Número 13 – fevereiro/março/abril - 2008 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

TELECOMUNICAÇÕES E INFRA-ESTRUTURA: ARTIGOS 73 E 74 DA LEI 9.472/97

Lucia Valle Figueiredo
Professora Titular de Direito Administrativo da PUC-SP. Juíza aposentada do Tribunal Regional Federal da 3 ª Região.
Advogada e Consultora Jurídica em São Paulo.

Sumário: 1. Introdução; 1.1. A Federação Brasileira; 1.2. A partilha constitucional de competências; 1.3. Competências administrativas e legislativas; 2. Competências expressas da União e Municípios; 3. Competências administrativas concorrentes; 3.1. Competências concorrentes para legislar; 4. Competências remanescentes dos estados; 5. A legislação federal sobre telecomunicações; 5.1. Breve escorço histórico sobre as telecomunicações; 5.2. A Lei 9.472 de 1997 (Lei Geral das Telecomunicações); 6. Questões ligadas aos artigos 73 e 74 da Lei de Telecomunicações; 7. Síntese conclusiva.

1. INTRODUÇÃO

O enfrentamento do tema exige, sem dúvida, que se verifiquem as competências constitucionais, pois, no Brasil, república federativa, convivem ordens jurídicas parciais, que se devem concertar em um todo sistemático.

Comecemos, pois, com o exame da federação brasileira.

1.1. A FEDERAÇÃO BRASILEIRA

A federação brasileira, nos termos da Constituição de 1988, tem particularidade e anomalia, que a diferencia do conceito lógico-jurídico de federação.

Federação é o modelo constitucional em que se prevê a descentralização do poder estatal, tal seja a pluralidade de centros de poderes autônomos, coordenados pelo poder central, este sim, exercendo a soberania externa.

Assinala Lúcio Levi, no Dicionário Político, organizado por Norberto Bobbio:

> *"... o equilíbrio constitucional não pode se manter sem a primazia da Constituição em todos os poderes. Com efeito a autonomia desse modelo se traduz no fato de que o poder de decidir concretamente, em caso de conflito, quais sejam os limites que as duas ordens de poderes soberanos não podem ultrapassar, não pertence nem ao poder central, como acontece no Estado Unitário, onde as coletividades territoriais menores usufruem de uma autonomia delegada, nem aos Estados federados (como acontece no sistema confederativo, que não limita a soberania absoluta dos Estados). Este poder pertence a uma autoridade neutral, os tribunais, aos quais é conferido o poder de revisão constitucional das leis.* [1]*"*

Característica essencial do estado federal é a coexistência pacífica de ordens jurídicas parciais, normalmente União e Estados.

Todavia, em termos jurídicos-positivos, é o Município ente da federação, embora não se faça representar; por esse motivo, a anomalia a que nos referimos a forma federativa é tão importante na Constituição brasileira, que não admite modificações, constituindo-se, pois, em cerne fixo ou "cláusula pétrea", como se verifica do artigo 60, § 4º, inciso I:

> *"Art. 60 § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado;"*

Impende assinalar que a federação, apesar de ter, pelo menos, conteúdo mínimo para assim se poder chamar, deverá ser analisada precipuamente a lume da Constituição vigente, sobretudo no pertinente à partilha constitucional, essencial à federação.

1.2. A PARTILHA CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS

No que tange à partilha constitucional, verificamos que a Constituição distingue as competências da União, dos Estados e dos Municípios, reservando à primeira (artigo 21) e aos últimos (30) competências expressas. Os Estados ficam com as competências residuais (artigo 25, § 1º).

[1] Dicionário político de Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, tradução de Carmen C; Varriale e outros, 2ª edição, Editora Universidade de Brasília, verbete "*Federação",* p. 481. Está o autor a se referir às federações como normalmente concebidas, tal seja, União e Estados.

1.3. COMPETÊNCIAS ADMINISTRATIVAS E LEGISLATIVAS

Demais disso, a Constituição atribui **competências administrativas comuns à União, Estados, Distrito Federal e Municípios (artigo 23)** e **competências legislativas concorrentes à União, Estados e Distrito Federal (artigo 24**).

Todavia, no artigo 30, a competência do Município, para legislar sobre **assuntos de interesse local**, torna a **competência municipal também concorrente** ou, em certas hipóteses, **específica**, **se a matéria for exclusiva ou preponderantemente de interesse local**, como é a do artigo 182, ordenação urbanística de território (§ 1º do artigo mencionado).

Ademais, no inciso II do mencionado artigo 30, compete ao Município **suplementar a legislação federal e a estadual no que couber.**

2. COMPETÊNCIAS EXPRESSAS DA UNIÃO E DOS MUNICÍPIOS

Vejamos, ainda que sumariamente, pelo menos as competências expressas da União e dos Municípios, que se façam necessárias, indispensáveis mesmo, ao exame de que se cogita.

Quanto às competências da União, listadas no artigo 21 da Constituição, incisos I (manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais), II (declarar a guerra e celebrar a paz), III (assegurar a defesa nacional), IV (permitir, nos casos previstos em lei complementar que forças estrangeiras...), s**ão inerentes à situação de soberania**.

No inciso V, ainda do mesmo artigo, as decretações do estado de sítio, de defesa, e a intervenção federal também não podem estar ligadas, pela própria natureza das medidas, quer à competência dos Estados, autônomos para gerir os interesses de seu território, quer a dos Municípios, autônomos para gerenciamento dos interesses locais, pois transcendem, e muito, interesses regionais ou locais.

Todavia, cumpre assinalar que o inciso IX desse mesmo artigo 21, tal seja, *(elaboração e execução de planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social*), bem como o inciso XX do mesmo artigo (*instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos)* podem ensejar alguma dificuldade, porque acabam por se imbricar com competências estaduais (planos regionais) e *com competências municipais, como as do inciso XX.*

Entretanto, ***imbricar*** é sobrepor-se como as telhas de um telhado. Não é tomar o *lugar de, invadir, intrometer-se, imiscuir-se*. Portanto, constitucionalmente

atribuída a competência, é mister que se mantenha a União estritamente dentro do campo do interesse nacional.

É, entretanto, a competência da União, enunciada no inciso *XI (explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de telecomunicação, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais)*, redação dada pela Emenda n° 8, de 15.08.1995, que vai diretamente nos interessar.

A legislação é outrossim, também competência da União (artigo 22, III).

3. COMPETÊNCIAS ADMINISTRATIVAS CONCORRENTES (ARTIGO 23)

É, ainda, no âmbito das competências administrativas concorrentes (no artigo 23 da Constituição) que pode residir problemas, no tema ora examinado.

Vejamos os diversos incisos, naquilo que nos interessa:

> *"Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:*
>
> *I (...)* ***e conservar o patrimônio público;*** *(utilização dos bens públicos);*
>
> ***II omissis;***
>
> *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; (tombamento);*
>
> *IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; (preservação da memória)*
>
> *V - omissis;*
>
> *VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; (preservação ambiental)*
>
> *VII, VIII, IX X, XII (omissis)."*

No parágrafo único, verifica-se o comando determinando que a lei complementar fixe normas para cooperação entre a União os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento do bem-estar em âmbito nacional.

Nunca será demais repetir que exercem os entes políticos função. E função é "atividade de quem não é dono" (Cirne Lima), assim seu desempenho é obrigatório.

Entendidas as normas constitucionais como dotadas de eficácia e, em várias das hipóteses, com ratificação expressa de outras normas constitucionais como, por exemplo, a do artigo 225 *caput*, § 1º e § 2º e 3°[2], verificamos que as pessoas enumeradas no artigo 23 **devem exercitar plenamente as competências outorgadas constitucionalmente**, mesmo sem se considerar a cooperação, que se deverá dar, se editada fosse a lei complementar.

Também lembremos que, aos municípios, por força do artigo 182 da Constituição, *compete exclusivamente o ordenamento do solo urbano*. Pós Constituição de 1988, o subsolo acompanha a propriedade do solo, exceção feita apenas no artigo 20, IX, (referente aos recursos minerais de propriedade da União).

3.1. COMPETÊNCIAS CONCORRENTES PARA LEGISLAR (ARTIGO 24)

É, todavia, no âmbito das competências concorrentes para legislar que problemas de certa complexidade podem ocorrer. Comece-se pelo *caput* do artigo: *"Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente..."*.

Verificamos possibilidade de existência de legislação municipal, em assuntos de interesse local, na esfera do direito administrativo, como no direito urbanístico e ambiental (inciso I), VI (legislação sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, ***defesa do solo*** e dos ***recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição***), VII (proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico), VIII (responsabilidade por dano ao meio ambiente, (...) a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico).

O socorro deverá vir da interpretação sistemática com o art. 30, I (legislar sobre assuntos de interesse local), II (suplementar a legislação federal e a estadual no que couber), VIII (promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da

[2] O artigo enumerado com os parágrafos indicados referem-se ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado e a sua defesa.

ocupação do solo urbano), em consonância com o artigo 182[3] § 1º[4]. E, assim segue.

Entretanto, o maior problema reside, sem sombra de dúvida, no § 1º do artigo 24, que transcrevemos:

> *"Art. 24 - (...) § 1º. No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer* ***normas gerais****.* (grifamos)
>
> O parágrafo 2º não desperta problema maior quando é afirmado que *:"§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais* ***não exclui a competência suplementar*** *dos Estados".* (grifamos)

E os §§ 3º e 4º estão assim enunciados:

> *"§ 3º. Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades; § 4º. A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário".*

A Constituição admite, expressamente, que os Estados legislem também sobre normas gerais, suplementarmente, vez que *"a competência da União não exclui a competência suplementar dos Estados".*

Suplementar é ***preencher claros, é adicionar, esclarecer, aperfeiçoar***. Portanto, ao Estado cabe o aperfeiçoamento regional das normas gerais estabelecidas pela União.

Ainda há mais. Na inexistência de normas gerais, exerce o Estado a competência plena, para atendimento de suas peculiaridades (§ 3º do artigo 24). Todavia, a superveniência de lei federal (nacional) sobre normas gerais **suspende a eficácia da lei estadual, no que esta for contrária à lei federal**.

---

[3] 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.

[4] 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 do município.

Aos municípios, também no que couber, compete suplementar a legislação federal e estadual. É dizer, no que não exceda os limites dos procedimentos locais (legislação sobre assuntos de interesse local, artigo 30, I, conjugado com o II).

4. COMPETÊNCIAS REMANESCENTES DOS ESTADOS

Segundo os constitucionalistas, as competências remanescentes dos Estados têm abrangência pequena. Em Constituição, como a nossa, *em que os poderes da União são expressos*, e que a *legislação municipal também é expressa*, pouco remanesce ao Estado, a não ser, certamente, seu direito administrativo, neste podendo incluir-se a legislação sobre meio-ambiente (artigo 24, VI), a proteção do patrimônio histórico, cultural, paisagístico e controle de poluição (artigo 24, VII), a responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (que pode estar presente, quando se tratar da colocação da infra-estrutura para as telecomunicações).

Enfim, o enumerado no prefalado artigo 24, desde que não atinja o interesse local dos Municípios.

Com relação às normas gerais, em breve síntese, podemos afirmar;

> ***"Normas gerais, no ordenamento brasileiro, têm características diferenciadas das normas (classicamente também denominadas de gerais), pois (1) dispõem de forma homogênea para determinadas situações para garantia da segurança e certeza jurídicas, (2) estabelecem diretrizes para o cumprimento dos princípios constitucionais expressos e implícitos, (3) porém não podem se imiscuir no âmbito de competências específicas dos outros entes federativos [5]."***

Portanto, conforme verifica-se do próprio conceito e do abordado anteriormente sobre as competências, não se pode cogitar que as normas da União, gerais ou não, sejam hierarquicamente superiores às normas estaduais ou municipais.

Trata-se – como examinado – de delimitação constitucional de competências federativas para que as ordens jurídicas parciais convivam harmoniosamente.

---

[5]Se houver interesse, consulte-se trabalho de nossa autoria *"Competências Administrativas dos Estados e Municípios"*- in Revista de Direito Administrativo Aplicado - ano 01 - vol. 03 - dezembro /1994 - pp. 702/718 - Gênesis Editora - Curitiba/PR.; Boletim de Direito Administrativo nº 11, novembro/1994, págs. 658/671 - Editora NDJ Ltda.

5. A LEGISLAÇÃO FEDERAL SOBRE TELECOMUNICAÇÕES

Dispostas, ainda que brevemente, as premissas necessárias à elaboração deste estudo, vamos verificar como a União, legislou ***em sua competência privativa*** **sobre as telecomunicações** (artigo 22, IV***),*** e, mais precisamente, no ponto que nos interessa, tal seja, qual a possibilidade de utilização da infra-estrutura dos municípios para implementação desses serviços (artigo 73 da Lei 9.472/97).

5.1. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO

Cabe-nos inicialmente, a fim de alojarmos o assunto que está a nos preocupar, breve escorço histórico.

À União, consoante a redação original da Constituição de 1988, competia explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telefonia, transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, nos termos do artigo 21, XI da Constituição de 1988, o que era feito.

A Emenda Constitucional n.º 8, de 15 de agosto de 1995, alterou o mencionado artigo, tendo em vista a Reforma do Estado e a Desestatização, que se prenunciavam, dispondo *"que à União caberia 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".*

De seu turno, a Lei 8.987/95 já disciplinara o regime da concessão[6] e permissão[7] da prestação de serviços públicos em geral, para União, e, em obediência ao comando constitucional do artigo 175 da Constituição da República, serve como normas gerais para os Estados e Municípios.

[6]Concessão de serviço público, já conceituamos alhures, como espécie de contrato administrativo por meio do qual o Poder Público concedente, sempre precedido de licitação, salvo as exceções legais (dispensa e inexigibilidade), transfere o exercício de determinados serviços ao concessionário, pessoa jurídica privada, para que os execute em seu nome, por sua conta e risco.

[7] De seu turno, permissão de serviço público, consoante já afirmamos: "a permissão de serviço público (não toda e qualquer permissão) foi colocada, neste texto constitucional, *pari passu* com a concessão de serviço público.... Mas, se assim está devemos concluir pelo regime jurídico assemelhado". O conceito doutrinário de autorização, de outra parte, foi alterado, porque deverá ter, esta (autorização), categoria de ato vinculado.

5.2. A LEI DE TELECOMUNICAÇÕES (LEI 9.472/97)

Entretanto, é a Lei 9.472 de 16/07/1997 que "*Dispõe sobre a Organização dos Serviços de Telecomunicações, a criação e o funcionamento de um Órgão Regulador e outros aspectos institucionais*", nos termos da Emenda n.º 8 de 1995.

O artigo 62 da Lei de Telecomunicações, supra citada, divide os serviços em (1) *serviços de interesse coletivo* e (2) *de interesse restrito*, subordinando este último aos condicionamentos necessários para que sua exploração não prejudique o interesse coletivo.

O regime dos serviços de telecomunicações, segundo classificou a Lei, pode ser *público ou privado* Quanto ao primeiro obriga-se a universalização e a continuidade e deve ser prestado por concessão ou permissão.

Essas modalidades de interesse coletivo, cuja prestação dá-se ***em regime de direito público***, a União compromete-se a assegurar. Os serviços telefônicos fixos comutados estão nesse regime.

Ainda reconhece a Lei três modalidades de regime jurídico de prestação: *1. exclusivamente no regime público; 2. exclusivamente no regime privado; 3. concomitantemente em regime público e privado.*

De outra parte, *os serviços de telecomunicações de interesse restrito* não comportarão *prestação no regime público.*

Somente as prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de dutos, condutos e servidões pertencentes ou controladas por prestadoras de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público.

O órgão regulador do cessionário ficará com a competência de atribuir os meios a serem utilizados e definir as condições para o adequado atendimento do disposto no caput do artigo 73[8].

O artigo 74 deixa claro – como não poderia deixar de ser – que as prestadoras, *quer concessionárias, quer permissionárias,* devem atendimento às normas de engenharia e às leis municipais estaduais ou do distrito federal

[8] A íntegra dos artigos 73 e 74 é a seguinte: "Art.73 - As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis.

Parágrafo único. Caberá ao órgão regulador do cessionário dos meios a serem utilizados definir as condições para adequado atendimento do disposto no "caput". "Art. 74 - A concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações não isenta a prestadora do atendimento às normas de engenharia e às leis municipais, estaduais ou do Distrito Federal relativas à construção civil e à instalação de cabos e equipamentos em logradouros públicos."

relativas à construção civil e à instalação de cabos e equipamentos em logradouros públicos.

6. QUESTÕES DECORRENTES DOS ARTIGOS 73 E 74 DA LEI 9.472/97

Cabe questionar os problemas, que podem ser suscitados. Vejamos alguns deles: (1) São os municípios obrigados a permitir a passagem pelo solo ou subsolo dos dutos necessários às telecomunicações? (2) Podem os municípios cobrar remuneração pela instalação dos meios necessários para a prestação de serviços de telecomunicações, nos bens de seu domínio? (3) Teria o DNER competência para instituir cobrança no tocante às faixas de domínio reservado das rodovias? (4) E, se houver sido a estrada privatizada, teriam as concessionárias competência para instituir cobrança? (5) Haveria soluções diversas nas hipóteses de serviços implantados antes, ou depois, da privatização do setor?

6.1. O MUNICÍPIO E A INSTALAÇÃO DA INFRA-ESTRUTURA NECESSÁRIA PARA AS TELECOMUNICAÇÕES

Há certamente diferenças, nas hipóteses de os serviços serem executados por concessionárias obrigadas *à universalidade de serviços*, até mesmo porque, nesses casos, a União, concedente, se responsabilizará, nos termos do artigo 73 da Lei 9.472/ 97, por possibilitar os meios, de forma não discriminatória *"e a preços e condições justos e razoáveis".*

De que modo poderá fazê-lo sem atingir a autonomia dos Municípios? Creio que uma das maneiras seria a instituição de servidão de passagem, arcando com os preços referentes a essa instituição, ou transferindo-os aos concessionários, dependendo do que for estipulado no edital da licitação e no contrato de concessão[9].

A Lei de Desapropriações, de n° 3.365/41 permite que a União desaproprie bens municipais (artigo 2º, § 2° da Lei), desde que haja declaração de utilidade pública, que poderá ser calcada no artigo 5° letra "h" da mesma Lei. E o artigo 40,

[9]Ainda há mais: o artigo 100 da Lei de Telecomunicações (Lei 9.472/97) dispõe que aos concessionários cabem os ônus. Nada impediria, contudo, consoante pensamos (quando se tratasse de concessionário de serviço *em regime de direito público,* a fim de que as tarifas cobradas dos usuários pudessem ser mais baixas, fosse pactuado, para aquelas hipóteses - desapropriação ou servidão) que o concedente assumisse as indenizações, se isso constasse expressamente da composição econômico-financeira para determinação tarifária. Naturalmente, nessa hipótese, na reversão dos bens, não incidiria, o parágrafo único do artigo 102 da Lei (indenização ao concessionário dos bens revertidos).

também da Lei Geral de Desapropriações, permite ao expropriante constituir servidões[10].

Quando se tratar de implantação de infra-estrutura no subsolo, parece-nos hipótese típica de servidão de passagem. A servidão, tanto quanto à desapropriação, poderá ser feita por acordo entre as pessoas jurídicas de direito público homologado judicialmente.

Se não houver tal possibilidade de acordo, deverá ser feito o processo de constituição de servidão, com a declaração de utilidade pública, a avaliação dos ônus à municipalidade, e pedido de imissão provisória, feito o depósito inicial, e fixado posteriormente o *quantum* indenizatório.

6.2. A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM REGIME DE DIREITO PRIVADO

Se o regime da prestação de serviço for de autorização ou permissão, e o serviço prestado *em regime de direito privado*, ainda assim, não me parece possam os municípios se recusarem a conceder a permissão de passagem, que, na verdade assemelha-se, em tudo e por tudo, também à servidão. O tempo de duração deverá ser fixado da mesma forma que o for na concessão, permissão ou na autorização, e os preços devem ser proporcionais, razoáveis aos incômodos causados.

Os valores seriam definidos levando-se em conta que as tarifas, que serão pagas pelos usuários, devem, em decorrência dos princípios constitucionais (Emenda 19/98) e, se determinação legal (Lei 8.987/95, artigo 6º, § 1º), serem módicas. Portanto, os custos da passagem devem ser razoáveis.

Quando não houver possibilidade de composição, somente o Judiciário poderá dirimir a contenda, pois, quando estiver em jogo pessoa de direito público, esta não poderá se submeter à arbitragem, consoante pensamos, vênia devida daqueles que pensam contrariamente. E, de qualquer modo, seja o concessionário que arque com os ônus, seja o concedente, sempre haverá, do outro lado a União, o Estado federado ou o Município, detentores de direitos indisponíveis.

6.2.1. IMPLANTAÇÃO DA INFRA-ESTRUTURA NA SUPERFÍCIE

Pode ocorrer que o problema seja de implantação na superfície, o que obrigará a maiores cautelas do Município, tendo em vista seu planejamento urbano e as conseqüências ambientais.

[10] Ademais, há previsão expressa na Lei 9.472/97, em seu artigo 100, o que configuraria uma das hipóteses explícitas de desapropriação.

Trata-se, na hipótese, de edificação a ser licenciada pela Municipalidade, e que poderá ser exigido preço público de ocupação. Taxas somente serão devidas pelo licenciamento (competência fiscalizatória do município), da mesma maneira que são exigidas de todos os que precisam ter aprovadas edificações e/ou atividades licenciadas.

O Município[11] não pode impedir a passagem dos equipamentos urbanos, porém deverá expedir sempre licença municipal, afim de, em certos casos, admitir a utilização de seu solo ou subsolo, porém, se necessário for, com alterações do traçado, em virtude de causas impeditivas, como, por exemplo, tombamentos.

6.3. ÁREAS CONTÍGUAS ÀS ESTRADAS *(AREA NON AEDIFICANDI)*

Na construção de estradas prevê-se *aerea non aedificandi*, que é para aumentar a segurança dos usuários. Esta área já foi ou não indenizada ao proprietário primitivo do imóvel (conforme o caso)[12], passando ao domínio pleno do expropriante, seja a União, Estados ou Municípios, dependendo de a estrada ser federal, estadual ou municipal (estradas vicinais).

Conseqüentemente, se a estrada for de domínio da União, e como esta deverá assegurar os meios de implantação (artigo 73 da Lei 9.472/97), afigura-se-nos possa haver custo para o concessionário, se tal custo houver sido previsto no edital ou na aferição das tarifas a serem cobradas do usuário.

Se for de domínio estadual ou municipal a colocação será idêntica à efetuada no item 6.1., tal seja, acordo ou declaração de utilidade pública seguida de servidão de passagem.

6.4. COMPETÊNCIA DO DNER PARA INSTITUIR COBRANÇA

O DNER tem competência para instituir cobrança pelas faixas de domínio, porque tais faixas estão na sua administração, se federais forem as estradas e

[11] Consulte-se a respeito do tema examinado, excelente artigo da Procuradora do Município de Porto Alegre, Vanêsca Buzelato Prestes, na Revista *Interesse Público*, nº 07, p. 162/179.

[12] O Min. Carlos Mário Velloso, enquanto Ministro do Egrégio TFR, decidiu: (omissis) - fundamentou na súmula 142-TRF. (omissis) Esta é a regra, que apresenta, entretanto, exceções, podendo a questão ser assim equacionada: a) tratando-se de área rural, a cláusula *non aedificandi* se impõe sem indenização, tal como enunciado na Súmula n. 142-TFR; b) se a rodovia preexistia à inclusão da área no perímetro urbano, a restrição edilícia continua prevalecendo, sem indenização; c) todavia, se a rodovia penetra em zona urbana, a indenização terá lugar, da seguinte forma: c.1) pelo seu valor total, passando ao expropriante o respectivo domínio, no caso de aniquilamento integral da propriedade; c.2) indenização parcial, pela imposição do uso restrito, permanecendo o domínio com o proprietário, com a aplicação, neste caso, do art. 37 do Decreto-lei n. 3.365/41. (omissis) (TFR, Ap. cível 84.339, j. 4.9.1985, *DJU* 3.10.1985)".

remanescentes de desapropriações efetuadas (artigo 4 do Decreto-Lei 512 de 2l.03.1969).

Tratar-se-á de preço público. Tudo, entretanto, dependerá do edital de licitação e da pactuação efetuada quando da outorga da concessão ou permissão.

6.5. ESTRADAS PRIVATIZADAS

No caso das estradas privatizadas, em nossa opinião o problema parece ser absolutamente semelhante.

Na verdade, a exploração da estrada é que é privatizada. É preciso não esquecer que o bem é público, e continuará público, por força do regime jurídico dos bens públicos.

As concessionárias, na medida em que a infra-estrutura passe subterraneamente na estrada, objeto de concessão, e não em área *non aedificandi,* ou se situem no solo, caso das torres, teriam competência, para instituir preços públicos, nas hipóteses de serviços prestados por outros concessionários em **regime de direito privado**. Todavia, nos serviços de interesse coletivo, **regime de direito público**, na verdade, no próprio instrumento celebrado, por ocasião da privatização, já deveria ter sido estipulado.

6.6. QUANTO À INCIDÊNCIA DE TRIBUTOS

Se as concessionárias são entidades privadas, não há qualquer imunidade no tocante aos tributos devidos, seja o ICMS, imposto de renda[13], contribuições para seguridade social (como já decidiu o STF na hipótese dos derivados de petróleo), etc.

De outra parte, não haveria mesmo aplicabilidade do artigo 155, § 3°[14], pois não será cobrado *tributo* pelo Município, mas, sim, *preço público* pela utilização

---

[13] O imposto sobre a renda - a nosso ver - incidiria por não se tratar de *tributos sobre operações*.

[14] O teor do artigo 155, § 3º é o seguinte: "Art. 155 - Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...).

§ 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do "caput" deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro tributo poderá incidir ***sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País"***. (grifos nossos)

No tocante à imunidade, prevista pelo artigo 155, § 3º da Constituição, salvo opiniões judiciosas em contrário, a Suprema Corte entendeu que a mesma não afeta a competência impositiva outorgada à União para as contribuições da seguridade social, como se pode verificar do Informativo 155 daquele Egrégio Tribunal:

de seu solo e subsolo urbanos, ou, então, será a hipótese de indenizações pela desapropriação ou servidão instituídas.

6.7. HÁ DIFERENÇAS ENTRE OS MEIOS DE TELECOMUNICAÇÕES IMPLANTADOS ANTES E DEPOIS DA PRIVATIZAÇÃO DO SETOR?

Se houver necessidade de expansão ou alteração, a questão será solvida da mesma forma. Se, por acaso (o que dificilmente acontecerá), não houver tal necessidade, a concessão já teria sido atribuída *rebus sic stantibus*, portanto, com os equipamentos já instalados, a não ser que o edital tenha disposto diferentemente.

Todavia, não há possibilidade de resposta simples e geral para todo e qualquer caso, pois, somente diante de casos concretos das concessionárias, permissionárias ou autorizadas, e das questões de cada Município, o problema poderá ser melhor equacionado e resolvido.

O que fica esclarecido é que o Município não pode se opor à passagem ou colocação dos equipamentos, mesmo se o serviço for executado em regime de direito privado. Entretanto, como o Município é ente da federação, não existindo hierarquia com relação às pessoas jurídicas, mas, somente preponderância de interesses, se o equipamento afetar o interesse local, deverá ser procurada situação conciliatória para solução dos litígios. Se impossível, somente o

---

"1. COFINS: Incidência - Concluído o julgamento de recursos em que se discute a legitimidade da cobrança da COFINS, do PIS e do FINSOCIAL sobre as operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, **derivados de petróleo, combustíveis** e minerais (v. Informativos 128 e 130). O Tribunal entendeu que a imunidade prevista no § 3º do art. 155 da CF/88 - que, à exceção do ICMS e dos impostos de importação e exportação, determina que nenhum outro tributo poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País - não impede a cobrança das *referidas contribuições sobre o faturamento das empresas que realizem essas atividades, tendo em vista o disposto no art. 195, caput, da CF, que prevê o financiamento da seguridade social por toda a sociedade, de forma direta e indireta.* Vencidos os Ministros Moreira Alves, Marco Aurélio e Sydney Sanches, por entenderem que a vedação contida no § 3º do art. 155 da CF abrange as contribuições representadas pela COFINS, PIS e FINSOCIAL. Leia em Transcrições a íntegra do relatório e voto do Min. Carlos Velloso, relator. RE (AgRg) 205.355-DF, RREE 227.832-PR, 230.337-RN, 233.807-RN, rel. Min. Carlos Velloso, 1º.7.99.

"COFINS: Incidência - RE 230.337-RN *. Min. Carlos Velloso (relator) -Voto:

(omissis)

"EMENTA: - CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. COFINS. DISTRIBUIDORAS DE DERIVADOS DE PETRÓLEO, MINERADORAS, DISTRIBUIDORAS DE ENERGIA ELÉTRICA e EXECUTORAS DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. C.F., art. 155, § 3º. Lei Complementar nº 70, de 1991.

I. - Legítima a incidência da COFINS *sobre o faturamento da empresa*. Inteligência do disposto no § 3º do art. 155, C.F., em harmonia com a disposição do art. 195, caput, da mesma Carta. Precedente do STF: RE 144.971-DF, Velloso, 2ª T., RTJ 162/1075. II. - R.E. conhecido e provido." (grifamos)

Judiciário poderá dirimi-las, se estiver em jogo pessoa de direito público, como já acentuado, em face, portanto, de direitos indisponíveis.

Fique claro que o mesmo não acontecerá quando se tratar de *questões entre concessionárias ou permissionárias de serviço público, que podem ser resolvidas por arbitragem.*

O limite para a o Município cobrar, certamente será a fixação de preços (tarifas) dentro do critério de razoabilidade e proporcionalidade[15], a fim de não onerar as tarifas cobradas aos usuários pelas concessionárias.

Por outro lado, o preço deverá remunerar os ônus suportados pelo Município e não se constituir em fonte de arrecadação e lucro, sem quaisquer peias ou amarras.

7. SÍNTESE CONCLUSIVA:

7.1. A análise da questão proposta, tal seja a implantação de infra-estrutura para as telecomunicações, deve passar, necessária e rigorosamente, pelo exame das competências constitucionais, pois o Brasil é uma federação e, ademais disso, atípica, porque o Município é seu ente integrante.

7.2. A competência municipal há que ser preservada da forma com que lhe foi atribuída constitucionalmente, pois não há hierarquia entre as pessoas políticas, mas, sim, competências demarcadas e interesses mais, ou menos, preponderantes dado seu âmbito de abrangência.

---

[15] A Suprema Corte de nosso país está a construir a aplicação da teoria da razoabilidade e da proporcionalidade em casos como esses (pelo menos, assim nos parece.) Citem-se os seguintes acórdãos (não referentes ao que ora se discute, porém à aplicabilidade dos princípios: "ADIMC-855/PR - Relator: Ministro Sepúlveda Pertence - Julgamento: 01/07/1993. (omissis): argüição de inconstitucionalidade nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e PARS., 25, PAR. 2., 238, ***além de violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade*** das leis restritivas de direitos: .....(grifamos). Resultado: deferida. Votação: por maioria."

"ADIMC-1158/AM - Relator: Ministro Celso de Mello - Julgamento: 19/12/1994. Ementa: Ação Direta de Insconstitucionalidade - (omissis). A norma legal, que concede a servidor público inativo gratificação de férias corresponde a um terço (1/3) do valor da remuneração mensal, ofende o critério da **razoabilidade** que atua, enquanto projeção concretizadora da **cláusula do "substantive due process of law"**, como insuperável limitação ao poder normativo do Estado. (grifamos). Omissis. Resultado: deferido. Votação: Unânime."

"ADIMC-1753/DF - Relator: Ministro Sepúlveda Pertence - Julgamento: 16/04/1998. Ementa: (omissis) - 2. A igualdade das partes é imanente ao procedural due process of law; quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência tem transigido com alguns fatores legais que, além da vetustez, tem sido reputados não arbitrários por visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas; ***se, ao contrário, desafiam a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade***, caracterizadas inovações discutíveis, ..."(grifamos).

7.3. A única pessoa competente para legislar sobre *telecomunicações* é a União, mas, nem por isso, poderá a agência reguladora, - como aliás a própria Lei reconhece (artigo 74 da Lei 9.472/97), - passar por cima das competências municipais e, sobretudo, da competência veiculada no artigo 182 da Constituição (ordenação do solo territorial do município).

7.4. Há diferença entre os serviços concedidos com o caráter de universalidade, no regime de direito público, dos que não têm tal característica, submetendo-se ao regime de direito privado (claro que a preponderância de regime será de direito privado, mas não é possível esquecer ter o serviço de telecomunicações assento constitucional, portanto, sempre haverá princípios constitucionais a serem obedecidos).

7.5. Desapropriações e instituições de servidões de passagem, em obediência ao artigo 100 da Lei de Telecomunicações, podem haver para os serviços concedidos em regime de direito público, ou, eventualmente, no regime de direito privado, como, também, na própria Lei de Desapropriações (Lei 3.365 e suas alterações posteriores).

7.6. Quando a infra-estrutura for implantada na superfície, maiores exigências serão feitas pelos municípios em decorrência de sua legislação específica municipal (licença para edificações e instalações, defesa do meio-ambiente, etc.).

Deixe-se claro que o Município não pode inviabilizar a concessão, portanto a própria prestação do serviço. Suas decisões, quando houver necessidade de alterações de traçados, etc., ***devem ser motivadas e sempre obediente aos princípios da igualdade, razoabilidade e proporcionalidade***, possibilitando amplamente a defesa do concessionário (*devido processo legal*).

A cobrança será feita por *preços públicos* e não por taxas. As taxas serão devidas, conforme já acentuamos, somente em função do poder fiscalizatório (licença de edificação e instalação das infra-estruturas).

7.7. As áreas contíguas às estradas, que se destinam à segurança dos usuários, quando suportarem a infra-estrutura, poderá ser efetuada a cobrança. Tal remuneração será por meio de *preço público* e não de taxa, por ausência de previsão constitucional para tal fim.

7.8. O DNER tem competência para instituir cobrança pela utilização das faixas de domínio, se federais, porque tais faixas estão sob sua administração. Tal possibilidade dependerá do contrato de concessão surgido da licitação precedente.

7.9. Quanto às estradas privatizadas remetemo-nos ao item 6.5 deste estudo.

7.10. No tocante aos tributos, são estes devidos, ou seja, devidos o ICMS, Imposto de Renda, Contribuição para Seguridade Social, como se verificou de

decisão do Supremo Tribunal Federal (acerca, especificamente da seguridade social), porque não gozam as concessionárias de imunidade tributária.

Taxas não são devidas, pois, ausente previsão constitucional, exclusão feita às taxas de licenciamento de edificações, licenças ambientais, porventura necessárias, em decorrência do exercício do chamado "poder de polícia" e, por nós, denominado de competência fiscalizatória.

7.11. Os Municípios não podem se opor à instalação da infra-estrutura, mesmo diante de serviços executados em regime de direito privado, porém devem examinar se a implantação pretendida está adequada ou não à ordenação de seu território, se respeita edifícios tombados, a higidez ambiental, etc., etc.

Por outro lado, o preço cobrado deverá remunerar os ônus suportados pelo Município e não se constituir em fonte de arrecadação e lucro, sem quaisquer peias ou amarras.

Finalmente, queremos enfatizar que estas são, apenas, reflexões das questões propostas por nós, de forma geral, e, não, diante de casos concretos, em que outras soluções poderão, certamente, surgir ou estas, ora feitas, serem complementadas e/ou aprimoradas, diante de determinadas peculiaridades de hipóteses específicas.

O intuito nosso foi, apenas, o de levantar questões para possibilitar reflexões e debates.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

FIGUEIREDO, Lucia Valle. TELECOMUNICAÇÕES E INFRA-ESTRUTURA: ARTIGOS 73 E 74 DA LEI 9.472/97. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 13, fevereiro/março/abril, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da

qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa:

Informação não disponível