoritário no TJ/RS, no sentido de ser viável a cobrança pelo uso de bem público por prestadora de serviço público.

“ADIN. IGREJINHA. UTILIZAÇÃO DE BEM PÚBLICO. REMUNERAÇÃO. VIABILIDADE. Não exhibe defeito gerador de decreto de inconstitucionalidade lei que estabeleça a remunerabilidade de bens públicos, que estejam sendo utilizados, ainda que em parte, por particular. Há, inclusive, previsão legal no Código Civil (art. 103). Ação julgada improcedente.”<sup>163</sup>

---

<sup>163</sup> TJ/RS, ADIN nº 70006725022, de Igrejinha, Tribunal Pleno, Relator Vencido: Des. Vasco Della Giustina, Redator para Acórdão: Des. Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior, julgado e publicado no DJ em 01/03/2004.

Neste mesmo sentido seguem outras duas decisões abaixo do TJ/RS em relação a serviço público de telefonia e distribuição de energia elétrica. Confira-se:

“APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. UTILIZAÇÃO DE BEM PÚBLICO. REMUNERAÇÃO MENSAL. NATUREZA JURÍDICA. PREÇO PÚBLICO. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA LEI MUNICIPAL Nº 8.712/01. A Lei Municipal nº 8.712/01, que instituiu remuneração pelo uso de bem público municipal por concessionária de serviço público, não afronta norma constitucional no que atine à competência federal, posto que as exigências estabelecidas pela lei local visa ao cumprimento de regras básicas dos Municípios, inclusive no que se refere ao licenciamento pela utilização de espaço público municipal, e, por via reflexa, a devida contraprestação para isso, não havendo falar em limitação da prestação dos serviços de telecomunicações, já que o objetivo é promover a adequada ocupação do solo urbano, inexistindo qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade da referida remuneração. Hipótese em que a utilização do espaço público municipal decorre do interesse do impetrante e não de obrigação firmada com a agência reguladora (ANATEL), ainda mais quando as metas que deve atingir podem ser alcançadas por sistema tecnológico diverso, sem a utilização de áreas públicas. Considerando a opção pela utilização de sistema tecnológico com passagem de fiação pelo subsolo e/ou espaço aéreo, deve arcar com os custos de tal empreendimento, evidenciada a natureza jurídica de preço público, sem caráter tributário.

Apelo desprovido.”<sup>164</sup>

.....

“APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. BENS PÚBLICOS MUNICIPAIS. USO POR CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. REMUNERAÇÃO. LEGITIMIDADE DE COBRANÇA DE TARIFA.

É legítima a cobrança de remuneração - preço público - pelo uso de bem público, ainda que de uso comum do povo, quando há utilização privativa de porção, como é o caso da que realiza concessionária de distribuição de energia elétrica.

Autorizada a cobrança por lei, sequer a resistência quanto à forma e competência se faz presente.

APELAÇÃO PROVIDA POR MAIORIA.”<sup>165</sup>

Conforme se verá adiante, o TJ/RS é o único tribunal do sul com posicionamento favorável à cobrança de remuneração pelo uso de bem público das

---

<sup>164</sup> TJ/RS, Apel. Cível em MS nº 70008167884, de Porto Alegre, 2ª Câmara Cível, Relator Des. João Armando Bezerra Campos, julgado em 23/11/2005, publicado no DJ em 07/12/2005.

<sup>165</sup> TJ/RS, Apel. Cível e Reexame Necessário nº 7000679 8805, de Parobé, 2ª Câmara Cível, Relator Dês. Antônio Janyr Dall'Agnol Júnior, julgado e publicado no DJ em 10/03/2004.

prestadoras de serviço público. O fato talvez se deva ao já conhecido pioneirismo da corte gaúcha em relação aos demais tribunais do País.

#### **4.4.2. Tribunal de Justiça de Santa Catarina.**

Conseqüência lógica do que foi comentado acima, é a constatação de que os Tribunais de Justiça de Santa Catarina e Paraná possuem entendimento de que o delegatário/concessionário, prestador de serviço público, não deve ser onerado pela cobrança de remuneração pelo uso de bem público que seja necessário àquela prestação.

O primeiro julgado da corte catarinense é exatamente o caso paradigma que deu origem à realização da presente pesquisa monográfica. Veja-se:

“ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. OCUPAÇÃO DE SOLO URBANO. CANALIZAÇÃO DE GÁS NATURAL. COBRANÇA MUNICIPAL. ILEGALIDADE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA BEM PRONUNCIADA.

1. A cobrança, pelo MUNICÍPIO, de prestação pecuniária pela utilização do solo e subsolo para a passagem de gás natural não pode ser considerada como de natureza tributária, pois não há serviço algum do município nem o exercício do poder de polícia.  
 2. 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.  
 3. Não sendo taxa ou preço, temos a cobrança pela utilização das vias públicas, utilização esta que se reveste em favor da coletividade.  
 4. Recurso ordinário provido, segurança concedida" (RMS 12081/SE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 15.05.2001, DJ 10-09-2001 p. 366).  
 [...]”<sup>166</sup>

Neste mesmo sentido, decisão favorável a uma concessionária de telefonia fixa:

“APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE TELEFONIA FIXA. SERVIÇO DE UTILIDADE PÚBLICA. ESPAÇO PÚBLICO. RETRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA. INSTITUIÇÃO POR DECRETO MUNICIPAL. PREÇO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE PODER DE POLÍCIA OU SERVIÇO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE SERVIÇO COMERCIAL OU INDUSTRIAL. ILEGALIDADE. PRECEDENTES STJ.  
 "Ante a dicção legal de que é vedada a COBRANÇA de valores

---

<sup>166</sup> TJ/SC, Apel. Cível nº 2008.013313-8, de Criciúma, 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Vanderlei Romer, julgado em 12/06/2008.



quando da utilização pelas concessionárias de serviço público de energia elétrica, dos bens de domínio público, sendo as calçadas e ruas de uso do povo - comum, a cobrança de 'retribuição' pelo uso merece ser afastada. A nominada "retribuição pecuniária" não se encaixa no conceito de taxa ou preço, pois não há serviço prestado pelo MUNICÍPIO ou exercício do poder de polícia. Também, ao 'ceder' o espaço aéreo e o solo para instalação de postes e passagens de cabos transmissores de energia elétrica, não desenvolve atividade empresarial, seja de natureza comercial ou industrial." (Resp 694684/RS. Segunda Turma. Rel. Min. Castro Meira. Decisão de 12.02.06).<sup>167</sup>

Por fim, segue julgado referente à utilização de bem público por empresa privada distribuidora de sinais de TV a Cabo, que reflete, de forma antagônica, o entendimento da presente pesquisa monográfica, isto é, de que só é possível a cobrança pelo uso de bem público de ente que não preste serviço público:

**“TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO - CONTRAPRESTAÇÃO PELA UTILIZAÇÃO ECONÔMICA DE BENS PÚBLICOS - SOLO, SUBSOLO, ESPAÇO AÉREO E OBRAS DE ARTE - EMPRESA PRIVADA - SERVIÇO DE DISTRIBUIÇÃO DE SINAIS DE TV A CABO - EXIGÊNCIA DE NATUREZA ADMINISTRATIVA E NÃO TRIBUTÁRIA - PREÇO PÚBLICO - LEGALIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE AFASTADA - RECURSO DESPROVIDO**

1. A utilização econômica de bens públicos por particulares pode, e às vezes até deve, ser cobrada, excetuados os casos em que a exigência venha onerar ainda mais um serviço essencial - como ocorre, v.g., nos serviços de energia elétrica, telefonia, esgoto e distribuição de água. Nestes, seria cobrar de toda a coletividade um valor para a viabilização de um serviço endereçado a ela mesma. Naquele, apenas a empresa (diretamente) e seus clientes (indiretamente) suportariam o ônus como forma de contraprestação pela utilização de bens que pertencem a todos. A exigência por parte do Poder Público, neste caso, tem natureza administrativa e não tributária. Trata-se, portanto, de contraprestação que, segundo a sua finalidade, amolda-se ao conceito de preço público.

2. Prejudicado o *fumus boni iuris* resta inviabilizada a concessão de medida liminar em mandado de segurança.<sup>168</sup>

---

<sup>167</sup> TJ/SC, Apel. Cível em MS nº 2006.023838-4, de Porto Belo, 2ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Ricardo Roesler, julgado em 10/06/2008.

<sup>168</sup> TJ/SC, Ag. de Instrumento nº 2002.005573-0, da Capital, 6ª Câmara Civil, Rel. Des. Luiz César Medeiros, julgado em 09/12/2002.

Do acórdão, extrai-se trecho que ratifica a impossibilidade de cobrança de remuneração pelo uso bem público quando necessário à prestação de serviço público, tendo em vista o consenso de que é permitida a cobrança se o serviço não for essencial à coletividade:

“Nesse contexto é de se indagar: a disposição da NET dos espaços públicos pode ser considerada como uma utilização que se dirige ao atendimento de um serviço de utilidade pública? Apesar do caráter de utilidade pública imanente aos serviços de comunicação, a natureza de seus serviços não podem ser equiparados àqueles dos serviços de telefonia, energia elétrica ou de distribuição de água e coleta de esgoto.”<sup>169</sup>

#### **4.4.3. Tribunal de Justiça do Paraná.**

Caminhando nesta mesma direção, seguem três julgados do TJ/PR:

“TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. APELAÇÃO. REMUNERAÇÃO PELO USO DO SOLO. BEM PÚBLICO. ART. 103 DO CÓDIGO CIVIL. USO DE BEM PÚBLICO EM BENEFÍCIO DA SOCIEDADE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. COBRANÇA DE REMUNERAÇÃO PELA MUNICIPALIDADE. ILEGALIDADE. READEQUAÇÃO DA SUCUMBÊNCIA. 1. Nos termos do art. 2º, § 1º da Lei de Introdução ao Código Civil, "a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior", de sorte que sendo a Lei Municipal evidentemente compatível, mesmo regulamentando equivocadamente dispositivo, com o novo Código Civil não há que se falar em revogação. 2. A melhor interpretação do art. 103 do Código Civil revela que a opção, por parte da municipalidade, pela gratuidade ou imposição de retribuição pelo uso de bem público deve ocorrer inexoravelmente em vista do caso concreto, de maneira que a utilização do bem por concessionária de serviço público não pode ser onerada com a cobrança de remuneração pelo uso, considerando que se trata de prestação que vem em benefício de toda a sociedade. APELAÇÃO 1 PROVIDA. APELAÇÃO 2 DESPROVIDA.”<sup>170</sup>

“REMUNERAÇÃO PELO USO DO SOLO. BEM PÚBLICO. ART. 103 DO CÓDIGO CIVIL. USO DE BEM PÚBLICO EM BENEFÍCIO DA SOCIEDADE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. COBRANÇA DE REMUNERAÇÃO PELA MUNICIPALIDADE. ILEGALIDADE.

<sup>169</sup> TJ/SC, Ag. de Instrumento nº 2002.005573-0, da Capital, 6ª Câmara Civil, Rel. Des. Luiz César Medeiros, julgado em 09/12/2002.

<sup>170</sup> TJ/PR, Apel. Cível nº 0373483-8, de Curitiba, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Vilma Régia Ramos de Rezende, julgado em 19/06/2007.

RECURSO NÃO PROVIDO E MANTIDA A SENTENÇA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO.

A melhor interpretação do art. 103 do Código Civil revela que a opção, por parte da municipalidade, pela gratuidade ou imposição de retribuição pelo uso de bem público deve ocorrer inexoravelmente em vista do caso concreto, de maneira que a utilização do bem por concessionária de serviço público não pode ser onerada com a cobrança de remuneração pelo uso, considerando que se trata de prestação que vem em benefício de toda a sociedade.”<sup>171</sup>

.....

“APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DÍVIDA ATIVA NÃO TRIBUTÁRIA. RETRIBUIÇÃO MENSAL PELO USO DO SOLO E SUBSOLO MUNICIPAL. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. CC/1916, ART. 68 E LEI MUNICIPAL N.º 845/2001. SERVIÇO PÚBLICO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E REMOÇÃO DE ESGOTOS SANITÁRIOS. SERVIÇOS EXPLORADOS POR FORÇA DE CONTRATO DE CONCESSÃO CELEBRADO COM O MUNICÍPIO ANTES DO ADVENTO DA LEI MUNICIPAL AUTORIZADORA DA COBRANÇA PELO USO DOS BENS PÚBLICOS. SERVIÇO PÚBLICO DE CARÁTER ESSENCIAL. NECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO DOS BENS PÚBLICOS (DE USO COMUM) PARA A ADEQUADA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. INEXISTÊNCIA DE ATO NEGOCIAL ESPECÍFICO CELEBRADO ENTRE AS PARTES. INEXIGIBILIDADE DOS VALORES COBRADOS PELO MUNICÍPIO.

1. É indubitoso que o Município possui competência para legislar sobre a cobrança da retribuição pela utilização dos bens públicos, bem como que mencionada exigibilidade revela-se legítima, posto que embasada no art. 68 do CC/1916 (atual art. 103 do CC/2002) e na Lei Municipal n.º 845/2001.

2. Essa retribuição possui caráter não tributário e por esta razão, desprovida de compulsoriedade, exige a formalização de negócio jurídico entre as partes.

3. Todavia, levando-se em conta as particularidades do caso em exame, em especial a existência de anterior contrato de concessão e a essencialidade do serviço público, a retribuição exigida se revela descabida.

Recurso provido.”<sup>172</sup>

Importante extrair um trecho do último acórdão:

“Não se pode conceber que atenda ao interesse público a imposição de que uma Concessionária de Serviços Públicos arque com um valor cobrado a título de 'preço público' pelo uso e ocupação do subsolo, do solo ou mesmo do espaço aéreo dos Municípios para a instalação de redes subterrâneas e aéreas. Muito menos, se pode conceber como obsequiosa ao interesse público a transferências desses valores às tarifas cobradas aos consumidores.

<sup>171</sup> TJ/PR, Apel. Cível e Reexame Necessário n.º 0437152 -4, de Curitiba, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Dimas Ortencio de Mello, julgado em 15/01/2008.

<sup>172</sup> TJ/PR, Apel. Cível n.º 0381635-7, de Curitiba, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Ruy Cunha Sobrinho, julgado em 23/01/2007.

Se o interesse da coletividade supramunicipal deve prevalecer ao interesse dos Municípios, não há fundamento jurídico a legitimar a cobrança desse 'preço público' pelo uso e ocupação do espaço aéreo, do solo e do subsolo dos Municípios para a instalação de redes aéreas, superficiais ou subterrâneas.<sup>173</sup>

Por fim, ainda que exista divergência entre os tribunais estaduais do sul do país, a matéria é pacificada no Superior Tribunal de Justiça, inclusive há julgado oriundo do estado do Rio Grande do Sul, divergente em relação aos dois outros estados.

#### **4.4.4. Superior Tribunal de Justiça.**

Vejam-se três julgados que refletem o entendimento pacífico do STJ:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. EXPLORAÇÃO DO SERVIÇO TELEFÔNICO. PREÇO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA. INSTITUIÇÃO POR DECRETO MUNICIPAL. AUSÊNCIA DE PODER DE POLÍCIA OU SERVIÇO PÚBLICO. PREÇO PÚBLICO. USO DE BEM PÚBLICO. CONCESSÃO. INEXISTÊNCIA DE SERVIÇO COMERCIAL OU INDUSTRIAL. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. A intitulada "taxa", cobrada pelo uso de vias públicas, inclusive, solo, subsolo e espaço aéreo, para a instalação de equipamentos que permitem a prestação dos serviços de telecomunicações, não pode ser considerada como de natureza tributária porque não há serviço algum do Município, nem o exercício do poder de polícia, além do fato de que somente 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. Precedentes da Corte: REsp 802.428/SP, DJ 25.05.2006; REsp 694.684/RS, DJ 13.03.2006; RMS 12.258/SE, DJ 05.08.2002; RMS 11.910/SE, DJ 03.06.2002; RMS 12081/SE, DJ 10.09.2001.

2. Mandado de segurança preventivo, com pedido de liminar, impetrado por concessionária de serviço público de telefonia fixa, contra ato de Secretário da Fazenda Municipal, consubstanciado na cobrança de retribuição pecuniária mensal, instituída pela Lei Municipal nº 1964/01, editada em 31.12.2001, pelo uso de vias públicas, inclusive, solo, subsolo e espaço aéreo, para a instalação de equipamentos que permitam o cumprimento da prestação dos serviços de telecomunicações.

3. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um,

---

<sup>173</sup> TJ/PR, Apel. Cível nº 0381635-7, de Curitiba, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Ruy Cunha Sobrinho, julgado em 23/01/2007.

os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

4. Recurso especial provido.”<sup>174</sup>

.....

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. OCUPAÇÃO DE SOLO URBANO. TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. COBRANÇA MUNICIPAL. ILEGALIDADE. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA.

I - O Tribunal a quo ao apreciar a demanda manifestou-se sobre todas as questões pertinentes à litis contestatio, fundamentando seu proceder de acordo com os fatos apresentados e com a interpretação dos regramentos legais que entendeu aplicáveis, demonstrando as razões de seu convencimento, não havendo, pois, como taxar o acórdão recorrido de omissão.

II - Quanto à matéria de fundo, cobrança estipulada pelo Município via Decreto Municipal denominada "retribuição pecuniária" pelo uso de bens públicos (solo, subsolo e espaço aéreo) por particular (empresa distribuidora de energia elétrica), verifica-se que o acórdão recorrido dirimiu a contenda em consonância com o posicionamento desta Corte Superior ao apreciar caso idêntico – o RMS nº 12.081/SE, Rel. Min. ELIANA CALMON (DJ de 10/09/2001).

III - Não há como vislumbrar a cobrança em tela seja como taxa seja como preço público, como pretendido pelo Município recorrente, já que não se cuida de serviço público de natureza comercial ou industrial. Ao revés, trata-se de utilização das vias públicas para a prestação de serviço em benefício da coletividade, qual seja, o fornecimento e a distribuição de energia elétrica, donde exsurge a ilegalidade da cobrança ora discutida.

IV - Recurso especial DESPROVIDO.”<sup>175</sup>

.....

ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO - TAXA DE LICENÇA PARA PUBLICIDADE E PELA EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE EM LOGRADOUROS PÚBLICOS.

1. 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.

2. 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.

3. Não sendo taxa ou preço, temos a cobrança pela utilização das vias públicas, utilização esta que se reveste em favor da coletividade.

4. Recurso ordinário provido, segurança concedida.<sup>176</sup> (grifou-se)

<sup>174</sup> STJ, REsp. nº 881937/RS, 1ª Turma, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25/03/2008 e publicado no DJe em 14/04/2008.

<sup>175</sup> STJ, REsp. nº 802428/SP, 1ª Turma, Rel. Ministro Francisco Falcão, julgado em 02/05/2006 e publicado no DJ em 25/05/2006.

<sup>176</sup> STJ, RMS nº 12081/SE, 2ª Turma, Rel. Ministra Eliana Calmon, j. em 15.05.01, publicado no DJU em 10.09.01, p. 366.

Assim sendo, devidamente colacionados os julgados do TJ/RS, TJ/SC, TJ/PR e STJ, constata-se o que posicionamento dominante dos tribunais estaduais do sul se coaduna ao defendido no presente estudo monográfico. Ademais, ainda que exista a divergência do tribunal gaúcho, a matéria se encontra sedimentada perante o Superior Tribunal de Justiça.

Diante do exposto, pode-se afirmar que inexistente poder de polícia ou até mesmo prestação de serviço público por parte do Município que permitisse a instituição de taxa, além de se verificar a importância do gás natural para coletividade, se constituindo em bem essencial e de interesse público. Ademais, constata-se que o objeto da presente pesquisa monográfica se encontra pacificado perante o Superior Tribunal de Justiça.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após finalizar o estudo, verificou-se que a inexigibilidade de remuneração pelo uso de bem público passa, fundamentalmente, pela condição de que o bem seja necessário à prestação de serviço público.

Assim, a essencialidade de determinado serviço para a coletividade e o simples fato de ser enquadrado como serviço público por previsão constitucional, são aspectos suficientes para defini-lo, completando sua feição material e formal.

No que tange à essencialidade, constatou-se a importância do gás natural para a coletividade. No trágico episódio das enchentes que assolaram parte do litoral norte catarinense e vale do Itajaí no mês de novembro de 2008, dentre as várias repercussões do caos, destacou-se o rompimento de um duto de gás natural no Município de Gaspar e a conseqüente suspensão do fornecimento de gás natural para o estado do Rio Grande do Sul e parte de Santa Catarina, o que prejudicou principalmente a indústria cerâmica e os consumidores do GNV, acarretando além de prejuízos imensuráveis para as empresas, um elevado prejuízo a economia catarinense. Do evento, verificou-se o quão imprescindível tornou-se este serviço e as grandes dificuldades causadas aos seus usuários. Flagrante o interesse público presente e a já grande dependência desta fonte energética.

É imprescindível constatar que a sociedade já enfrenta uma problemática bastante complexa em relação ao superaquecimento global, assim não se deve onerar ainda mais a distribuição de uma fonte energética abundante, barata e pouco poluente.

Compreendeu-se que um dos pressupostos básicos do Estado moderno intervencionista é o atendimento do interesse público. Os bens de domínio público não fogem desse pressuposto, nos quais se identifica, ainda, uma função social. Assim sendo, é cristalino que eventual cobrança deve ser afastada, pois onerará ainda mais a coletividade, que usufrui do serviço público.

De tal modo que, a municipalidade deve visar os anseios da população, não podendo se valer do argumento de eventual crise financeira que desse azo a obter recursos a qualquer custo, o que acaba por transferir o ônus para a coletividade.

Visto o aspecto do atendimento do interesse público, como condição para a gratuidade pelo uso de bem público por prestadora de serviço público, tão debatido na pesquisa, ainda sobressaem duas hipóteses que vedam a cobrança pela utilização de bem público no caso paradigma.

Conjecturou-se inicialmente a inexistência de taxa de uso no ordenamento jurídico pátrio. Constata-se que o Município não exerce o poder de polícia e, tão pouco, presta qualquer serviço público ou vantagem ao usuário.

A segunda proposição foi a cobrança de um preço público, comumente empregado pelas concedentes de uso do bem público. Todavia, a compulsoriedade, ínsita naquela utilização, acaba por afastar esse instituto, além de inexistir a prestação de serviço público de natureza comercial ou industrial pela concedente.

Pelo que se expôs ao longo do trabalho, defende-se que, quando o bem público for condição *sine qua non* para a prestação de um serviço público, independentemente se o prestador for ente público ou não, a gratuidade pelo uso se deve impor.

Teve-se claro que a cobrança de taxa ou preço público, ainda que sejam viáveis juridicamente, como o é o preço público e demonstrado pela jurisprudência dos nossos tribunais, necessita ser afastada pela função social do bem público e pelo respeito aos interesses da coletividade, já que a prestação do serviço público vem em benefício de toda a sociedade.

Diante de toda argumentação exposta e fundamentada, infere-se que é ululante que a sociedade não deverá sofrer mais um ônus imposto pelo Poder Público, que já a sobrecarrega excessivamente através da alta carga tributária incidente no Estado brasileiro.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, Aires F. *Taxas: artigos 77 a 80*. MARTINS, Ives Granda da Silva (coord.). *Comentários ao Código Tributário Nacional: art. 1 a 95*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1998.

CALMON, Eliana. *Taxas: artigos 77 a 80*. DE FREITAS, Vladimir Passos (coord.). *Código Tributário Nacional Comentado*. 3ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 10ª Edição, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias na Administração Pública*. 4ª Edição, São Paulo: Atlas, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. 2ª Edição, São Paulo: Atlas, 2007, vol. I.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MUKAI, Toshio. *O Direito Administrativo e os Regimes Jurídicos das Empresas Estatais*. 2ª edição, Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 8ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. I.

VALOIS, Paulo (organizador). *Temas de Direito do Petróleo e do Gás Natural*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002. TOSTES, Sérgio, TOSTES, André. *Gás Natural – Direito e Realidade*.

\_\_\_\_\_. STJ. Recurso Especial nº. 881937. Rio Grande do Sul, Rel. Exmo. Sr. Ministro Luiz Fux, julgado em 25 mar. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 13 nov. 2008.

\_\_\_\_\_. STJ. Recurso Especial nº. 802428. São Paulo, Rel. Exmo. Sr. Ministro Francisco Falcão, julgado em 02 mai. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 13 nov. 2008.

\_\_\_\_\_. STJ. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº. 12081. Sergipe, Rel. Exma. Sra. Ministra Eliana Calmon, julgado em 15 mai. 2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 13 nov. 2008.

\_\_\_\_\_. TJPR. Apelação Cível nº. 0373483-8. Curitiba, Rel. Des. Vilma Régia Ramos de Rezende, julgado em 19 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/proto/consultajurisprudencia.asp>>. Acesso em: 06 nov. 2008.

\_\_\_\_\_. TJPR. Apelação e Reexame Necessário nº. 04373152-4. Curitiba, Rel. Des. Dimas Ortencio de Mello, julgado em 15 jan. 2008. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/proto/consultajurisprudencia.asp>>. Acesso em: 06 nov. 2008.

\_\_\_\_\_. TJPR. Apelação Cível nº. 0381635-7. Curitiba, Rel. Des. Ruy Cunha Sobrinho, julgado em 23 jan. 2007. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/proto/consultajurisprudencia.asp>>. Acesso em: 06 nov. 2008.

\_\_\_\_\_. TJRS. ADIN nº. 70006725022. Igrejinha, Rel. Des. Vasco Della Giustina, julgado em 01 mar. 2004. Disponível em: <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 09 nov. 2008.

\_\_\_\_\_. TJRS. Apelação Cível em Mandado de Segurança nº. 70008167884. Porto Alegre, Rel. Des. João Armando Bezerra Campos, julgado em 23 nov. 2005. Disponível em: <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 09 nov. 2008.

\_\_\_\_\_. TJRS. Apelação Cível e Reexame Necessário nº. 70006798805. Parobé, Rel. Des. Antônio Janyr Dall'Agnol Júnior, julgado em 10 mar. 2004. Disponível em: <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 09 nov. 2008.

\_\_\_\_\_. TJSC. Apelação Cível nº. 2008.013313-8. Criciúma, Rel. Des. Vanderlei Romer, julgado em 12 jun. 2008. Disponível em: <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 08 nov. 2008.

\_\_\_\_\_. TJSC. Apelação Cível em Mandado de Segurança nº. 2006.023838-4. Porto Belo, Rel. Des. Ricardo Roesler, julgado em 10 jun. 2008. Disponível em: <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 08 nov. 2008.

\_\_\_\_\_. TJSC. Agravo de Instrumento nº. 2002.005573-0. Capital, Rel. Des. Luiz Cezar Medeiros, julgado em 09 dez. 2002. Disponível em: <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 08 nov. 2008.