

EXMO. SR. PRESIDENTE:

PL 090/2013

Trata-se de projeto de lei ordinária que “Dispõe sobre o uso de vias públicas, espaço aéreo e do subsolo para implantação e passagem de equipamentos urbanos destinados à prestação de serviços e infraestrutura por entidades de direito público e privado, e dá outras providências”, de autoria do nobre Vereador José Francisco Martinez.

O Art. 1º do projeto refere que o “Município de Sorocaba poderá conceder o uso das vias públicas – inclusive do espaço aéreo e do subsolo – e também das obras de arte de domínio municipal, para implantação, instalação e passagem de equipamentos urbanos destinados à prestação de serviços de infra-estrutura por entidades de direito público ou privado, obedecidas...”; os Arts. 2º a 16 enunciam os procedimentos administrativos visando à permissão; especificamente o Art. 5º e §§ 1º a 5º do projeto estabelecem que “A permissão de uso para a utilização das vias públicas, na forma descrita no art. 1º desta Lei, será, em regra, outorgada a título oneroso, representado por preço público, que abrangerá todas as entidades que delas fizerem uso, sejam públicas ou privadas”; sendo que “O valor mensal da contribuição pecuniária correspondente ao uso do bem descrito no art. 1º desta Lei, será fixado no Decreto que outorgar a permissão de uso ou no respectivo Termo de Compromisso e Responsabilidade, e terá com base a seguinte fórmula: (...)”

Trata-se de projeto de lei que regula a exigência de contraprestação pecuniária por concessionária de serviço público, ao Município, em razão da utilização de bens públicos de uso comum - vias, subsolo e espaço aéreo.

A matéria concerne às diretrizes gerais de política urbana, especificamente com respeito à forma do uso e ocupação do solo, subsolo, e espaço aéreo públicos do Município.

Em geral, conceitua-se o solo: o chão, o terreno, a superfície onde são feitas as edificações e as plantações; o subsolo: a parte do terreno que se encontra abaixo da superfície; o espaço aéreo: é o que cobre a superfície.

Das competências enumeradas no Art. 30, da Carta da República, extrai-se do inciso VIII, que ao Município compete “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da *ocupação do solo urbano*”.

Para o cumprimento dessa competência constitucional pelo Município, estabelece a Constituição Federal, no seu Art. 182 e § 1º, o que segue:

“Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público Municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.”

Ao seu turno, a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, que regulamentou os Arts. 182 e 183 da CF, logo no seu Art. 1º, Par. único, refere que a Lei denominada Estatuto da Cidade “estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental”.

Segundo o Art. 2º da mesma Lei, “A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: (...) VI – *ordenação e controle do uso do solo*, de forma a evitar: (...) c) o parcelamento do solo, a edificação ou o *uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana*;”

Com referência aos instrumentos da política urbana, conforme diz a mencionada Lei, no seu Art. 4º, se inserem: (...) III – *planejamento municipal*, em especial: a) *plano diretor*; b) *disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo*; (...) § 1º Os instrumentos mencionados neste artigo regem-se pela legislação que lhes é própria, observado o disposto nesta Lei; (...) § 3º Os instrumentos previstos neste artigo que demandam dispêndio de recursos por parte do Poder Público municipal devem ser objeto de controle social, garantida a participação de comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil.”

Conforme ensinamentos de PETRÔNIO BRAZ a respeito da política urbana municipal, observa-se que: “A política urbana, vista como responsabilidade inter-governamental, envolve problemas complexos, destacando-se o zoneamento urbano, a urbanização, o trânsito, o transporte coletivo, a problemática habitacional, o abastecimento de alimentos, de energia elétrica, de água e de combustíveis, o saneamento básico, a assistência social e médico-hospitalar-odontológica, a educação e a cultura, a assistência religiosa, o esporte e o lazer, o policiamento, a comunicação, a limpeza pública, com coleta, tratamento de lixo e, principalmente, a preservação do meio ambiente”.¹

A Administração Pública orienta-se pelos princípios do planejamento, coordenação, descentralização, controle, continuidade administrativa, efetividade e modernização, de acordo com o autor acima.

Desse modo, cabe ao sr. Prefeito o planejamento das atividades do Governo Municipal, mediante a utilização dos instrumentos de política urbana constantes do Estatuto da Cidade: plano diretor, plano de governo, lei de diretrizes orçamentárias, orçamento anual, e plano plurianual, e dentro do planejamento global destaca-se o *planejamento urbano*, de acordo com o Art. 61, II, da Lei Orgânica do Município.

Demais disso, é da competência exclusiva do sr. Prefeito a *administração dos bens municipais*, como os logradouros públicos, consoante dispõe o art. 108 da Lei Orgânica do Município, o que compreende a faculdade de disciplinar a utilização de tais bens segundo sua natureza e destinação, guardando-os e melhorando-os, no interesse municipal, além de dispor sobre o uso remunerado do patrimônio municipal, bem como

¹ TRATADO DE DIREITO MUNICIPAL, Editora Mundo Jurídico, Direito Administrativo e Municipal, Vol. 1, 3ª. edição, ano 2009, pág. 599.

a fórmula de fixação de retribuição pecuniária devida pela exploração comercial dos bens públicos, consoante dispõe o art. 108, cc. art. 113, § 3º, da Lei Orgânica do Município.

Sobre o assunto, constata-se a existência de regulações de uso remunerado de bens públicos, efetuadas pelos Municípios do Rio de Janeiro, de São Paulo e de Porto Alegre (“concessão de uso, remunerado”), por decreto, que “autorizaram a cobrança de preço público, porque de origem contratual, pela ocupação de vias públicas, seja sob forma de “Concessão Acessório de Uso”, seja por “Permissão de uso oneroso de áreas públicas”, sobre as quais pendem, em alguns casos, contestações judiciais. Caberá, no entanto, ao administrador municipal efetuar suas opções, dentro da discricionariedade que lhe é ínsita, conquanto que balizada pela Constituição e as leis, opção esta que, obviamente, foge à competência do Tribunal de Contas” (extraído do parecer do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul sobre a matéria, in BDM nº 11/05, págs. 856/ 857).

A respeito dos bens públicos, estabelece o Código Civil o seguinte:

“Art. 99. São bens públicos:

I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

(...)

Art. 103. O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou **retribuído**, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem.”

Já a Lei Orgânica do Município, a respeito do tema, reza que:

“Art. 113. O uso de bens municipais por terceiros poderá ser feito mediante concessão, **permissão** ou autorização, conforme o caso e o interesse público exigir.

§ 1º (...)

§ 3º A permissão, que poderá incidir sobre qualquer bem público, será feita a título precário, por decreto.”

Com base no permissivo legal (*Lei Orgânica do Município*), o sr. Prefeito Municipal editou o Decreto nº 18.109, de 25 de fevereiro de 2010, que “Dispõe sobre a regulamentação das permissões de uso precárias e onerosas do subsolo de domínio público por empresas prestadoras de serviços públicos e dá outras providências”, cujo Art. 1º estabeleceu que:

“Art. 1º As permissões de uso de que trata este Decreto, têm caráter precário, oneroso e não exclusivo, podendo ser outorgadas às concessionárias, permissionárias ou autorizatárias de serviços públicos, visando a implantação de redes subterrâneas de distribuição de serviços de telefonia, energia elétrica, gás natural, entre outros, às expensas do interessado, desde que presente o interesse público e cumpridas as exigências previstas neste diploma legal.”

Da leitura do Decreto referido não se vislumbra qualquer dispositivo que aluda à fixação de preço pela utilização do espaço público pelas concessionárias/permissionárias/autorizatárias, limitando-se o ato normativo a dispor sobre a forma de utilização do bem público onde estão instalados os cabos e

equipamentos, etc., das concessionárias, permissionárias ou autorizadas de serviço público, visando a *conservação patrimonial*.

Ademais, o decreto regulamentador enuncia, no Art. 3º, a competência da SEOBE, ou outra que vier a substituí-la, atribuindo as ações de acompanhamento, vistoria e demais providências no que se refere às obras nos bens públicos em questão, além de estabelecer os procedimentos, direitos e deveres das beneficiárias na utilização compartilhada ou não do espaço público, além de outros preceitos de ordem administrativa.

De acordo com as lições da professora FERNANDA MARINELA, “A gestão dos bens públicos compreende o poder de administrar esses bens, determinar sua utilização conforme sua natureza e destinação, além das obrigações de guarda, conservação e aprimoramento. O dever de guarda consiste na vigilância constante com o intuito de garantir sua integridade e finalidade; na conservação há o dever de cuidado quanto às características, e no aprimoramento, as providências de aperfeiçoamento e valorização (...) Contidos nesse amplo dever de gestão estão os cuidados que o Poder Público deve tomar quanto à utilização dos bens públicos.”²

A respeito da gestão dos bens públicos municipais, bem como a permissão gratuita ou remunerada do patrimônio público, ensina HELY LOPES MEIRELLES:

“**Permissão de uso** é o ato negocial, unilateral, discricionário e precário através do qual a Administração faculta ao particular a utilização individual de determinado bem público. Como ato negocial, a **permissão pode ser com ou sem condições, gratuita ou remunerada**, por tempo certo ou indeterminado, conforme o estabelecido no termo próprio, mas sempre modificável e revogável unilateralmente pela Administração quando o interesse público o exigir, dados sua natureza precária e o poder discricionário do permitente para consentir e retirar o uso especial do bem público (...) Qualquer bem municipal admite permissão de uso especial a particular, desde que a utilização seja também de interesse da coletividade que irá fruir de certas vantagens desse uso, que se assemelha a um serviço de utilidade pública, tal como ocorre com as bancas de jornais em praças, os vestiários em praias e outras instalações particulares convenientes em logradouros públicos (...) **A permissão de uso especial de bem público, como ato unilateral e precário de administração, normalmente é deferida pelo prefeito independentemente de lei autorizativa, mas sempre precedida de licitação (Lei 8.666, de 1993, art. 2º), podendo a lei orgânica do Município impor requisitos e condições para sua formalização e revogação, caso em que o Executivo deverá atender às normas pertinentes**”.³ (grifo nosso)

De acordo com a notícia publicada no site “Consultor Jurídico”, em 23 de junho de 2009, sob o título “SERVIÇO DE TV POR CABO GERA COBRANÇA DE USO DO SOLO”:

² DIREITO ADMINISTRATIVO ATIVO, Ed. Impetus, 4ª. Ed., pág. 763/764.

³ DIREITO MUNICIPAL BRASILEIRO, de HELY LOPES MEIRELLES, VII-Bens municipais, págs. 310/311, 15ª. edição, 2ª. tiragem.

“A utilização de espaços públicos para o serviço de distribuição de sinais de TV por cabo não afasta a possibilidade de cobrança para a permissão de uso do solo. A decisão é da 2ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou recurso da TVA Sul Paraná Ltda.”

Continuando: “Em sua decisão, a relatora, ministra Eliana Calmon, destacou que os artigos 73 e 74 da Lei 9.472/97 se destinam às empresas de telecomunicações e possibilitam expressamente a cobrança de preços justos e razoáveis, além de determinarem que se observem as leis municipais relativas à instalação de cabos e equipamentos em lugares públicos. Com informações da Assessoria de Imprensa do Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial nº 104.271-4.”

Igualmente, sobre o mesmo assunto, de acordo com o julgamento do Recurso Especial nº 1.042.714-SC (2008/0064382-4) manifestado pela TVA SUL PARANÁ LTDA. perante o STJ, ficou assentado que a cobrança de retribuição pecuniária mensal pelo uso de vias públicas, inclusive subsolo do Município de Florianópolis-SC, para instalação de equipamentos necessários à implantação do Sistema de TV a Cabo, instituída pelo Decreto Municipal nº 746/2000, destacando a Relatora ministra Eliana Calmon que **“Visível, pois, tratar-se de exigência que se situa no campo do direito administrativo e não do tributário”** pág.4 do Acórdão. (destacamos)

Acresce salientar que a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000) inclui a receita patrimonial (ou *originária*) no rol das receitas correntes líquidas, apontando pela retribuição pecuniária devida pelo uso dos bens públicos, conforme se vê do seu Art. 2º, incs. I e IV, ora transcrito:

“Art. 2º Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como:

I – ente da Federação: A União, cada Estado, o Distrito Federal e cada **Município**;

(...)

IV – **receita corrente líquida**: somatório das receitas tributárias, de contribuições, **patrimoniais**, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos:”

Não se cuida, na espécie, de receita derivada, como aquela que advém da cobrança de impostos, taxas ou contribuições de melhoria, submissa ao princípio da legalidade tributária, nos termos dos Arts. 145 e 150 da Constituição da República, mas de exploração econômica dos bens públicos pelo ente político a que pertençam, *cujá fixação do valor-preço ou contribuição pecuniária independe de lei específica*.

É que a retribuição pecuniária reveste-se de caráter administrativo-contratual, na medida que visa à remuneração para uso privativo e continuado de coisa alheia – o *solo urbano* -, sendo da *competência municipal planejar e controlar a utilização, o parcelamento, e a ocupação do solo*.

De acordo com a LOMS a *permissão é formalizada por decreto do Executivo, a título precário*, o qual tem a natureza de ato normativo secundário, pois não encontra fundamento de validade na Constituição, e sim na lei que regulamenta; eventual extravasamento dos limites do *Poder Regulamentar* importa em *ilegalidade* do decreto.

Para melhor compreensão da matéria, valemo-nos, por oportuno, das lições abalizadas do Ministro do STF, Luiz Rafael Maier, destacando-se, aqui, excerto do seu Parecer sobre o tema – *cobrança pelo uso de bem público por terceiros* -, elaborado para a Fundação Franco-Brasileira de Pesquisa e Desenvolvimento Institucional – Fubrás:⁴

“(…)A renda auferida pelo Estado em decorrência da exploração econômica do seu patrimônio constitui preço público e, como tal, escapa ao princípio da legalidade tributária expresso no art. 153, § 29, da Constituição Federal, da Constituição Federal, bem como toda a disciplina constitucional referente a tributo e, de cuja natureza não participam. Sua fixação independe, portanto de lei, conforme, aliás, está preceituado no art. 71, § 2º, da Constituição do Estado de São Paulo (ob.cit.,p.54 e 55). E conclui o Ministro: “De todo o exposto, cabe concluir na forma das proposições seguintes:

1. incumbe à administração o poder-dever de exigir retribuição pecuniária pela utilização privativa dos bens públicos de uso comum do povo, não lhe sendo lícito renunciar à percepção da receita pública daí advindo, salvo lei municipal isentivo, de caráter especial;

2. a retribuição exigível tem caráter de preço público, não constituindo espécie tributária, e não estando, portanto, sujeita às exigências constitucionais e legais peculiares ao tributo;

3. a fixação do valor-preço ou da contribuição pecuniária deve ser estipulada no ato administrativo de outorga de uso privativo ou do contrato de concessão de uso, independentes de lei específica, consistindo o seu indeclinável suporte de legalidade nos poderes de guarda e gestão da coisa pública, conferidos pela lei orgânica do município ao Poder Executivo municipal; (grifamos)

4. é cabível a cobrança de retribuição, a qualquer tempo, pelo uso privativo de bem público, mesmo quanto ao uso preexistente, não remunerado, pois não há direito adquirido à gratuidade por parte do particular beneficiário; (…)”

Concluindo, o projeto, a despeito de autorizar o Município a “conceder o uso das vias públicas – inclusive do espaço aéreo e do subsolo – “ (Art. 1º), e instituir a utilização remunerada do patrimônio público, pelas permissionárias, estatuinto a fórmula de cobrança do preço instituído pelo uso das vias, seu subsolo e espaço aéreo, para a implantação e instalação de equipamentos urbanos ⁵destinados à prestação de serviços

⁴ Revista L&C Nº 54 – dezembro de 2002 – Tema DOMÍNIO PÚBLICO, por Alberto J. Marques (procurador federal aposentado).

⁵ EQUIPAMENTOS URBANOS: os destinados à captação, tratamento e distribuição de água domiciliar, os utilizados na prestação dos serviços de captação e afastamento de esgotos, os indispensáveis na distribuição de energia elétrica, os empregados no escoamento de águas pluviais, os destinados à implantação ou ampliação das redes de telefonia e gás canalizado, conforme obra de DIOGENES GASPARINI, “O ESTATUTO DA CIDADE”, pág. 148.

públicos, interfere nas atribuições exclusivas do sr. *Prefeito*, a quem compete a *administração dos bens públicos municipais*, como acima demonstrado.

Opina-se pela inconstitucionalidade formal do projeto, pela ocorrência de vício de iniciativa parlamentar, com afronta ao princípio da independência e harmonia dos poderes.

É o parecer, *salvo melhor juízo*.

Sorocaba, 5 de abril de 2013.

Claudinei José Gusmão Tardelli
Assessor Jurídico

De acordo:

Marcia Pegorelli Antunes
Secretária Jurídica