

Camila Klück Gomes

**A COBRANÇA DE CONTRAPRESTAÇÃO PELO USO DAS VIAS PÚBLICAS,
SOLO, SUBSOLO E ESPAÇO AÉREO**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

COGEAE

São Paulo

2010

Camila Klück Gomes

**A COBRANÇA DE CONTRAPRESTAÇÃO PELO USO DAS VIAS PÚBLICAS,
SOLO, SUBSOLO E ESPAÇO AÉREO**

Monografia apresentada à banca examinadora do Curso de Especialização em Direito Tributário da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - COGEAE, como exigência parcial para obtenção do grau de especialista em Direito Tributário, sob orientação da Professora Marina Figueiredo.

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

COGEAE

São Paulo

2010

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo analisar se o preço público e a taxa podem ser cobrados pelo Poder Público como forma de contraprestação pelo uso das vias públicas, solo, subsolo e espaço aéreo.

Nesse contexto, foram consideradas, a título ilustrativo, as Leis de dois Municípios (Porto Alegre e Ji-Paraná) que versam sobre a referida cobrança. No decorrer do trabalho foi examinada a exigência, objetivando esclarecer se esta seria possível, na medida em que inexistente qualquer prestação de serviço por parte do Estado, o que afastaria a possibilidade de exigência de taxa, bem assim a inexistência de qualquer acordo de vontades que fundamentaria a cobrança do preço público.

A cobrança de tais espécies de remuneração será analisada tendo por base, predominantemente, pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, que possibilitam um maior aprofundamento do tema.

ABSTRACT

This monograph aims to analyze whether the public price and the fee may be charged by the government as a form of compensation for the use of public roads, soil, subsoil and airspace.

In this context, were considered, for illustrative purposes, the laws of two municipalities (Porto Alegre and Ji-Parana) which focus on that charge. During this work we examined the requirement, in order to clarify whether this would be possible, as it does not exist any service provided by the state, thus excluding the possibility of requiring fee, as well as the absence of any agreement of wills that fundament for charging the public price.

The collection of species such remuneration will be reviewed based on predominantly case law and literature searches, which allow a deeper understanding of the subject.

SUMÁRIO

Introdução.....	05
Capítulo 1 – Legislações instituídas pelos Municípios de Porto Alegre e Ji-Paraná.....	08
1.1. Legislação instituída pelo Município de Porto Alegre.....	08
1.2. Legislação instituída pelo Município de Ji-Paraná	09
Capítulo 2 – Serviço Público e forma de prestação pelo Estado.....	11
Capítulo 3 – Formas de remuneração instituídas pelos Municípios em análise.....	14
3.1. Município de Porto Alegre.....	14
3.1.1. Preço Público.....	14
3.1.2. A cobrança de preço público nos termos em que instituída pela Lei 8.712/01.....	17
3.2. Município de Ji-Paraná.....	18
3.2.1. Taxa.....	18
3.2.1.1. Poder de polícia.....	20
3.2.1.2. Serviço Público.....	21
3.2.2. A cobrança de taxa nos termos em que instituída pela Lei 1.199/02.....	22
Capítulo 4 – Jurisprudência sobre o tema em análise.....	26
4.1. Superior Tribunal de Justiça.....	26
4.2. Supremo Tribunal Federal.....	28
Conclusão.....	30
Bibliografia.....	33

INTRODUÇÃO

O tema da presente monografia surgiu em razão de ter sido constatada a existência de decisões proferidas pelos nossos Egrégios Tribunais Superiores sobre a cobrança de remuneração pelo uso das vias públicas, solo, subsolo ou espaço aéreo pelos Municípios. Ao se buscar o tema de fundo de tais decisões, verificou-se que os Municípios, para tais fins, ora instituem leis que versam sobre a cobrança de taxa, ora instituem lei que tratam da cobrança de preço público.

A existência de leis sobre o tema em análise gerou um questionamento acerca da possibilidade de ser cobrada contraprestação pelo uso das vias públicas, solo, subsolo e espaço aéreo, que são utilizados por particulares para fins de propiciar a prestação de determinados serviços que, originalmente, pertenciam ao Estado. Isso porque, quer seja para a instituição de preço público, quer seja para instituição de taxa, certo é que o ordenamento jurídico pátrio prevê requisitos próprios para a sua instituição.

Como é cediço, os tributos correspondem à principal fonte arrecadatória dos Municípios, sendo de extrema importância a sua instituição e recolhimento por financiarem o próprio Estado, bem como custearem os serviços públicos de sua responsabilidade. Desta feita, atualmente, o que se vê é uma verdadeira sanha arrecadatória pela criação de novos tributos ou mesmo pelo recolhimento dos já existentes, resultando, muitas vezes, em inúmeras inconstitucionalidades e ilegalidades, haja vista que extrapolam os limites instituídos ao poder de tributar.

Por essa razão, o objetivo do trabalho em comento é verificar se a cobrança de remuneração pelo uso das vias públicas, do solo, subsolo e espaço aéreo encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido, para fins de fundamentar o trabalho em epígrafe, serão utilizadas as leis de dois Municípios específicos, quais sejam: o Município de Porto Alegre, que instituiu a Lei nº 8.712/2001 e o Município Ji-Paraná, que estabeleceu a Lei nº 1.199/2002.

Como método para desenvolver o presente trabalho de conclusão de curso foram compilados diversos autores, bem assim analisada a jurisprudência sobre o tema a fim de possibilitar uma conclusão fundamentada sobre o tema proposto.

A presente monografia está composta por quatro capítulos.

A fim de adentrar no tema, o Capítulo 1 do presente trabalho de apresenta as leis dos Municípios de Porto Alegre e Ji-Paraná, que foram editadas para fins de instituir, respectivamente, o preço público e a taxa, como forma de remuneração pelo uso das vias públicas, do solo, subsolo e espaço aéreo. Tais leis foram escolhidas de maneira aleatória, tendo por objetivo verificar se, quer seja sob a rubrica de preço público, quer seja sob a rubrica de taxa, seria possível a cobrança pretendida. Foi verificado, ainda, que a remuneração pelo uso das vias públicas, solo, subsolo e espaço aéreo será cobrada dos particulares que utilizarem determinado bem para a consecução de serviço cuja prestação pertenceria, originalmente, do Estado.

Após verificar a espécie de remuneração instituída pelos citados Municípios e as condições em que se dará a cobrança da mesma, foi analisada a definição de serviço público e como o Estado efetua a sua prestação.

No Capítulo 3 foram definidas as espécies de remuneração instituídas pelos Municípios de Porto Alegre e Ji-Paraná, bem assim estabelecidos os requisitos que autorizam a sua exigência. Como consequência, foi verificado se as leis dos Municípios de Porto Alegre e Ji-Paraná ficaram restritas aos requisitos que autorizam a cobrança de tais espécies de remuneração.

Por fim, o Capítulo 4 trata sobre o posicionamento dos Tribunais Superiores acerca da cobrança de remuneração pelo uso das vias públicas, solo, subsolo e espaço aéreo.

Assim, no presente trabalho de conclusão de curso, a partir da divisão de capítulos, buscou-se, tendo por base as leis de dois Municípios que elegeram distintas formas de remuneração pelo uso das vias públicas, solo, subsolo e espaço aéreo, verificar se tal cobrança está de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro.

1–LEGISLAÇÕES INSTITUÍDAS PELOS MUNICÍPIOS DE PORTO ALEGRE E JI-PARANÁ

Como exposto, a fim de verificar a viabilidade da cobrança de remuneração das concessionárias de serviços públicos pelo uso das vias públicas, solo, subsolo e espaço aéreo, foram consideradas, a título ilustrativo, as Leis dos Municípios de Porto Alegre e de Ji-Paraná. Nesse contexto, verificaremos a espécie de cobrança que tais Municípios instituíram.

1.1 – Legislação instituída pelo Município de Porto Alegre

A Municipalidade de Porto Alegre, por meio da Lei nº 8.712/01, instituiu a cobrança de remuneração pelo uso das vias públicas, solo, subsolo e espaço aéreo. Vejamos o que foi instituído pela citada lei, conforme artigos que seguem transcritos abaixo:

Art. 1º. A utilização de qualquer bem público municipal para colocação de redes de infra-estrutura deve ser remunerada.

(...)

Art. 2º. Para efeito do disposto no art. 1º, considera-se a utilização do subsolo das vias públicas, passeios públicos, prédios públicos, obras de arte, logradouros, bem como a utilização da via aérea com ponto de apoio nos postes, ou na parte inferior da via ou leitos, com postos de visita ou não.

Parágrafo único. Também devem ser remunerados a utilização do mobiliário urbano, os espaços utilizados pelas estações de radiobase de telefonia celular, bem como similares.

Art. 3º. O regime jurídico da utilização dos bens públicos pelos particulares, tanto do subsolo quanto do aéreo, é o de direito público.

Art. 4º. Para possibilitar a utilização dos bens municipais por terceiros, o Município deve firmar concessão, permissão ou autorização de uso.

Para fins de regulamentar o disposto na referida Lei, foram instituídos os Decretos nº 13.384/01, nº 14.773/2004 e nº 15.284/2006. Vejamos o que o Decreto nº 15.284/2006 instituiu relativamente à espécie de remuneração que será cobrada pelo Município de Porto Alegre:

Art. 1º A instalação e utilização das redes de infra-estrutura necessárias ou a expansão de serviços, tanto aéreas quanto subterrâneas, nos moldes da Lei nº 8.712, de 19 de janeiro de 2001, será remunerada à administração pública municipal, através de preço público definido neste Decreto.

(...)

Art. 2º A Concessão de Uso a que se refere o artigo anterior implicará em remuneração mensal, a ser cobrada pela Secretaria Municipal da Fazenda.

Vê-se, pois, que o Município de Porto Alegre estipulou, por meio da Lei acima transcrita e respectivos Decretos, que será cobrado preço público como forma de remuneração pelo uso das vias públicas, solo, subsolo e espaço aéreo. Se conclui, ainda, que, para o Município de Porto Alegre, a utilização de tais bens se dará por meio de concessão, permissão ou autorização firmada pelo Poder Público, que estará sujeita ao regime de direito público.

1.2 – Legislação instituída pelo Município de Ji-Paraná

Já a remuneração pelo uso das vias públicas, solo, subsolo e espaço aéreo do Município de Ji-Paraná foi instituída por meio da Lei nº 1.199/02. Vejamos o que dispõe os seus artigos:

Art. 1º. Autoriza o Executivo Municipal criar a taxa de licença para o uso e ocupação do solo e espaço aéreo, a quem ocupe vias e logradouros públicos com postes, sistema de telefonia, abastecimento de água e esgoto, sistema de transmissão de TV a cabo e similares para fins comerciais ou de prestação de serviços.

§ 1º. No caso de utilização das vias e logradouros públicos para a instalação de postes a taxa é cobrada por mês ou fração à razão de R\$ 5,00 (cinco reais) por poste instalado, sendo este valor corrigido com base no Índice Geral de Preços ao Consumidor (IPCA) ou equivalente.

§ 2º. A referida taxa prescrita no § 1º, será atribuída aos prestadores de serviços no ramo de telefonia e energia elétrica.

§ 3º. No caso de utilização das vias e logradouros públicos para rede de água, rede de esgoto, sistema de transmissão de TV a cabo e similares será cobrada a taxa de R\$ 0,10 (zero virgula dez centavos de real) por metro linear.

§ 4º. No caso de utilização das vias e logradouros públicos para a instalação de telefones públicos será cobrada por mês ou fração a taxa de R\$30,00 (trinta reais) por aparelho instalado.

Da leitura dos artigos supratranscritos, conclui-se que o Município de Ji-Paraná instituiu a espécie taxa como forma de remuneração pelo uso das públicas, solo, subsolo e espaço aéreo. Conclui-se, ainda, que a taxa será cobrada daqueles que utilizarem vias e logradouros públicos com postes, sistema de telefonia, abastecimento de água e esgoto, sistema de transmissão de TV a cabo e similares para prestação de serviços.

Nesse contexto, analisaremos se a exigência de taxa e de preço público como forma de contraprestação pretendida pelos Municípios está de acordo com o ordenamento jurídico.

2 – SERVIÇO PÚBLICO E FORMA DE PRESTAÇÃO PELO ESTADO

Foram verificadas no tópico anterior as hipóteses em que os Municípios estão autorizados a efetuar a cobrança da remuneração pelo uso das vias públicas, solo, subsolo e espaço aéreo. Nesse contexto, tendo em vista que a Lei do Município de Porto Alegre previu que para possibilitar a utilização de bens por particulares o Município deverá firmar contrato de concessão, permissão ou autorização de uso, estando estes submetidos ao regime de direito público, bem assim que a Lei do Município de Ji-Paraná previu que será cobrada taxa daquele que ocupar vias e logradouros públicos com postes, sistema de telefonia, abastecimento de água e esgoto, sistema de transmissão de TV a Cabo e similares para fins comerciais ou de prestação de serviços, é possível concluir que a cobrança da remuneração em tela será feita nas hipóteses em que o particular estiver no exercício de uma atividade que seria originariamente pública.

Como é cediço, os serviços públicos podem ser prestados diretamente pelo Estado ou por terceiros. Tal característica não altera a situação fática de que o Estado é o titular do serviço prestado. Isso porque não é possível confundir a titularidade do serviço com a titularidade da prestação dos mesmos. Situações há em que o Estado, inobstante ser o titular do serviço prestado, confere a terceiros a prestação dos serviços, indicando as condições e os meios em que os serviços deverão ser prestados. É nessas hipóteses que o Estado celebra os contratos de autorização, permissão e concessão do serviço público.

A autorização é um ato unilateral feito pela Administração Pública, por meio da qual é facultada o exercício de determinada atividade. Trata-se de um ato discricionário e precário. A permissão, por sua vez, também é um ato unilateral por meio do qual a Administração, precariamente, faculta a prestação de determinado serviço. Ela deve ser sempre precedida de licitação.

No que tange à concessão de serviço público, esta deve ser entendida como um contrato em que o Poder Público transfere para o particular, mediante licitação, a prestação

de determinado serviço. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, concessão de serviço público é:

“Só se tem concessão de serviço público – e o próprio nome do instituto já o diz – quando o objetivo do ato for o de ensejar uma exploração de atividade a ser prestada universalmente ao público em geral. Pode ocorrer que, para tanto, o concessionário ancilarmente necessite usar de um bem público (como, por exemplo, quando instala canalizações ou postes no subsolo e nas vias públicas, respectivamente), mas o objeto da concessão é o serviço prestado”.¹

Assim, conclui-se que, por meio da concessão de serviço público, o concessionário se obriga a exercer uma atividade cuja execução competia ao Estado, originariamente. Tal atividade irá beneficiar toda a coletividade, o que implica dizer que todos os cidadãos sofrerão os efeitos da concessão do serviço público.

Para a prestação do serviço público pelo particular, como bem ressaltou o ilustre Celso Antônio Bandeira de Mello, pode ser necessária a utilização de determinado bem público pelo particular.

Nesse sentido, trazendo tais definições para o presente trabalho, podemos concluir que poderão existir situações em que, sem a infra-estrutura instalada nas vias públicas, no solo, subsolo ou espaço aéreo, pode-se tornar impossível a prestação do serviço público pelo particular responsável pela sua prestação.

Por essa razão, tendo em vista o caráter essencial dos serviços públicos, é inequívoco que não pode ser imposta nenhuma restrição para a prestação dos mesmos, sob pena de afronta ao princípio da supremacia do interesse público. Nesse exato sentido é, ainda, o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“(…) as prerrogativas inerentes à supremacia do interesse público sobre o interesse privado só podem ser manejadas legitimamente para o alcance de interesses

¹ MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, Ed. Malheiros, 15ª Ed., p. 650-651

públicos; não para satisfazer interesses ou conveniências, tão-só do aparelho estatal, e muito menos dos agentes governamentais.”²

Assim também se manifestou Kiyoshi Harada, ao discorrer sobre cobrança idêntica à que está em análise, exigida pelo Município de São Paulo:

“Quer nos parecer, portanto, que o Município não tem o poder de condicionar a instalação de equipamentos, nos espaços aéreos adjacentes ao leito das vias públicas, à prévia obtenção de permissão de uso, a título oneroso, pelas concessionárias de serviços públicos, sob pena de sanções pecuniárias e apreensão, destruição ou remoção de equipamentos como retro verificados. O mesmo acontece em relação às obras que essas concessionárias executam no subsolo. Afinal, essas obras e equipamentos aéreos fazem parte integrante da infra-estrutura da cidade. São essenciais em termos de qualidade de vida.

Outrossim, a cobrança dessa “retribuição mensal”, fixada unilateralmente pela Prefeitura e periodicamente atualizada, iria onerar os custos dos serviços prestados pelas concessionárias, acarretando o desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, firmados com a União e o Estado membro. Ela iria interferir na concessão de serviços público federal ou estadual.

A autonomia municipal, assegurada no art. 18 da CF, não pode ir ao ponto de conflitar com o princípio do federalismo cooperativo, nem implicar embaraço à livre execução dos serviços públicos dos demais entes políticos. (...)”³

Pelo exposto, considerando o dever do Estado de prestar o serviço público, seja por si próprio, seja por meio de terceiros, é evidente que não poderá ser criado nenhum mecanismo de restrição à tal atividade, a exemplo do que ocorre com a instituição de remuneração pelo uso das vias públicas, solo, subsolo e espaço aéreo.

² MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, Ed. Malheiros, 15ª Ed., p. 32

³ Utilização do Subsolo e do Espaço Aéreo Municipal. Inconstitucionalidade da Cobrança de “Retribuição Mensal”. Fonte: www.fiscosoft.com.br.

3 – FORMAS DE REMUNERAÇÃO INSTITUÍDAS PELOS MUNICÍPIOS EM ANÁLISE

Como exposto anteriormente, a título ilustrativo, estão sendo consideradas as legislações dos Municípios de Porto Alegre e de Ji-Paraná para a análise da viabilidade da cobrança de remuneração pelo uso das vias públicas, solo, subsolo e espaço aéreo. Como visto, o Município de Porto Alegre institui o preço público como forma de remuneração. Já o Município de Ji-Paraná institui a espécie taxa. Vejamos, a seguir, as situações que possibilitam a exigência de tais espécies.

3.1 – Município de Porto Alegre

3.1.1 – Preço Público

Por meio da Lei nº 8.712/01 e decretos que a regulamentaram, foi instituída pelo Município de Porto Alegre a cobrança de preço público pelo uso das vias públicas, solo, subsolo e espaço aéreo, nos casos de autorização, permissão e concessão de serviço público. Assim, necessário se faz estabelecer a definição de tal instituto.

Preço público deve ser entendido como forma de remuneração de uma prestação que deriva de um contrato. Nas palavras de Geraldo Ataliba, é *“a contraprestação de uma prestação contratual livremente fixada pelas partes”*⁴

O ilustre Hely Lopes Meirelles também já se manifestou sobre o tema:

“Os preços, diversamente dos tributos, são pagamentos que os particulares fazem ao Poder Público, quando facultativa ou espontaneamente adquirem bens, auferem vantagens ou se utilizam de serviços públicos ou de utilidade pública, remunerando-se de acordo com a tarifa fixada pela Administração”. (preço público).⁵

⁴ ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. Ed. Dialética. 6ª Edição. p. 161.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Finanças Públicas*. São Paulo: RT, 1979. p. 7

Também sobre o tema são as lições do Professor Paulo de Barros Carvalho:

“O preço público ou tarifa consiste na remuneração decorrente da prestação de serviço de interesse público, ou do fornecimento ou locação de bens públicos, efetivada em regime contratual e não imposta compulsoriamente às pessoas, como é o caso das obrigações de caráter tributário.

(...)

Em suma, o preço público ou tarifa remunera o serviço público prestado, sob regime de direito privado, por empresas concessionárias. Vista do ângulo daquele a quem onera, é o valor pecuniário que os usuários devem pagar à empresa concessionária toda vez que se utilizarem do serviço prestado; examinada pela óptica de quem desempenha, a tarifa é a importância que a empresa concessionária está autorizada a cobrar, dos usuários, em função dos serviços públicos efetivamente realizados”.⁶

Assim, conclui-se que o preço público é cobrado para fins de remunerar determinada atividade exercida sob a ótica do direito privado. Como tal, temos que é consequência de sua cobrança a celebração de um negócio jurídico bilateral, em que exista aceitação, acordo de vontades entre ambas as partes do pólo da relação.

Como visto, a cobrança do preço público está sempre atrelada a um acordo de vontades, sendo cobrado quando estivermos diante de um contrato firmado sob o regime jurídico de direito privado. Relativamente ao regime de direito privado, assim estabeleceu a Constituição Federal:

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.

Já no que tange ao regime de direito público, assim estabelece a Constituição Federal:

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.

⁶ CARVALHO. Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. Ed. Noeses. 2ª Ed. p. 382-383

Da leitura dos artigos supratranscritos, vê-se que a Constituição Federal prevê, além da prestação dos serviços públicos pelo Estado, que este explore atividade econômica como se particular fosse, desde que a atividade seja necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

Nesses casos, o regime jurídico a ser aplicado é o de direito privado, ao passo que, quando se tratar de prestação de serviço público, o regime aplicado será o de direito público. Em se tratando de atividade prestada sob o regime de direito privado, certo é que a contraprestação do mesmo se dará por meio do preço público. Por outro lado, em se tratando da prestação de serviço público, o regime que regerá tais atividades será o de direito público, uma vez que tal relação afeta diretamente o interesse público, devendo a remuneração deste se dar de forma distinta da cobrança de preço público.

Nesse ínterim, conclui-se que, é intrínseco ao preço público o regime contratual. Em outras palavras, o instituto do preço público está na sua essência, atrelado a uma contraprestação contratual, regendo-se, pois, pela autonomia da vontade. O seu objetivo é remunerar uma atividade que tem por escopo a satisfação de um interesse secundário da pessoa jurídica do Estado, e não da coletividade como todo.

Assim, é evidente que o Poder Público só pode estabelecer a cobrança do preço público quando a prestação de um serviço ou a utilização de um bem se der por meio de um contrato, firmado sob o regime jurídico de direito privado. Se se tratar de regime jurídico de direito público, não será cabível a instituição de preço público.

Por todo o exposto, temos que é da natureza do preço público a remuneração do exercício de atividade econômica pelo Poder Público, mediante acordo de vontades entre as partes, regido pelas regras de direito privado.

3.1.2 – A cobrança de preço público nos termos em que instituída pela Lei 8.712/01

Restou demonstrado no tópico anterior que a cobrança de preço público irá decorrer do exercício de uma atividade econômica pelo Estado, mediante acordo de vontade entre as partes, regido pelas regras de direito privado.

Nesse contexto, verificaremos a seguir se a cobrança do preço público se faz possível nos moldes em que instituída pela Lei nº 8.712/01, cujo artigo 3º assim preceitua: *“O regime jurídico da utilização dos bens públicos pelos particulares, tanto do subsolo quanto do aéreo, é o de direito público”*.

Nos termos do artigo supratranscrito, o regime jurídico da utilização de bens por terceiros e que ensejará a cobrança de remuneração será o de direito público. Contudo, tendo em vista que a cobrança do preço público está atrelada ao regime jurídico de direito privado, indaga-se como compatibilizar a cobrança do preço público nos moldes em que instituída pela Lei nº 8.712/01?

Ora, certo é que não há como se compatibilizar a cobrança do preço público nos casos em que há a utilização de vias públicas, solo, subsolo e espaço pelo particular. Isso porque, como visto, a instituição de preço público está atrelada as seguintes condições: (i) regime jurídico de contratação de direito privado; (ii) remuneração da exploração de uma atividade econômica pelo Estado e (iii) decorra do acordo de vontades entre as partes.

Contudo, na cobrança de preço público para remunerar o uso das vias públicas, solo, subsolo e espaço aéreo não existe qualquer espaço para o acordo de vontades. Vale dizer, é a própria lei que fixa o valor a ser recolhido pelas empresas que utilizarem os bens nela previstos. Trata-se, portanto, de cobrança compulsória e não decorrente de acordo de vontades.

Por outro lado, em se tratando da prestação de atividade que, originalmente, pertencia ao Estado, certo é que o regime de utilização dos bens públicos pelos particulares será o de direito público, ao passo que é intrínseco ao preço público, justamente pelo fato de o mesmo decorrer de um ajuste de vontades, o regime de direito privado.

Como se não bastasse, certo é que inexistente qualquer atividade econômica prestada pelo Estado no caso em análise. Trata-se simplesmente da utilização das vias públicas, solo, subsolo e espaço aéreo por um particular destinada a possibilitar a prestação de determinado serviço.

Por essas razões, conclui-se que, a cobrança instituída por meio da Lei nº 8.712/01, não encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio.

3.2 – Município de Ji-Paraná

3.2.1 – Taxa

O ordenamento jurídico pátrio prevê que as taxas podem ser instituídas em razão do exercício do poder de polícia, ou pela utilização, efetiva ou potencial, de um serviço público específico e divisível. Como ensina Paulo de Barros Carvalho:

“A espécie tributária denominada “taxa” apresenta, em seu antecedente normativo, a previsão conotativa de atividade do Estado diretamente relacionada ao contribuinte, que somente pagará o valor exigido pelo Poder Público quando deste receber ou tiver à disposição alguma prestação de serviços públicos específicos e divisíveis, utilizados, efetiva ou potencialmente, ou ainda, se for exercido o poder de polícia, ficando certo que é imprescindível lei anterior prevendo determinada prática estatal como condição suficiente e necessária à exigência do tributo”.⁷

Vejamos o que dispõe o artigo 145, II, da Constituição Federal:

Art. 145. A União, Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. Ed. Noeses. 2ª Ed. p. 698-699

Assim, temos que as taxas podem ser cobradas em decorrência da prestação de um serviço público específico e divisível ou pelo exercício do poder de polícia. Para ilustrar a definição de taxa, trazemos as lições de Hugo de Brito Machado:

“Enquanto o imposto é uma espécie de tributo cujo fato gerador não está vinculado a nenhuma atividade estatal específica relativa ao contribuinte (CTN, art. 16), a taxa, pelo contrário, tem seu fato gerador vinculado a uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte. Por isto é que se diz, reproduzindo idéia de A. D. Giannini (Istituzioni di Diritto Tributario, Milano, Dott. A. Giuffré Editore, 1948. P. 39), que a taxa é um tributo vinculado. A primeira característica da taxa, portanto, é ser um tributo cujo fato gerador é vinculado a uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte”.⁸

Sobre o tema são, ainda, as lições do ilustre Geraldo Ataliba:

“Taxa é o tributo vinculado cuja h.i. consiste numa atuação estatal direta e imediatamente referida ao obrigado.

(...)

A base imponível (ou base de cálculo) da taxa é, geralmente, o custo do serviço. Por isso, por exigência do princípio da isonomia – básico de toda a Constituição e fundamental em matéria tributária – esse custo deve ser repartido entre todos os usuários. Daí cada qual deva pagar sua parte, na proporção da intensidade de uso. A Constituição (art. 145, II) só admite taxa nos casos de serviços específicos: quer dizer, serviço que não seja geral. Isto é, serviço público propriamente dito (stricto sensu) definido por Celso Antônio como “prestação de utilidade material, fruível individualmente pelos administrados, sob regime de direito público”. Serviços públicos (lato sensu) gerais (como segurança interna e externa, relações exteriores, legislação etc.), insuscetíveis de gozo individual, ou de medição, não comportam taxa”.⁹

Assim, temos que as taxas só podem ser instituídas em decorrência do exercício de uma atividade estatal que é específica e relativa a um contribuinte. Elas poderão ser exigidas em razão (i) do exercício de poder de polícia pelo Estado, ou pela (ii) prestação de serviços pelo Estado ou colocação destes à disposição do contribuinte. Para fins de se

⁸ MACHADO. Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*, Ed. Malheiros, 28ª edição, p. 443

⁹ ATALIBA. Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*, Ed. Malheiros, 6ª edição, p. 152

compreender quando se dará a incidência das taxas, vejamos o que deve ser entendido por poder de polícia e pela prestação de serviço público.

3.2.1.1 – Poder de polícia

Relativamente ao poder de polícia, assim dispõe o artigo 78 do Código Tributário Nacional:

“(…) a 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 e coletivos.”

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, poder de polícia é “*a atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos*”.¹⁰

Sobre o tema, são, ainda, as lições de Geraldo Ataliba:

“(…) Poder de Polícia é a atividade estatal, sempre e necessariamente, fundada na lei, tendente a limitar a propriedade e a liberdade ‘tendo em vista assegurar igualdade no seu exercício, compatibilizar os interesses dos que exercem a liberdade e propriedade, assegurar a ordem pública e garantir a supremacia do interesse público sobre o privado, de tal sorte que a liberdade e a propriedade sejam asseguradas a todos os integrantes da comunidade’”.¹¹

Pois bem. O poder de polícia que autoriza a tributação por meio de taxa é tão-somente o que se consubstancia num agir concreto e específico da Administração Pública, fundamentado em lei. Vale dizer, a hipótese de incidência desta taxa consiste no exercício de um poder de polícia, no agir da Administração Pública, para fins de fiscalização,

¹⁰ MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, Ed. Malheiros, 15ª Ed. p. 709.

¹¹ ATALIBA. Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*, Ed. Malheiros, 6ª edição – p. 157.

concessão de licença e manutenção do controle da atividade privada. Por essa razão, o poder de polícia que autoriza a incidência da taxa é o efetivo e não o potencial. Em outras palavras, para possibilitar a incidência da taxa é necessária a efetiva atuação do Poder Público e não meramente potencial.

Assim, conclui-se que, quando o Poder Público exercer alguma atividade de controle e fiscalização, deverá ser remunerado por meio de taxa devida em decorrência de seu poder de polícia.

3.2.1.2 – Serviço Público

Como visto, a cobrança das taxas pode decorrer do exercício do poder de polícia ou da prestação de um serviço público. No tópico anterior, foi explicitado o que deve ser entendido por exercício do poder de polícia. Vejamos, agora, o que deve se entender pela prestação de um serviço público.

O Código Tributário Nacional, relativamente aos serviços públicos, assim preceitua:

Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se:

I - utilizados pelo contribuinte:

- a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;
- b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;

II - específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de unidade, ou de necessidades públicas;

III - divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários.

Segundo o que ensina o ilustre Celso Antônio Bandeira de Mello, serviço público pode ser definido como:

“Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas

de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprio no sistema normativo”.¹²

Seguindo as lições do ilustre Celso Antônio Bandeira de Mello, a noção de serviço público contempla dois elementos: (i) o substrato material, que corresponde a prestação de uma utilidade ou comodidade fruível singularmente pelos administrados e (ii) o traço formal, que corresponde ao regime jurídico de direito público a que a atividade estará sujeita.

Assim, somente a partir da união dos dois elementos que compõem a noção de serviço público que estará a mesma completa. Isso porque não basta que o Estado preste uma atividade diretamente para os administrados para que esta seja serviço público. É necessário que tal atividade esteja sendo prestada sob a égide do regime administrativo, ou seja, prestada sob o regime de Direito Público.

3.2.2 – Da cobrança de taxa nos termos em que instituída pela Lei nº 1.199/02

Restou evidenciado que a exigência de taxa somente irá decorrer: (i) do exercício regular do poder de polícia ou (ii) da prestação de um serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou colocado à sua disposição, sob a égide do Direito Público.

Sendo assim, nos cabe verificar se a cobrança de taxa pela utilização das vias públicas, solo, subsolo e espaço aéreo está de acordo com o que determina o ordenamento jurídico pátrio.

Disciplina o artigo 1º da referida lei:

Art. 1º. Autoriza o Executivo Municipal criar a taxa de licença para o uso e ocupação do solo e espaço aéreo, a quem ocupe vias e logradouros públicos com postes, sistema de telefonia, abastecimento de água e esgoto, sistema de transmissão de TV a cabo e similares para fins comerciais ou de prestação de serviços.

¹² MELLO. Celso Antônio Bandeira de *Curso de Direito Administrativo*. 10ª Ed., Ed. Malheiros, p. 110

Da leitura do dispositivo acima transcrito, vê-se que o Município de Ji-Paraná instituiu a cobrança de taxa como forma de remuneração para o uso e ocupação do solo e espaço aéreo. Contudo, é inequívoco que não existe nenhum tipo de serviço prestado pelo referido Município e, tampouco, exercício de poder de polícia.

Como já foi exposto, por serviço público deve se entender toda atividade de oferecimento de utilidade fruível diretamente pelo cidadão, de maneira isolada. Já com relação ao poder de polícia, certo é que o exercício deste apenas autorizará a exigência de taxa quando se tratar de um agir específico da administração, para fins de fiscalização, concessão de licença e manutenção do controle da atividade privada. Não basta, para configurar o exercício do poder de polícia, a atividade potencial da Administração Pública.

Em face deste contexto, é de se notar que, na exigência de remuneração pelo uso das vias públicas, solo, subsolo e espaço aéreo, por concessionária, inexistente prestação alguma de serviço público por parte da Administração Pública, mas, apenas, a utilização de um bem público.

Tampouco assiste razão para se instituir taxa em decorrência do exercício do poder de polícia. Como já foi demonstrado no presente trabalho, o poder de polícia que autoriza a tributação por meio de taxa é tão-somente o que se consubstancia num agir concreto e específico da Administração Pública, fundamentado em lei. Vale dizer, a hipótese de incidência desta taxa consiste no exercício do poder de polícia, no agir da Administração Pública, para fins de fiscalização, concessão de licença e manutenção da atividade privada.

Contudo, a exigência da taxa em análise tem como hipótese de incidência o uso das vias públicas, solo, subsolo e espaço aéreo. Tal hipótese não se coaduna com a hipótese de incidência da taxa pelo poder de polícia.

Em face do exposto, conclui-se que a cobrança da taxa instituída pelo Município de Ji-Paraná não está de acordo com o ordenamento jurídico pátrio.

Quer nos parecer que, na realidade, foi instituída a espécie tributária imposto. Isso porque a base de cálculo criada pela lei está vinculada a um agir do contribuinte, de modo que não está a mesma vinculada à uma atividade estatal, mas sim a um ato do particular, que é uma base de cálculo própria dos impostos.

O ilustre Paulo de Barros Carvalho, com a sua usual maestria, já se pronunciou sobre a eleição de base de cálculo que não guarda relação com a espécie tributária, *in verbis*:

“Taxas são tributos que se caracterizam por apresentarem, na hipótese da norma, a descrição de um fato revelador de uma atividade estatal, direta e especificamente dirigida ao contribuinte. Nisso diferem dos impostos, e a análise de suas bases de cálculo deverá exhibir, forçosamente, a medida da intensidade da participação do Estado. Acaso o legislador menciona a existência de taxa, mas eleja base de cálculo mensuradora de fato estranho a qualquer atividade do Poder Público, então a espécie tributária será outra, naturalmente um imposto”.¹³

Assim, conclui-se que, como bem asseverou o Professor Paulo de Barros Carvalho, no caso de a base de cálculo da espécie tributária instituída não constituir uma atividade estatal – como ocorre no caso em análise – certo é que não poderá a mesma ser classificada como a espécie taxa.

Contudo, ainda que o Município de Ji-Paraná tivesse instituído a cobrança de remuneração pelo uso das vias públicas, solo, subsolo e espaço aéreo sob a forma de imposto, ainda assim não poderia prosperar a sua cobrança. Como é cediço, a competência municipal para instituir impostos está rigidamente tratada no artigo 156 da Constituição Federal. Da leitura do referido dispositivo, verifica-se que os Municípios possuem competência para tributar (i) a propriedade predial e territorial urbana; (ii) a transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens móveis e direitos reais; e (iii) a prestação de serviços de qualquer natureza, exceto os serviços de transporte interestadual

¹³ CARVALHO. Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 13ª Ed., Ed. Saraiva, 2000, p. 38/39

e intermunicipal e os de comunicação, Assim, é de se notar que os Municípios não possuem, por meio de impostos, a competência para tributar a utilização de vias públicas, solo, subsolo e espaço aéreo.

Por outro lado, mesmo que a referida contraprestação constituísse um novo imposto, ainda assim o mesmo não poderia ser cobrado. Isso porque, por expressa disposição constitucional (art. 154), somente a União possui competência para a instituição de novos impostos, à luz da competência residual.

Dessa forma, quer seja sob a forma taxa, quer seja sob a forma de imposto, a cobrança de remuneração pelo uso das vias públicas, solo, subsolo e espaço aéreo não encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio.

4 – JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA EM ANÁLISE

4.1 – Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça já analisou o tema em análise no presente trabalho. Este Egrégio Tribunal vem entendendo não ser possível a cobrança de remuneração pelo uso das vias públicas, solo, subsolo e espaço aéreo qualquer que seja a modalidade de remuneração instituída pelo Município. Vejamos algumas dessas decisões:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. BENS PÚBLICOS. USO DE SOLO, SUBSOLO E ESPAÇO AÉREO POR CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO (IMPLANTAÇÃO DE POSTES, DUTOS E LINHAS DE TRANSMISSÃO, P. EX.). COBRANÇA. IMPOSSIBILIDADE.

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

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

3. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 863577/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/08/2010, **DJe 10/09/2010**)

Da leitura da ementa supratranscrita, conclui-se que o Superior Tribunal de Justiça afasta a possibilidade de cobrança de remuneração pelo uso de tais bens justamente por entender não ser cabível a fixação de preço público, uma vez que a utilização dos bens públicos se reverte em favor da sociedade. Assevera, ainda, aquela Egrégia Corte que não é possível a cobrança de taxa, em razão de inexistir serviço público prestado.

Vejamos, ainda, a seguinte decisão:

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.

(RMS 12081/SE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2001, DJ 10/09/2001 p. 366)

Do voto da ilustre Ministra Relatora, transcrevemos o trecho que segue:

“Vejam, a partir do conceito de TAXA, na sua acepção jurídica, identificando este tipo de tributo como sendo da espécie contraprestacional, pois corresponde a um serviço prestado pelo Estado, estando a ele vinculada a arrecadação.

Como define Hugo de Brito Machado, "taxa é espécie de tributo cujo fato gerador é o exercício regular do poder de polícia, ou o serviço público, prestado ou posto à disposição do contribuinte" (Curso de Direito Tributário, 19ª ed.).

Na espécie de que cuida os autos, não há serviço algum prestado pelo Município, nem o exercício do poder de polícia, o que descarta a idéia de que se trata de uma taxa, muito embora assim tenha sido nominada. A cobrança pela utilização de postes pela companhia de energia elétrica, para o Tribunal de Justiça, é uma espécie de aluguel pelo uso do solo e, como tal, situa-se no terreno do direito administrativo, constituindo-se em uma espécie de servidão, eis que se insurge no campo da tolerância do proprietário pela limitação que passa a sofrer em razão do encargo a suportar, levando a uma limitação das faculdades inerentes ao direito de propriedade.

Ocorre que 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.

Ora, a cobrança da pseudo-taxa, fugindo da classificação de tributo, cairia na classificação de PREÇO. Este, para o STF, seria a remuneração por um serviço público não especificamente estatal, de natureza comercial ou industrial.

Temos, com nitidez de entendimento, que o Município, ao ceder o espaço aéreo e o solo para a instalação de postes e passagem de linhas transmissoras de energia elétrica, não estaria desenvolvendo atividade comercial ou industrial, o que também tira de foco a natureza administrativa da cobrança, nos moldes que lhe deu o TJ/SE”.

Vejam, ainda, a seguinte decisão, proferida pela 1ª Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. UTILIZAÇÃO DE SOLO URBANO. INSTALAÇÃO DE POSTES DE SUSTENTAÇÃO DA REDE DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. INSTITUIÇÃO DE TAXA DE LICENÇA PARA PUBLICIDADE E PELA EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE EM LOGRADOUROS PÚBLICOS. ART. 155, § 3º, DA CF/88. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE.

1. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto contra v.

Acórdão que denegou segurança ao entendimento de ser constitucional a cobrança, por parte do Município recorrido, da taxa de exploração de logradouro público sobre a utilização do solo urbano por equipamentos destinados à transmissão e distribuição de energia elétrica para atendimento da rede pública.

2. "A intitulada 'taxa', cobrada pela colocação de postes de iluminação em vias públicas não pode ser considerada como de natureza tributária porque não há serviço algum do Município, nem o exercício do poder de polícia. Só se justificaria a cobrança como PREÇO se se tratasse de remuneração por um serviço público de natureza comercial ou industrial, o que não ocorre na espécie. Não sendo taxa ou preço, temos a cobrança pela utilização das vias públicas, utilização esta que se reveste em favor da coletividade." (RMS nº 12081/SE, 2ª Turma, Relª Minª Eliana Calmon, DJ de 10/09/2001)

3. É ilegítima a instituição de mais um tributo sobre o fornecimento de energia elétrica, além dos constantes do art. 155, § 3º, da CF/88.

4. Recurso provido.

(RMS 12258/SE, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/06/2002, DJ 05/08/2002 p. 202)

Assim, vê-se que ambas as Turmas do Superior Tribunal de Justiça entendem que a cobrança de remuneração pelo uso das vias públicas, solo, subsolo e espaço aéreo, quer seja sob a forma de preço público, quer seja sob a forma de taxa, pelos Municípios não se coaduna com o ordenamento jurídico pátrio.

4.2 - Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal também já analisou a matéria tratada no presente trabalho. Em recente decisão, publicada em 27.08.2010, entendeu aquela Egrégia Corte Superior não ser possível instituir a cobrança de remuneração pelo uso do solo e espaço aéreo. Vejamos a ementa da decisão proferida:

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

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

2. As faixas de domínio público de vias públicas 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. Tamanha é a intensidade da participação do bem de uso comum do povo na atividade administrativa que ele constitui, em si, o próprio serviço público [objeto de atividade administrativa] prestado pela Administração.

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

5. A Constituição do Brasil define a competência exclusiva da União para explorar os serviços e instalações de energia elétrica [artigo 21, XII, b] e privativa para legislar sobre a matéria [artigo 22, IV]. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com a declaração, incidental, da inconstitucionalidade da Lei n. 1.199/2002, do Município de Ji-Paraná. (RE 581947, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 26-08-2010 PUBLIC 27-08-2010 EMENT VOL-02412-05 PP-01113)

Como se verifica, o Supremo Tribunal Federal afasta a possibilidade de cobrança de remuneração pelo uso das vias públicas, solo, subsolo e espaço aéreo. Ressalte-se, ainda, que a decisão acima transcrita foi proferida nos autos de um Recurso Extraordinário interposto pelo Município de Ji-Paraná, que discutia a constitucionalidade da Lei nº 1.199/2002, citada a título ilustrativo no presente.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal é o fundamento de validade do ordenamento jurídico pátrio. É ela que dita as regras para instituição de tributos e as hipóteses em que poderão ser utilizadas as outras formas de remuneração pretendidas pelo Estado.

No que tange à criação das taxas, o artigo 145, II da Magna Carta prevê as hipóteses em que a mesma poderá ser criada. O texto constitucional prevê, ainda, as hipóteses em que o Estado poderá atuar como se particular fosse, sendo que, desta atividade, situada no regime jurídico de direito privado, poderá ser exigido como contraprestação, o preço público.

Ato contínuo, ao ser analisado o serviço público e a forma que o Estado efetua tal prestação, foi possível concluir que a cobrança de remuneração pelo uso das vias públicas, solo, subsolo e espaço aéreo daqueles particulares que estão no exercício de atividade que competia originalmente ao Poder Público, acaba por restringir o exercício de tais atividades, em total violação ao princípio da supremacia do interesse público.

Diante desse contexto, com a finalidade de verificar a viabilidade da cobrança de remuneração pelo uso das vias públicas, solo, subsolo e espaço aéreo, foram analisadas as espécies de cobrança instituídas como forma de remuneração pelo uso dos bens pretendidos.

No que tange ao preço público foi verificado que tal forma de remuneração pode ser exigida quando o regime de contratação for o de direito privado, a remuneração vise remunerar um atividade econômica exercida pelo Estado e decorra do acordo de vontades entre as partes.

Contudo, tais requisitos não estão presentes na cobrança de preço público como forma de contraprestação pelo uso das vias públicas, solo, subsolo e espaço aéreo. Isso

porque para a cobrança do preço público em análise inexistiu um acordo de vontades. Tal cobrança decorre de uma imposição legal e não de um acordo entre as partes.

Por outro lado, certo é que a utilização das vias públicas, do solo, subsolo e espaço aéreo não é feita sob a égide do direito privado, mas sim sob a ótica do direito público, já que os particulares que utilizam de tais bens estão no exercício de uma atividade que originalmente pertenceria ao Estado.

Por fim, evidente é que a contraprestação pretendida não remunera nenhuma atividade econômica exercida pelo Estado, mas apenas a utilização de um bem pelo particular.

Assim, nos termos em que exposto, foi possível concluir que a cobrança de preço público como forma de remuneração pelo uso das vias públicas, solo, subsolo e espaço aéreo não encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio.

Relativamente à cobrança de taxa foi verificado que a Constituição Federal autoriza a sua cobrança em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de um serviço público específico e divisível. Tendo em vista as hipóteses em que pode ser exigida a taxa, foi analisado o que deve ser entendido por poder de polícia e por serviço público.

Como consequência, foi possível concluir que a cobrança de taxa como forma de remuneração pelo uso das vias públicas, solo, subsolo e espaço aéreo não está de acordo com o ordenamento jurídico pátrio.

Como visto, a possibilidade de exigência da taxa restou afastada pela inexistência de qualquer prestação de serviço pelo Estado, que seja específico e indivisível com relação ao contribuinte.

Com referência à exigência de taxa pelo uso do poder de polícia, a cobrança desta foi afastada em razão de inexistir qualquer agir concreto e específico da administração direcionado ao administrado. Vale dizer, o Estado não atua como órgão fiscalizador quando exige a taxa em análise, razão pela qual tal cobrança não pode subsistir.

Portanto, pode-se concluir que, quer seja a exigência de preço público, quer seja a exigência de taxa pelo uso das vias públicas, solo, subsolo e espaço aéreo não está de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, violando aquilo que a Constituição Federal instituiu capaz de ensejar a exigência das referidas formas de contraprestação.

BIBLIOGRAFIA

THEODORO, Jr. Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 42 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, Ed. Malheiros

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. Ed. Dialética. 6ª Edição.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Finanças Públicas*. São Paulo: RT, 1979.

CARVALHO. Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. Ed. Noeses. 2ª

MACHADO. Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*, Ed. Malheiros, 28ª edição

CARVALHO. Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 13ª Ed., Saraiva, 2000

TÔRRES. Heleno Taveira. *Direito Tributário das Telecomunicações*. 1ª Ed., São Paulo: IOB Thomson: ABETEL, 2004

www.fiscosoft.com.br.