

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 921.956 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
AGTE.(S) : **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**
AGDO.(A/S) : **TELCOMP - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES COMPETITIVAS**
ADV.(A/S) : **ANGELA PAES DE BARROS DI FRANCO**

DECISÃO:

Trata-se de agravo interno contra decisão monocrática que negou seguimento a recurso extraordinário, por entender que a controvérsia é de índole infraconstitucional.

A parte recorrente sustenta que houve violação aos arts. 2º, 18 e 30, I e VII, da Constituição Federal. Defende que o acórdão do Tribunal de origem ofendeu os princípios da autonomia municipal e da separação de Poderes.

Reconsidero a decisão recorrida.

Passo à análise do recurso.

Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, assim ementado:

“Recurso *ex officio* e Apelação Cível. Mandado de Segurança coletivo. Pretensão da impetrante – entidade representativa de exploradoras de serviço de telecomunicações – de afastar a cobrança de preço público instituído pelo Decreto Municipal nº 40.532/2001, que tem por fundamento a utilização de vias públicas, inclusive o espaço aéreo e subsolo. Segurança parcialmente concedida na origem. Exação combatida que não ostenta característica de preço público – como, aliás, é intitulada – nem de taxa.

ARE 921956 AGR / SP

Natureza administrativa afastada, em razão de inexistir atividade de natureza comercial ou industrial a ensejar a pretendida remuneração. Natureza tributária, por seu turno, que não subsiste, eis que ausente a prestação de um serviço de fiscalização decorrente do exercício do poder de polícia municipal. Exação que, por conseguinte, se aproxima de um simples aluguel pela utilização de bem público de uso coletivo, o que não se admite da relevância do serviço prestado (telecomunicações). Ilegitimidade da exação.

Entendimento pacífico perante o Superior Tribunal de Justiça. Precedentes deste Tribunal. Efeitos da segurança que obstem toda e qualquer cobrança de ‘preço’ combatido. Recurso da impetrante provido e recursos oficial e voluntário da Municipalidade não providos.”

O recurso não deve ser provido, uma vez que o acórdão do Tribunal de origem está alinhado com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A questão discutida no presente processo diz respeito à possibilidade, ou não, de cobrança instituída pelo Decreto Municipal nº 40.532/2001, que tem por fundamento o uso de vias públicas, inclusive o espaço aéreo e subsolo, pelas concessionárias que prestam serviço de telecomunicações no Município de São Paulo.

O Tribunal de Justiça de São Paulo considerou indevida a exação, por entender que *“não se trata nem de tributo, nem de preço, está-se diante de um simples aluguel pelo uso de bem público de uso coletivo, o que não se admite diante da relevância do serviço prestado (telecomunicações)”*.

Esta Corte, ao julgar o mérito do RE 581.947-RG, da relatoria do Ministro Eros Grau, com repercussão geral reconhecida, enfrentou discussão semelhante e assentou que não caberia indenização pelo uso de bem público comum, a menos que haja extinção de direitos. Veja-se a ementa do julgado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RETRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA. COBRANÇA. TAXA DE USO E OCUPAÇÃO

ARE 921956 AGR / SP

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

1. Às empresas prestadoras de serviço público incumbe o dever-poder de prestar o serviço público. Para tanto a elas é atribuído, pelo poder concedente, o também dever-poder de usar o domínio público necessário à execução do serviço, bem como de promover desapropriações e constituir servidões de áreas por ele, poder concedente, declaradas de utilidade pública.

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

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

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

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

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

ARE 921956 AGR / SP

A tese foi restringida, mas não modificada, para fins de repercussão geral, em sede de embargos de declaração. Com efeito, o Ministro Luiz Fux, Relator do acórdão dos embargos, acolheu a pretensão do embargante e reconheceu que *“tem pleno cabimento a tese da delimitação estreita do tema nos exatos termos pretendidos pelo Recorrente, tendo em vista que a referida adstrição foi feita na decisão que reconheceu a existência de repercussão geral, o que deslegitima uma apreciação mais vasta que compreenda a análise da possibilidade, ou não, de se cobrar qualquer tipo de receita pela utilização de áreas públicas”*. O acórdão dos embargos ficou assim ementado:

“1) Embargos de Declaração. Repercussão Geral. Cobrança de taxa pelo uso de bens municipais. Delimitação da controvérsia jurídica.

2) *In casu*, todo o litígio travado nos autos gravitou em torno da lei do município de Ji-Paraná que instituiu a cobrança de taxa pelo uso do solo e subsolo.

3) Embargos de Declaração conhecidos e providos, sem efeitos infringentes, para esclarecer que o *decisum* dispõe sobre a impossibilidade de cobrança de taxa, espécie de tributo, pelos municípios em razão do uso do espaço público municipal.”

Embora o Plenário tenha restringido o entendimento à impossibilidade de cobrança de taxa, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça possuem jurisprudência que ampliam a impossibilidade de cobrança indenizatória ou de preço público. Como destacado no voto proferido pelo Ministro Luiz Fux no julgamento dos embargos declaratórios no RE 581.947, *“É cediço que, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, já houve consolidação do entendimento no sentido da vedação da cobrança de taxa ou mesmo de preço público (tarifa) pelo uso de espaços públicos municipais pelas concessionárias prestadoras de serviços públicos. Veda-se não só a taxa, mas também a cobrança por meio de preço público”*.

ARE 921956 AGR / SP

Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à cobrança de indenizações das concessionárias pelas instalações de equipamentos para a prestação de serviços públicos, quando da exploração não resulte extinção de direitos. A lógica por trás desse entendimento é que, em que pese o bem de domínio municipal estivesse sendo utilizado pela concessionária, estaria afetado a um serviço público, atuando a concessionária como verdadeiro agente estatal, razão pela qual não é cabível exação. Nesse sentido, cito o RE 494.163-AgR, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. COBRANÇA DE RETRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA PELA INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS NECESSÁRIOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. BEM PÚBLICO DE USO COMUM DO POVO. INCONSTITUCIONALIDADE DECORRENTE DA VIOLAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO (ART. 22, IV, DA CF/88). PRECEDENTE DO PLENÁRIO: RE 581.947/RO.

1. O PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO RE 581.947/RO, REL. MIN. EROS GRAU, DJE 27.08.2010, FIRMOU O ENTENDIMENTO DE QUE O MUNICÍPIO NÃO PODE COBRAR INDENIZAÇÃO DAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO EM RAZÃO DA INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS NECESSÁRIOS À PRESTAÇÃO DO SERVIÇO EM FAIXAS DE DOMÍNIO PÚBLICO DE VIAS PÚBLICAS (BENS PÚBLICOS DE USO COMUM DO POVO), A NÃO SER QUE A REFERIDA INSTALAÇÃO RESULTE EM EXTINÇÃO DE DIREITOS.

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

3. Agravo regimental a que se nega provimento.”

Nessa linha: AI 861.088, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia; e RE 943.141, Rel.^a

ARE 921956 AGR / SP

Min.^a Rosa Weber.

Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido. Veja-se trecho conclusivo da referida decisão: *“as vias públicas, bem comum do povo, não podem ser negociadas pela sua utilização, quando a mesma se dirige ao atendimento de um serviço de utilidade pública”*.

Em conclusão ao que foi dito, não vislumbro ofensa à separação dos Poderes e à autonomia municipal no caso em análise. Isso porque cabe ao Poder Judiciário analisar a compatibilidade de atos administrativos e legislativos à luz da Constituição. No caso, a cobrança realizada pelo Município, que atinge as empresas de telecomunicações, prestadoras de serviço público essencial, ofende o regime jurídico das concessões, com previsão no art. 175 da Constituição, e na Lei nº 8.987/1995. É papel próprio do Poder Judiciário, portanto, coibir medidas abusivas, ilegais e inconstitucionais.

Diante do exposto, reconsidero a decisão agravada e, com base no art. 21, § 1º, do RI/STF, nego seguimento ao recurso. Julgo prejudicado o agravo interno.

Publique-se.

Brasília, 24 de outubro de 2017.

Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO

Relator