

Procuradoria Geral do Estado

# A CONFLUÊNCIA DE COMPETÊNCIAS PARA REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS SEGUNDO A COMPREENSÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Rodrigo Augusto de Carvalho Campos

Prêmio “Procuradoria Geral do Estado”

2010

Série  
Estudos



**CEPGE**

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA  
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO





## **GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**ALBERTO GOLDMAN**  
Governador do Estado

**MARCOS FÁBIO DE OLIVEIRA NUSDEO**  
Procurador Geral do Estado

**MARCELO DE AQUINO**  
Procurador Geral do Estado Adjunto

**CARMEN LÚCIA BRANDÃO**  
Procuradora do Estado Chefe de Gabinete

**CARLOS JOSÉ TEIXEIRA DE TOLEDO**  
Procurador do Estado  
Chefe do Centro de Estudos





**GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

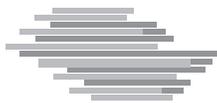
**A CONFLUÊNCIA DE COMPETÊNCIAS  
PARA REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS  
PÚBLICOS SEGUNDO A COMPREENSÃO  
DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

Rodrigo Augusto de Carvalho Campos

Prêmio “Procuradoria Geral do Estado”

2010

Série Estudos n. 19



**CEPGE**

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA  
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

## **CENTRO DE ESTUDOS**

### **Procurador do Estado Chefe**

Carlos José Teixeira de Toledo

### **Assessoria**

Clayton Alfredo Nunes, José Luiz Souza de Moraes e Roberto Ramos

## **ESCOLA SUPERIOR DA PGE**

### **Diretora**

Patricia Ulson Pizarro Werner

### **Vice-Diretora**

Marily Diniz do Amaral Chaves

### **Comissão Julgadora do Prêmio “Procuradoria Geral do Estado” 2010**

Presidida pelo Procurador Geral do Estado Marcos Fábio de Oliveira Nusdeo e composta pelos doutores Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, Daniel Antonio de Moraes Sarmento e Paulo Eduardo Garrido Modesto

### **Redação e Correspondência**

Serviço de Divulgação do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo  
Procurador responsável José Luiz Souza de Moraes  
Rua Maria Paula, 67, 10º andar, Bela Vista, CEP 01319-001 – São Paulo – SP – Brasil  
Telefone: (11) 3104-1417 – Fax: (11) 3104-1583  
Home page: [www.pge.sp.gov.br](http://www.pge.sp.gov.br)  
E-mail: [servicodivulgacao@pge.sp.gov.br](mailto:servicodivulgacao@pge.sp.gov.br)

Campos, Rodrigo Augusto de Carvalho

A confluência de competências para regulação dos serviços públicos segundo a compreensão dos Tribunais Superiores / Rodrigo Augusto de Carvalho Campos. – São Paulo : Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2010. 164 p. ; 23 cm. – (Série estudos ; n. 19).

Tese laureada com o Prêmio “Procuradoria Geral do Estado” – 2010.

1. Serviço público. 2. Competência regulatória. 3. Jurisprudência. I. Título.

CDD-352.1

CDU-351.9:654.01

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Hercília Maria de Oliveira do Nascimento (CRB-8/7.698), Diretora Técnica de Serviço de Biblioteca e Documentação do CE/PGE.

**PROCURADORIA GERAL  
DO ESTADO DE SÃO PAULO  
Centro de Estudos**

**SÉRIE ESTUDOS**  
Volumes Publicados

1. Direito Tributário: conferências
2. Ação Direta do Controle da Constitucionalidade das Leis Municipais em Tese
3. Seminário sobre a Execução da Dívida Ativa, São Paulo, 1980
4. Seminário sobre a Execução da Dívida Ativa, n. 2, São Paulo, 1981
5. Prêmio “O Estado em Juízo” - 1983
6. Prêmio “Procuradoria Geral do Estado” - 1984
7. Prêmio “O Estado em Juízo” - 1985
8. Prêmio “O Estado em Juízo” - 1991
9. Plano Estratégico de Informatização da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo 1992/93
10. Prêmio “Procuradoria Geral do Estado” - 1992
11. Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade
12. Direitos Humanos: Legislação e Jurisprudência
13. Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: Legislação e Jurisprudência
14. Direitos Humanos no Cotidiano Jurídico
15. Prêmio “O Estado em Juízo” - 2003
16. Prêmio “Procuradoria Geral do Estado” – 2004
17. Prêmio “Procuradoria Geral do Estado” – 2008
18. Prêmio “O Estado em Juízo” – 2009



# SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO .....	11
INTRODUÇÃO .....	13
1P RESSUPOSTOS TEÓRICOS.....	23
1.1 A distribuição constitucional de competências .....	23
1.2 A noção de serviço público adotada .....	25
1.3 A regulação dos serviços públicos .....	27
1.4 Segurança jurídica e desenvolvimento .....	28
2 MATERIAL E MÉTODO .....	35
3 DISCUSSÃO DA JURISPRUDÊNCIA .....	39
3.1 Intervenções para a proteção do usuário .....	40
3.2 Intervenções com viés social.....	60
3.3 Intervenções para a tutela ambiental .....	86
3.4 Intervenções para ordenação urbana .....	95
3.5 Intervenções na conformação de tarifas .....	121
3.6 Imbricações diversas de competências sobre o serviço público ....	127
CONCLUSÃO .....	153
REFERÊNCIAS.....	163



## APRESENTAÇÃO

Onde nascem as idéias? De que misteriosa ilha, nuvem ou planeta, elas vêm até nós? Estariam num plano superior, acessível em momentos de lucidez ou recordação, como queria Platão? Ou será que elas estão em alguma voluta do tecido cerebral, à espera de serem despertadas por uma combinação certa de neurotransmissores?

Seja como for, a misteriosa capacidade que o homem tem de produzir idéias, transformá-las, organizá-las, reuni-las, confrontá-las, descartá-las e recuperá-las é um espetáculo belo de ser apreciado.

A Procuradoria Geral do Estado periodicamente lança um desafio para todos os seus integrantes, para que saiam do claustro de sua rotina profissional e brindem seus colegas com essa dança das idéias. Nem todos aceitam o convite, mas vários se dispõem a participar desse balé em que, por trás do rigor da construção científica, está pulsando um coração e vibrando uma mente, ambos pertencentes a indivíduos cujas qualidades merecem celebração por seus semelhantes. A todos que se dispuseram a participar dessa festa, nosso reconhecimento. A festa é deles, mas é também de todos nós, por estarmos aqui, hoje, vivendo e construindo algo que nos transcende.

Ao procurador do estado Rodrigo Augusto de Carvalho Campos cabe o reconhecimento de todos os colegas por ter sido o campeão dessa disputa. Vale lembrar que, etimologicamente, campeão é aquele que “sai a campo”, que se arrisca, ousa e colhe os louros devidos à sua coragem e persistência.

O trabalho que aqui temos diante dos olhos, escolhido de forma unânime por uma banca de renomados profissionais e mestres do direito, empreende uma exploração de uma das mais complexas áreas situadas na intersecção do direito constitucional e do direito administrativo – a saber, a esfera de influência de cada um dos entes políticos nas atividades qualificadas juridicamente como serviços públicos.

O sistema federativo, ao buscar um equilíbrio do poder estatal, fragmentando-o em distintas esferas político-territoriais, produz também uma maior complexidade na atuação do Poder Público. Essa complexidade pode resultar em maiores custos – políticos ou jurídicos, sociais ou econômicos – à sociedade que é usuária dos serviços públicos. Conhecer e analisar as áreas de atrito do sistema de serviços públicos no âmbito federativo, por meio do estudo jurisprudencial, é por si só uma contribuição inestimável, pois compreender um problema é o primeiro passo para superá-lo.

A Procuradoria Geral do Estado, por meio de seu Centro de Estudos, sente-se feliz e honrada em publicar esse magnífico trabalho que certamente é um marco na promissora trajetória de um jovem procurador, mas também é um momento de relevo na vida da nossa Instituição.

**CARLOS JOSÉ TEIXEIRA DE TOLEDO**

Procurador do Estado Chefe  
Centro de Estudos da PGE

## INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 estabelece o Estado brasileiro como uma República Federativa (art. 1º), tendo sua organização político-administrativa composta pelos entes autônomos União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 18).

Entre esses entes autônomos, a Constituição distribui atribuições que, em linhas gerais, podem ser identificadas nas disposições que especificam as competências materiais ou legislativas de cada um deles. Essas competências ora são assinadas de forma exclusiva ou privativa, ora de maneira comum ou concorrente.

Dentre essas competências está a prestação de serviços públicos, cuja titularidade lhes foi genericamente firmada no artigo 175 da Constituição Federal, dispositivo que também permite que a prestação seja levada a efeito diretamente pela pessoa política ou por terceiros, a partir de outorga estatal.

Definido ser o Poder Público o titular dos serviços públicos e considerando-se a autonomia dos entes federativos, importa identificar qual deles é o competente para o desempenho de um serviço público especificamente considerado, bem como para traspassá-los para terceiros, regulá-los e fiscalizá-los.

A Constituição da República responde expressamente a uma boa parte das indagações dessa ordem quando, por exemplo, confere à União os serviços especificados nos incisos X, XI e XII do seu artigo 21, ou quando designa serem os Estados os competentes para a prestação do serviço referido no parágrafo 2º do seu artigo 25, ou ainda quando afirma ser dos Municípios o serviço indicado no inciso V do seu artigo 30.

Porém, conhecidas dificuldades quanto à definição da competência para a prestação dos serviços públicos surgem ao se ter em mira disposições constitucionais que exigem maior labor interpretativo e aferição de circunstâncias presentes somente no mundo dos fatos. Como exemplo,

tem-se a previsão da possibilidade de criação pelos Estados de regiões metropolitanas para a execução integrada de funções públicas de interesse comum (art. 25, § 3º) ou o preceito que confere aos Municípios a organização e prestação dos serviços de interesse local (art. 30, inc. V).

As controvérsias acerca dessas difíceis questões são sobremaneira instigantes e demandam detida reflexão, dada a sua importância. Mas, além delas, há outra relevante ordem de indagações quanto à delimitação das competências no âmbito do serviço público. Trata-se de saber se é possível certa confluência de competência regulatória mesmo nos casos em que a titularidade de um serviço público esteja definida expressamente pela Constituição, ou mesmo assentada a partir do entendimento predominante nos Tribunais. É possível que entes políticos interfiram em serviço público com respeito aos quais não são os titulares, praticando atos ou impondo prescrições regulamentares de toda ordem, sob as mais variadas razões?

Uma rápida reflexão sobre essa questão poderia conduzir à sua imediata negação. Isso porque, por decorrência lógica, o ente político competente para o desempenho de um determinado serviço público manteria o controle regulatório da atividade em todos os seus aspectos, seja quando a executa por si, seja quando a outorga a particulares. Tal conclusão, diga-se desde logo, encontraria apoio no disposto no artigo 29 da Lei n. 8.987/95.

No entanto, as interferências acima referidas poderiam vir a lume sob a justificativa de que a pessoa política que não é a titular do serviço público não estaria propriamente a versar sobre a sua substância, mas sim sobre os seus aspectos marginais ou reflexos, ou mesmo que estariam a tratar de peculiaridades colhidas por outras áreas ou subsistemas do ordenamento jurídico, esses sim incluídos nas suas esferas de competências. Como exemplo, pode-se arrolar a proteção dos direitos do usuário ou consumidor (art. 24, V, da CF), a outorga de benefícios de ordem social, o fomento de acesso ao serviço, a garantia de segurança e adequação do serviço ou a promoção do adequado ordenamento territorial (art. 30, VIII, da CF), dentre outros.

Portanto, posto esse panorama de indagações, manifesta-se a oportunidade de que se as estude de maneira mais detida, buscando aferir se a noção

de serviço público é dado importante para a definição das competências materiais e legislativas que podem incidir sobre essa atividade e se o reconhecimento da titularidade para o desempenho de um dado serviço público é elemento decisivo para determinação da competência para a sua regulação.

Nessa mesma linha, importa investigar a medida da competência do titular do serviço público no bojo do pacto federativo, as possibilidades e os limites de suas prerrogativas. Também é preciso perquirir se essa titularidade está protegida contra interferências ou se existem bens jurídicos aptos a legitimar ações, materiais ou legislativas, dos entes que não detêm sua titularidade.

Dito de outro modo, necessário é o estudo sobre ser ou não juridicamente possível admitir a confluência de competências sobre o serviço público, sob a justificativa de tutela de bens tocados quando do seu desempenho, bens esses cuja guarda pode ter sido conferida pela Constituição a ente político que não é o titular do serviço público especificamente considerado ou entregues à tutela comum dos entes da Federação.

A discussão ora proposta longe está de ser cerebrina, fantasiosa ou sem efeitos práticos, porque, dentre outras razões, está presente nos Tribunais, nos quais é trabalhada a partir de relevantes e jurídicos argumentos confrontantes, e também porque está ligada ao resguardo de um importante pressuposto da estruturação dos serviços públicos, qual seja, a segurança jurídica.

Muito não precisa ser dito para que se infira que um ambiente regulatório submetido à ação de diferentes sujeitos políticos autônomos, dotados de poder de coerção, suscite dúvidas sobre a segurança para realização de grandes investimentos, como é sabidamente necessário para o bom desempenho de serviços públicos.

Ou seja, independentemente do viés ideológico que se tenha, lícito é presumir que a indefinição do espectro de competência do poder concedente ou a admissão de que outros entes federativos interfiram sobre o serviço público atuam contra a necessária atração da participação privada na sua execução, expressamente prevista no comando constitucional do artigo 175 da Constituição Federal.

Porém, antes que se acuse uma tomada posição *a priori* neste estudo, também seria lícito argumentar que a proteção de bens que a Constituição Federal confiou, comum ou concorrentemente, aos entes políticos da Federação não poderia ser debilitada com a definição da exclusividade da competência do ente titular do serviço público, para sobre ele versar em todas as suas peculiaridades.

Todos esses argumentos e indagações estão inseridos nas reflexões acerca da melhor realização dos serviços públicos, do fomento à participação privada e, em última análise, do desenvolvimento econômico e social do país, ávido pela prestação mais eficiente, adequada e acessível aos cidadãos.

Essa ordem de ideias suscitou o interesse pelo estudo do tema ora tratado, ideias essas que serão levadas em conta quando da análise do material de pesquisa colacionado para sua elaboração, de forma que, ao fim do trabalho, possa-se apontar uma posição ou tendência acolhida pelos Tribunais.

Faz-se então presente a oportunidade de esclarecer que este estudo recai fundamentalmente sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, árbitro da Federação, e do Superior Tribunal de Justiça. Isso porque, além de serem raras as manifestações doutrinárias sobre o tema especificamente tratado, busca-se identificar, em cada caso concreto, os elementos decisivos para a resolução da controvérsia posta, para que se possa dizer, em uma análise global, da existência ou da inexistência de uma determinada tendência jurisprudencial.

Assim, também há que se firmar que as investigações feitas no âmbito da doutrina cumprem apenas um objetivo preambular, ou seja, estão preordenadas à aferição do que já foi dito sobre o tema, bem como a estabelecer os marcos teóricos necessários para a análise da jurisprudência selecionada.

Dessarte, a partir do que assenta a jurisprudência, busca-se identificar se os Tribunais Superiores admitem a confluência ou a interseção de competências cogitada linhas acima ou se conferem ao ente político titular

do serviço público uma reserva de competência qualificada pela exclusividade, análise que será feita com estrita atenção a todas as considerações, formais ou fáticas, feitas nos julgados.

Posto o problema a ser estudado e reafirmando a pretensão de identificar as linhas adotadas pelos Tribunais para o alcance da respectiva solução, de rigor é a formulação de questões específicas acerca deste tema, questões que se presume que possam ser, em maior ou menor medida, respondidas a partir das decisões selecionadas. São as seguintes:

- A constatação de que uma dada atividade econômica qualifica-se como serviço público é relevante para definição da competência?

- A titularidade do serviço público é regularmente suscitada como tese importante nas discussões de casos em que se fazem presentes imbricações de competências incidentes nessa atividade? A titularidade de um específico serviço público é dado considerado decisivo para a definição da competência para edição de normas ou para a prática de atos administrativos que sobre ele incidem?

- Quais são os bens cuja defesa é levantada como argumento para intervenção de entes federativos que não são os titulares de um específico serviço público? Em que medida a tutela desses bens legitimaria tal intervenção? O grau dessa legitimação varia, tendo em conta o específico bem que se pretendeu tutelar?

- Os Tribunais, estabelecendo distinção entre normatização específica do serviço público e incidência reflexa, consideram possível a confluência de competências? Ou, ao contrário, firmam a titularidade regulatória plena e exclusiva do seu titular, proscrevendo a edição de normas, de qualquer natureza, sobre ele incidente por aquele que não o é?

- Seja para afirmar a competência plena e exclusiva do titular do serviço público, seja para permitir a intervenção de outros entes, quais são as considerações feitas pelos Tribunais para julgar a legitimidade de um ato material ou normativo incidente sobre o serviço público? São manejados apenas argumentos formais, ligados à repartição constitucional de competências ou são também feitas considerações sobre as melhores condições materiais para a

execução do serviço, a promoção de um ambiente mais seguro para os particulares que assumem sua execução, a necessidade de uniformidade do serviço no território nacional, a atenção às peculiaridades regionais, o interesse nacional e o fomento desenvolvimento econômico e social, dentre outras?

Formuladas as perguntas entendidas como pertinentes para a adequada compreensão e desenvolvimento do debate, oportuna é a apresentação das hipóteses que se julga possam vir a ser confirmadas ou infirmadas no decorrer da pesquisa.

Como já referido, nota-se certa ausência na doutrina de análise acerca das imbricações de competência para a regulação dos serviços públicos, vez que, de regra, fixa-se nas disputas sobre a definição de qual é o ente competente para um dado serviço público, mas não aborda a não rara hipótese de um ente político lançar, por variadas razões, disposições que interfiram no seu desempenho, mesmo não sendo (e não pretendendo ser) o seu titular.

Dentre os poucos que trataram desse tema está Alexandre Aragão<sup>1</sup> que, inclusive fazendo referência a três acórdãos identificados na pesquisa levada a efeito no presente trabalho, consignou a importância da análise da Constituição Federal à luz da competência legislativa dos entes da Federação para legislar sobre serviços públicos.

No mesmo trecho de sua obra, o autor mencionado, após apresentar suma dos argumentos suscitados pelo Supremo Tribunal Federal que considerou relevantes para a solução dessa questão – quais sejam “ao ente que compete prestar, direta ou indiretamente, o serviço público, compete regulamentá-lo” e “a edição de regras sobre o serviço público de outro ente federativo constitui ingerência na relação contratual” – afirma ser possível a existência de normas jurídicas editadas por um ente da Federação com incidência na prestação de serviços públicos da competência de outro, desde que a norma editada repercuta em mero reflexo de uma regra geral e

---

<sup>1</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 314-317.

não tenha por objeto específico os serviços públicos. Por outro lado, pontua que irremediavelmente inconstitucionais são as leis do ente que não é o titular do serviço público voltadas a incidir sobre as relações jurídicas inerentes ao serviço, sendo irrelevante suscitar valores ou objetivos que incumbam a todos os entes da Federação.

Por sua vez, Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>2</sup>, em parecer no qual firmou a inconstitucionalidade da gratuidade de ocupação de faixas de domínio de rodovias por linhas de transmissão de energia elétrica, afastou a pretensa competência da União para editar norma incidente sobre concessão estadual de rodovias, ao afirmar, também se referindo a um dos acórdãos tratados neste trabalho, que “o Poder Público é o poder concedente, nos seus respectivos âmbitos. Nesses âmbitos, a relação contratual com os concessionários não admite a interferência de um outro poder, nem mesmo por via legal”.

Tais ponderações desses importantes juristas constituem, sem dúvida, hipóteses de respostas para as indagações acima formuladas e podem ser consideradas como inseridas dentre as principais a serem testadas com a pesquisa levada a efeito neste trabalho.

Ademais, importante investigar se os Tribunais decidem apenas com base nos argumentos relacionados pelos autores, se o fazem sem controvérsias entre os julgadores e se a distinção, lançada por Alexandre Aragão, entre normas preordenadas a interferir diretamente nas relações jurídicas inerentes ao serviço público e normas jurídicas com consequências indiretas na prestação do serviço público, é encampada pela jurisprudência.

Assim, faz-se oportuno apresentar, condensando as já referidas pela doutrina acima abordada com outras que também podem ser consideradas fundamentais para o debate, as seguintes hipóteses:

---

2 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Revogação da gratuidade de ocupação de faixas de domínio de rodovias por linhas de transmissão de energia elétrica conferida pelo Dec. 84.398/80 e sua inconstitucionalidade face ao princípio federativo. In: ANDRADE, Letícia Queiroz de (Org.). *Rodovias: uso da faixa de domínio por concessionárias de serviços públicos: decisões e pareceres jurídicos*. São Paulo: ABCR, 2005. p. 52.

- A constatação pelos Tribunais de que uma certa atividade econômica em sentido amplo tem a qualificação de serviço público é dado primordial para a definição do ente político competente para regulá-la, ou seja, tal identificação orienta a definição da competência para regulação da atividade, o que conduz à conclusão pela relevância prática da noção de serviço público nessa senda.

- Nos Tribunais Superiores, a questão da titularidade do serviço público sempre esteve presente nas discussões dos casos em que se materializaram imbricações de competências incidentes sobre essa atividade. Ademais, a identificação do ente político titular do serviço público sempre repercutiu na atribuição a ele da exclusiva competência regulatória.

- Em defesa da atuação regulatória dos entes federativos não detentores da titularidade de um dado serviço público, sustenta-se que os atos administrativos que eles levam a efeito e as disposições normativas que editam têm amparo em disposições constitucionais que lhes atribuem competência comum ou concorrente, ou mesmo própria, para a tutela de certo bem jurídico. Como exemplos, tem-se a defesa do usuário, o fomento à educação e à cultura, a assistência social, a proteção ambiental, a organização urbana e a higidez de certa política econômica, dentre outros. Os Tribunais tendem a legitimar com maior frequência intervenções que trazem algum benefício imediato aos presumivelmente hipossuficientes, a se comparar com intervenções de ordem mais técnica.

- Os Tribunais pesquisados tendem a proscrever qualquer pretensão de interferência específica, direta ou técnica, nos serviços públicos por parte daqueles entes políticos que não são os seus titulares, ao passo que têm maior complacência quando a interferência se consubstancia em um ato ou norma voltada a incidir indistintamente sobre quaisquer atividades econômicas, atingindo indireta e reflexamente o serviço público considerado.

- Por fim, como hipótese especial deste trabalho, e que se insere no bojo das investigações acerca da aplicação do direito como propulsor do desenvolvimento, nos julgamentos dos casos em que se faz presente a confluência de competências para a regulação dos serviços públicos, os Tribunais, além de argumentos de ordem formal, fulcrados exclusivamente em

raciocínios abstratos acerca da distribuição constitucional de competências, fazem considerações que podem ser tidas como consequentialistas, ligadas, por exemplo, ao resguardo de melhores condições para a execução do serviço e à promoção de um ambiente mais seguro para os concessionários, como forma de atrair investimentos, bem como à definição dos lindes da competência para a regulação dos serviços públicos como forma de contribuir para o fomento do desenvolvimento econômico e social do país.

Portanto, feitas essas considerações introdutórias, com as quais pretendeu-se delimitar o objeto do estudo e as metas para as quais ele está voltado, cumpre passar a estabelecer os marcos teóricos a partir dos quais o trabalho se estrutura para, a seguir, empreender-se a discussão da jurisprudência coletada na pesquisa.



## 1 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS

Nesta seção, pretende-se apresentar a revisão da literatura sobre dados elementares do tema versado neste trabalho, com o fim de estabelecer os marcos teóricos tomados como base para o seu desenvolvimento, de molde a permitir um melhor entendimento do objeto da pesquisa e dos problemas envolvidos.

Mais uma vez, cabe referir que a recuperação das manifestações doutrinárias acerca do tema cumprem exatamente uma função preambular, dado que este trabalho busca entender como a jurisprudência compreende e soluciona a controvérsia que se procura estudar.

Assim, buscar-se-á apresentar os núcleos teóricos fundamentais (i) da distribuição de competências contida na Constituição Federal de 1988, especialmente no que pertine aos serviços públicos, (ii) da noção de serviço público que será adotada no trabalho, (iii) da regulação dos serviços públicos e (iv) das discussões acerca da segurança jurídica como elemento impulsionador do desenvolvimento.

### 1.1 A distribuição constitucional de competências

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu um complexo sistema de distribuição de competências, no qual “convivem competências privativas, repartidas horizontalmente, com competências concorrentes, repartidas verticalmente”.<sup>3</sup>

Cada ente federativo recebeu competências próprias, privativas, estando as da União previstas nos artigos 21 e 22, enquanto que os Estados receberam

---

3 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Competências na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 58.

competências residuais não enumeradas e outras relacionadas nos parágrafos 2º e 3º do artigo 25 e parágrafo 4º do artigo 18, ao passo que os Municípios ficaram com as competências referidas no artigo 30 da Constituição Federal.<sup>4</sup>

Além das competências próprias, foram especificadas competências materiais comuns (art. 23) dos entes federados para que desempenhem tarefas que a todos deve incumbir, porque, na visão do constituinte, somente com o concurso de todos a defesa dos valores nela contidos poderá ser adequadamente realizada.<sup>5</sup>

Por outra volta, a Constituição, a partir do que dispõem os seus artigos 24 e 30, inciso II, também estabelece competências legislativas concorrentes, por meio das quais a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem legislar sobre as matérias indicadas nos dispositivos referidos.<sup>6</sup>

No que pertine especificamente aos serviços públicos, os serviços de titularidade da União estão previstos no artigo 21, incisos X, XI, XII, alíneas “a” a “f”, e XXIII, bem como no artigo 22, inciso XX. Os Estados, nos termos que prevêm os parágrafos 1º e 2º do artigo 25, detêm a titularidade para desempenhar os serviços não atribuídos à União ou aos Municípios e ainda a exploração dos serviços locais de gás canalizado. Por fim, aos Municípios, segundo o inciso V do artigo 30, foram atribuídos os serviços públicos de interesse local, dentre os quais está expressamente referido o serviço de transporte coletivo.<sup>7</sup>

A partir desse panorama, põem-se as hipóteses de conflito de competência quando um serviço público cuja titularidade foi atribuída a um determinado ente federativo recebe o influxo de prescrições emanadas de outros, sob o fundamento de estarem a tratar de matérias da sua própria

---

4 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes, *Competências na Constituição de 1988*, cit., p. 58.

5 Ibidem, mesma página.

6 Ibidem, mesma página.

7 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 90-93.

competência ou inseridas no campo de competências materiais comuns ou legislativas concorrentes.

## 1.2 A noção de serviço público adotada

Como visto, o presente estudo consubstancia-se em investigação acerca da possibilidade da existência de sobreposição de competências dos entes políticos a incidir sobre a regulação dos serviços públicos, motivo pelo qual é preciso apontar qual a concepção que será adotada para esse instituto.

Cabe desde logo esclarecer que não se procederá à análise de todas as escolas e teorias que preconizaram tal ou qual conteúdo para essa categoria jurídica, mas sim que se exporá a conformação daquele que, respeitados os parâmetros da Constituição Federal de 1988, será adotado como dado delimitador da pesquisa empreendida.

De início, considerando que Constituição Federal de 1988 frequentemente atribui dois sentidos à expressão, quais sejam o orgânico, significando o aparato administrativo do Estado, e o objetivo, indicando uma modalidade de atividade de natureza pública<sup>8</sup>, vale anotar que apenas o último figura dentre as preocupações de que ora se ocupa.

Parte-se também do pressuposto de que a Constituição Federal de 1988 não adota um específico conceito de serviço público, mas sim que liga essa expressão a atividades de titularidade do Poder Público, ou seja, fixa como uma característica distintiva um vínculo orgânico com a Administração, mesmo que a execução venha a ser delegada a particulares.<sup>9</sup>

Fica assim apartada a noção de serviço público, de titularidade estatal, e para a qual o particular necessita de outorga para desempenhá-la, da atividade

---

8 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, *O serviço público e a Constituição de 1988*, cit., p. 89.

9 *Ibidem*, mesma página.

econômica em sentido estrito, nas quais não há o referido vínculo orgânico com o Estado, estando o particular livre para exercê-la.

Para precisar um pouco mais a noção que será adotada para a realização da pesquisa e análise dos julgados, importa referir as diversas concepções de serviço público. Elas variam entre a chamada amplíssima, que o identifica com todas as atividades exercidas pelo Estado, a ampla, que da primeira exclui apenas a atividade de polícia administrativa e de fomento, a restrita, que da anterior exclui os serviços *uti universi*, e a denominada restritíssima, que apenas inclui os serviços que são remunerados por taxa ou tarifa e que são de titularidade exclusiva do Estado, somente exploráveis pela iniciativa privada mediante concessão ou permissão.<sup>10</sup>

Para o desenvolvimento deste estudo, até por ser a única apta a viabilizar a elaboração das indagações e hipóteses aventadas, foi adotada a concepção restritíssima. Isso porque as investigações levadas a efeito pressupõem uma atividade que possa ser considerada como de titularidade exclusiva de algum dos entes federativos, para, a partir de então, verificar se essa titularidade pode sofrer interferências decorrentes do exercício de competências por parte de outros entes políticos.

Nesta linha de esclarecimentos, assevere-se que este trabalho não incluiu em suas indagações os serviços sociais (v.g. saúde e educação), atividades que são tidas como serviço público por parcela da doutrina pátria. Assim se fez porque, quanto a eles, não se pode falar em titularidade com exclusividade, a uma, porque são deveres impostos a todos os entes de forma solidária e, a duas, porque livres são os particulares para o seu desempenho, não sendo possível dizer que a regulação é designadamente de um dos entes federados.

Foi feita, dessarte, uma opção pragmática, operacional, uma vez que há uma realidade distinta a ser trabalhada, qualificada pela titularidade da atividade denominada serviço público.

---

10 ARAGÃO, Alexandre Santos de, *Direito dos serviços públicos*, cit., p. 144-149.

Por fim, também é necessário esclarecer que, na captação e análise dos julgados, não houve uma preocupação com a identificação do regime jurídico através do qual o serviço público é prestado porque, mesmo naquelas hipóteses em que, por disposição legal, são exercidos sob o regime privado, a titularidade do serviço ainda pode ser referida a um ente federativo específico, além do que não deixa de existir necessidade de ato de outorga para o seu desempenho pelo particular.

### **1.3 A regulação dos serviços públicos**

O presente trabalho faz uso de um termo que, ao menos desde a última década do século passado, tem suscitado calorosos debates acerca da adequação de seu manejo no direito brasileiro, qual seja, regulação.

No entanto, a procedência dos argumentos desse debate não será, nem de longe, versada neste estudo, pois o que se busca com a sua utilização é definir um termo base que designe as formas pelas quais os entes federativos podem vir a interferir, material ou legislativamente, no desempenho dos serviços públicos.

O que aqui se pretende firmar resta claro na lição de Carlos Ari Sunfeld<sup>11</sup> que, por oportuna, deve ser transcrita:

“A regulação, enquanto espécie de intervenção estatal, manifesta-se tanto por poderes e ações com objetivos declaradamente econômicos (o controle de concentrações empresariais, a repressão de infrações à ordem econômica, o controle de preços e tarifas, a admissão de novos agentes no mercado) como por outros com justificativas diversas, mas efeitos econômicos inevitáveis (medidas ambientais, urbanísticas, de normalização, de disciplina das profissões etc.). Fazem regulação autoridades cuja missão seja cuidar de um específico campo de atividades considerado em seu conjunto

---

11 SUNDFELD, Carlos Ari. *Serviços públicos e regulação estatal*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 18.

(o mercado de ações, as telecomunicações, a energia, os seguros de saúde, o petróleo), mas também aquelas com poderes sobre a generalidade dos agentes da economia (exemplo: órgãos ambientais).”

Assim, considerando-se que muitos dos objetivos dessa atuação regulatória podem ser tidos por colhidos nas matérias de competência comum ou concorrente dos entes federativos, configuradas estariam as hipóteses de sobreposição de competências no âmbito dos serviços públicos.

### **1.4 Segurança jurídica e desenvolvimento**

A discussão acerca da competência para regulação dos serviços públicos, dos limites dentro dos quais atua o seu titular, bem como de eventuais interseções de competências entre os entes políticos está inserida nas preocupações atinentes ao desenvolvimento. Isso porque a definição dos termos, ou pelo menos a elaboração de esclarecimentos mais profundos sobre controvérsias nesse campo, contribui para dinamizá-lo, na medida que são apresentados parâmetros mais previsíveis para atuação dos atores sociais e econômicos.

Em outras palavras, considera-se que o estudo da competência no âmbito dos serviços públicos, nos termos ora propostos, é um contributo, ainda que modesto, à segurança jurídica nesse ambiente que, como é cediço, requer estabilidade nas relações firmadas entre os poderes concedentes, concessionários e usuários. Nessa linha, é a segurança jurídica verdadeiro pressuposto para o incremento das inversões de capital necessárias para o alcance dos fins a que se preordenam os serviços públicos e, por consequência, também pressuposto do desenvolvimento.

Tradicionalmente, os grandes cultores do direito se ocupam da segurança jurídica, qualificando-a como um princípio, no bojo das discussões relativas à sucessão de leis no tempo e sob o vetor da disposição constitucional (art. 5º, XXXVI) que proíbe que a lei prejudique o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.<sup>12</sup>

---

12 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 436.

No entanto, o presente estudo, ao procurar nas decisões judiciais coletadas a presença de preocupações com esse valor, não trabalhará propriamente com essas tradicionais considerações, mas sim se nas disputas de competência entre os entes federativos para a regulação dos serviços públicos, os Tribunais tomam a segurança jurídica como um valor a ser resguardado, com o escopo de criar um ambiente apto a atrair investimentos. Em outras e poucas palavras, investigar-se-á se os Tribunais fazem considerações consequencialistas nas decisões em que se analisam as interseções de competências no âmbito dos serviços públicos.

Em verdade, mesmo na tradicional abordagem doutrinária da segurança jurídica no campo da colidência de normas no tempo, não se pode negar a presença, ainda que latente, da preocupação com as consequências da sua garantia. Isso pode ser notado, por exemplo, na referência feita por José Afonso da Silva<sup>13</sup> a Jorge Reinaldo Vanossi, segundo o qual a “segurança jurídica consiste no ‘conjunto de condições que tornam possíveis às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida’”.

Por sua vez, Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>14</sup>, após consignar o seu entendimento de que a segurança jurídica é o maior de todos os princípios gerais de direito, se refere à necessidade humana de “assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável”, sendo esse um pressuposto para projetos e “comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo”.

Pois bem, essa referência à segurança jurídica como elemento que incentiva comportamentos de médio e longo prazo é, sem dúvida, uma ponderação preocupada com as consequências que dela podem advir e que tem relação com a linha das investigações feitas neste trabalho. Isso

---

13 SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 435.

14 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 87 e 127.

porque tem-se por certo que a estruturação dos serviços públicos, que em todas as suas espécies exigem relevantes investimentos, será impactada pela conformação das competências sobre ela incidentes.

Juarez Freitas<sup>15</sup> avança com maior vigor na análise das consequências de ordem econômica da segurança jurídica, especialmente no campo dos serviços públicos. Afirma o autor que a “viva preocupação com segurança e estabilidade tornou-se fenômeno com importantes reflexos, sobretudo na órbita do direito administrativo econômico e da política estatal de regulação dos serviços públicos” e que “uma das principais funções do direito, em particular na área de regulação dos serviços públicos, parece ser a de resguardar o grau razoável não apenas de previsibilidade, mas, em igual proporção, de continuidade das expectativas no atinente às escolhas institucionais priorizadas pelo sistema jurídico”.

Para o autor, em considerações sobremaneira oportunas para o suporte da análise dos acordos tratados neste trabalho, a experiência demonstra que a precariedade dos atos administrativos conspira contra o interesse público, na medida que se converte em eterna fonte de litígios, na qual os grandes prejudicados são os usuários e contribuintes, e que cenários em que ausente está a segurança sempre serão pouco atraentes<sup>16</sup>, sendo certo que “quando se trata de grandes inversões de capital, ambientes adversamente aleatórios tornam-se inaceitáveis”.<sup>17</sup>

Além dessas relevantes lições da doutrina jurídica, para um incremento das ferramentas com as quais se fará a análise da jurisprudência, necessário se faz buscar um aprofundamento da compreensão das consequências

---

15 FREITAS, Juarez. Agência Nacional dos Transportes Aquaviários – Princípio da segurança jurídica – Exigência da menor precariedade possível das relações de Administração – Terminais portuários de uso privativo: contrato de adesão – Princípio da irretroatividade dos atos normativos – Limites ao poder de modificação unilateral do Estado – Inviabilidade dos atos administrativos autônomos na CF/88 – Princípio da legalidade. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 20, p. 89-90, 2003.

16 *Ibidem*, p. 93.

17 *Ibidem*, p. 96.

da segurança jurídica no âmbito das relações econômicas e o seu impacto sobre o desenvolvimento, sendo que esses marcos passam agora a ser firmados também com apoio em estudos no campo da ciência econômica.

Nessa linha de ideias, Armando Castelar Pinheiro<sup>18</sup> afirma que a segurança jurídica conduz a regras claras e estáveis, assim como estáveis se tornam as bases das transações econômicas, aumentando a previsibilidade dos seus efeitos e facilitando o cálculo de custos e benefícios. Isto reduz, *ex ante*, o custos da transação, pois os contratos podem ser mais incompletos, sem se tornarem por demais arriscados e também *ex post* porque as partes não são encorajadas a carrear seus conflitos ao Judiciário.

O referido autor, com clareza, expõe o fato de que a insegurança jurídica conduz à inibição dos investimentos, a um uso ineficiente de recursos e à retração da atividade privada, em asserção que merece ser transcrita:

“Sem segurança jurídica, o risco de expropriação de direito de propriedade fica mais alto. [...] O risco de expropriação reduz o valor dos ativos, o retorno esperado de novos investimentos e, conseqüentemente, a propensão a se investir, gerando um prêmio para a liquidez e a flexibilidade dos investimentos. Em vários casos, esse risco inibe o investimento.

Quando tomam suas decisões, os agentes econômicos procuram minimizar a soma dos custos de produção e transação, e levar em conta os riscos envolvidos, de forma que custos de transação e riscos elevados tendem a estimular um uso ineficiente de recursos e tecnologias. Em especial, as empresas podem optar por não desenvolver certas atividades; deixar de se especializar e explorar economias de escala; combinar insumos e distribuir a produção entre

---

18 PINHEIRO, Armando Castelar. Judiciário: propostas de reforma. In: GIAMBIAGI, Fábio; BARROS, Octávio de (Orgs.). *Brasil pós-crise: agenda para a próxima década*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 219.

clientes e mercados ineficientemente; e, inclusive, manter recursos produtivos ociosos. Em especial, quando as ‘regras do jogo’ são marcadas pela instabilidade, imprevisibilidade e falta de credibilidade, os agentes econômicos transacionam, investem e se especializam menos, e, no limite, transferem seus investimentos e sua poupança financeira para o exterior, em busca de jurisdições mais seguras. Isso significa que, sem segurança jurídica, um país amargará um nível subótimo de investimento e de aumento da produtividade, sacrificando seu ritmo de crescimento.”<sup>19</sup>

Dessarte, bem se vê que um ambiente no qual prevalece a segurança jurídica é efetivo propulsor de atividade econômica – seja em sentido estrito, seja de serviço público – o que, por certo, repercute no incremento do nível de desenvolvimento do país.

No seio dessas preocupações, há que se ter presente a importância do Poder Judiciário como uma instituição que pode carrear relevantes contribuições para o resguardo do valor ora abordado. Isso porque, na linha do que também afirma Armando Castelar Pinheiro<sup>20</sup>, as leis não se sustentam por si mesmas, mas “precisam estar lastreadas em instituições destinadas à sua aplicação e à resolução de disputas, instituições que precisam desempenhar essas funções de maneira eficiente. Nesse sentido, os Tribunais desempenham um papel central nas economias de mercado, garantido que o império do direito de fato vigore”.

A garantia das regras do jogo por parte Poder Judiciário acaba por acelerar o crescimento econômico, dado que “os agentes econômicos investem mais em capital físico e humano quando os seus direitos de propriedade são garantidos por bons sistemas judiciais e legais e por um regime político estável”.<sup>21</sup>

---

19 PINHEIRO, Armando Castelar, *Judiciário: propostas de reforma*, cit., p. 219.

20 PINHEIRO, Armando Castelar. *Impacto sobre o crescimento: uma análise conceitual*. In: PINHEIRO, Armando Castelar (Org.). *Judiciário e economia no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2000. p. 22.

21 PINHEIRO, Armando Castelar, *Impacto sobre o crescimento: uma análise conceitual*, cit., p. 41.

No âmbito específico dos serviços públicos, no qual é imprescindível a participação privada na sua execução, essa realidade não é diferente. As empresas somente se mostram dispostas a investir em serviços públicos quando, além da existência de regras limitando e condicionando os poderes estatais, existir um Judiciário forte, imparcial e eficiente, apto a impor a observância dessas balizas.<sup>22</sup>

Assim, a investigação sobre a forma pela qual os Tribunais solucionam as interseções de competências federativas aptas a interferir na regulação dos serviços públicos está inserida nas preocupações sobre a segurança jurídica como pressuposto para a realização dos grandes investimentos sempre exigidos para o desempenho dessas atividades e, por consequência, também inserida nas indagações sobre o desenvolvimento.

Por essa razão, uma das hipóteses a ser testada refere-se às cogitações feitas pelos Tribunais – seja para afirmar a competência plena e exclusiva do titular do serviço público, seja para permitir a intervenção de outros entes – quando julgam a legitimidade de um ato material ou normativo incidente sobre o serviço público, especialmente se o fazem com alguma preocupação com a promoção de um ambiente seguro e com o fomento do desenvolvimento econômico e social.

---

22 PINHEIRO, Armando Castelar, Impacto sobre o crescimento: uma análise conceitual, cit., p. 52-53.



## 2 MATERIAL E MÉTODO

Postos os marcos teóricos, a partir dos quais se procederá ao estudo dos casos concretos levados ao Poder Judiciário, para a resolução de disputas que envolveram a delimitação e as interseções das competências federativas no campo da regulação incidente sobre os serviços público, cumpre apresentar o método de obtenção e análise do material a ser estudado.

Para o desenvolvimento deste trabalho foi realizada pesquisa nos sítios eletrônicos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, observadas as regras de composição de termos e operadores próprias de cada local de pesquisa.

No Supremo Tribunal Federal, foram realizadas 20 buscas, a partir da combinação de termos relacionados ao objeto da pesquisa. De início e objetivando identificar tanto acórdãos quanto decisões monocráticas, foram usados termos indicativos de situação em que já se pressupunha presente a imbricação de competências dos entes federativos na edição de normas incidentes sobre serviço público, qual seja, a tutela do consumidor.

Em sequência, foram realizadas pesquisas com o lançamento de termos utilizados pela Constituição Federal para nomear serviços públicos específicos, sejam os relacionados na competência da União (art. 21, incs. X, XI, XII, XXIII), sejam os serviços para os quais a Constituição já prevê alguma atuação comum dos entes federativos (art. 23, IX, saneamento básico), sejam os serviços públicos especificamente atribuídos aos Estados (art. 25, § 2º) ou aos Municípios (art. 30, V), termos esses sempre lançados em composição com o verbete competência.

<b>Tema</b>	<b>Termos e operadores utilizados</b>
Tutela consumidor/usuário	“serviço público” e (consum\$ ou usuáριο)
Serviço postal	“serviço postal” e competência
Portos	portos e competência
Telecomunicações	telecom\$ e competência
Rádiodifusão	rádiodifusão e competência
Energia elétrica	“energia elétrica” e competência
Navegação aérea	“navegação aérea” e competência
Infraestrutura aeroportuária	aerop\$ e competência
Transporte ferroviário	transporte e ferroviário e competência
Transporte aquaviário	transporte e aquaviário e competência
Transporte rodoviário	transporte e rodoviário e competência
Saneamento básico	saneamento e competência
Transporte coletivo	“transporte coletivo” e competência
Gás canalizado	“gás canalizado” e competência
Energia nuclear	energia e nuclear e competência

Com o fim de esquadriñar o campo de incidência do conflito estudado, também foram feitas pesquisas com o lançamento do termo serviço público em composição com termos que a Constituição Federal utiliza para designar bens cuja proteção é confiada a todos os entes federativos, e que por isso poderiam, em tese, justificar a interferência na competência regulatória do titular de um dado serviço público. São eles: a proteção das pessoas portadoras de deficiência<sup>23</sup> (art. 23, II), a proteção do patrimônio histórico, cultural e natural<sup>24</sup> (art. 23, III), o combate à pobreza<sup>25</sup> (art. 23, X), a fiscalização da pesquisa e exploração dos recursos hídricos<sup>26</sup> (art. 23, XI). Porém, tais pesquisas não trouxeram resultados úteis ao trabalho.

23 Termos: “serviço público” e portador e deficiência e competência.

24 Termos: “serviço público” e patrimônio e (históri\$ ou cultur\$ ou natur\$).

25 Termos: “serviço público” e combate e pobreza e competência.

26 Termos: “serviço público” e recursos e (hídrico ou minera\$) e competência.

Ainda no que tange à pesquisa por termos no Supremo Tribunal Federal, foi realizada uma investigação que pode ser tida como residual. Essa última busca foi feita a partir da utilização das palavras centrais da controvérsia tratada neste trabalho (serviço público e competência), com a exclusão de termos que remetem a temas que não compõem o seu objeto, como os relacionados a servidores, reparação por danos, ou trabalhistas, bem como os temas já pesquisados, como a proteção ao usuário ou consumidor.

<b>Tema</b>	<b>Termos e operadores utilizados</b>
Residual	“serviço público” e competência não servidor não consum\$ não indenização não trabalho

Por fim, dentre as outras fontes de pesquisa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, foi realizada leitura do arquivo “A Constituição e o Supremo”, no qual foram identificados dois acórdãos não apresentados nas pesquisas por termos.<sup>27</sup>

Por sua vez, a pesquisa no Superior Tribunal de Justiça, que se adstringiu às decisões colegiadas, também foi realizada a partir da utilização de termos chaves, mas, considerada a experiência da pesquisa feita no Supremo Tribunal Federal, apenas com buscas sobre as disputas que envolviam a tutela do consumidor. A partir de então, foram utilizados, desde logo, os termos centrais da controvérsia que constitui o objeto deste trabalho (serviço público e competência), excluindo-se as palavras indicativas de temas estranhos a ela (servidor, trabalho e indenização), além dos já pesquisados (consumidor/usuário).

<b>Tema</b>	<b>Termos e operadores utilizados</b>
Tutela consumidor/usuário	serviço adj1 público e (consum\$ ou usuário)
Residual	serviço adj1 público e competência não servidor não consum\$ não indenização não trabalho

27 ADI n. 1.221 e RE-AgR n. 549.549.

Selecionados os julgados, limitados àqueles lavrados após a promulgação da Constituição de 1988, foram classificados em capítulos distintos, em razão da espécie de bem que predominantemente foi utilizado como fundamento para justificar a intervenção material ou normativa no campo de regulação de um específico serviço público. A partir desse critério, foram estabelecidas as seguintes seções: intervenções para a proteção do usuário, intervenções com viés social, intervenções para a tutela ambiental, intervenções para ordenação urbana, intervenções na conformação de tarifas e imbricações diversas de competências sobre o serviço público.

Em cada seção, com a apresentação cronológica dos julgados, empreendeu-se, além de uma descrição resumida de cada caso, a exposição dos argumentos relevantes para este estudo e fundamentais na discussão neles levada a efeito pelas partes e pelos magistrados, de forma a se investigar a confirmação ou não das hipóteses lançadas neste trabalho.

Nessa linha, foi exposta análise das decisões colacionadas, buscando identificar os temas que mais animam a atividade regulatória incidente sobre serviços públicos praticada por entes políticos que não são os seus titulares. Também se procurou verificar se o Poder Judiciário eleva a categoria dos serviços públicos ao patamar de elemento decisivo para a definição de competências, se a competência normativa dos titulares é garantida em sua plenitude ou se pode ser relativizada a partir do bem jurídico que outro ente procurou tutelar. E, por fim, investigou-se se são suscitados argumentos ligados à garantia da segurança jurídica no ambiente regulatório e ao desenvolvimento econômico e social.

### 3 DISCUSSÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Antes do estudo dos julgados coletados na pesquisa, é importante esclarecer que o seccionamento feito neste capítulo segue, como dito, o critério da predominância da razão justificadora da interferência na competência do titular do serviço público para sua regulação. Ou seja, quando presente mais de uma razão a sustentar as imbricações de competências, foi destacada, para fins de classificação, a que exsurgiu com maior proeminência nas discussões de cada caso.

De fato, como se verá, em que pese alguns casos apresentarem apenas um bem jurídico propulsor de uma ação, material ou normativa, de intervenção, certo é que, em outros casos, mais de um pode ser identificado. Por esse motivo, a predominância de um deles definiu a alocação do julgado em uma ou outra seção deste capítulo.

Esse critério de classificação dos julgados, dentre os possíveis, orienta-se a partir de um dos questionamentos apresentados neste trabalho, que é o de procurar saber se a tutela de determinados bens justifica, de maneira mais ou menos intensa do que outros, as ações de intervenção sobre o serviço público por parte de ente político que não é o seu titular.

Nessa linha de esclarecimentos, também é importante asseverar que o aparecimento dos julgados a partir das pesquisas por termos realizadas não determina a ordem de classificação deles nas seções deste capítulo, que, como dito, orienta-se pelo vetor da predominância da razão que suscitou a intervenção.

Por outras palavras e com a figura de um exemplo: o fato de um julgado ter sido captado na busca que envolveu o termo “usuário” não determina que a sua análise e discussão se dê na seção dedicada às intervenções voltadas à proteção do usuário, quando, da leitura da decisão, é possível inferir a predominância de uma razão de ordem social.

Vale dizer ainda que em cada seção as decisões são apresentadas em ordem cronológica, da menos para o mais recente, de forma a permitir que

se tenha uma noção da evolução da compreensão dos Tribunais sobre a controvérsia em estudo.

Por fim, é importante ter presente que o exame que se fará das decisões colacionadas não tem qualquer pretensão de decretar a correção ou a incorreção das conclusões nelas alcançadas, mas apenas compreender e apresentar os seus fundamentos para que, sob as pautas firmadas nas perguntas formuladas na parte introdutória deste trabalho, compreenda-se o que é tomado pelos Tribunais como relevante para a resolução da controvérsia abordada.

Assim, feitos esses esclarecimentos preliminares, passa-se ao desempenho da tarefa de análise das decisões sob as pautas das perguntas e das hipóteses apresentadas linhas acima.

### **3.1 Intervenções para a proteção do usuário**

Nesta seção do trabalho serão analisadas as decisões em que se pode dizer que o ente federativo que não é o detentor da titularidade de um determinado serviço público pretendeu regulá-lo, com o fim de resguardar interesses do consumidor ou, com maior rigor técnico de nomenclatura, usuário.

No Supremo Tribunal Federal, a primeira decisão colegiada sobre este tema foi dada na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.340-3/SC<sup>28</sup>, proposta pelo Governador do Estado de Santa Catarina. Nessa ação se discutiu a constitucionalidade de lei estadual catarinense<sup>29</sup> que tornou obrigatório o fornecimento de água potável pela empresa

---

28 Julgada em 21.03.2001, *DJ*, de 29.08.2003.

29 Lei n. 11.560/2000 do Estado de Santa Catarina: “Artigo 1º - Fica estabelecido que sempre que ocorrer a interrupção no fornecimento de água potável aos seus clientes, desde que não motivado pelo inadimplemento dos mesmos, a Cia. Catarinense de Águas e Saneamento (CASAN) fica obrigada a fazer, imediatamente, a distribuição do líquido com caminhão-pipa. [...] Artigo 3º - O descumprimento do disposto na presente Lei implica no [sic] cancelamento automático da cobrança da conta de água e saneamento do mês que ocorreu a interrupção no fornecimento, ainda que eventual, dos clientes atingidos.”

prestadora do serviço mediante caminhões-pipa sempre que interrompido o fornecimento normal, sob pena de cancelamento automático da cobrança no mês em que ocorreu a falta.

Como se deduz do relatório lavrado no acórdão, a arguição de inconstitucionalidade foi lançada com base na violação da competência municipal para legislar sobre matéria de interesse local<sup>30</sup>, no qual se enquadram os serviços de fornecimento de água potável e de eliminação de detritos sanitários domiciliares.

Em contrapartida, no que é importante para este trabalho, a Assembleia Legislativa estadual sustentou que a lei que editou estaria voltada a garantir o bem-estar social e, portanto, a defender a saúde da população. Argumentou também que o fato de a execução dos serviços ser empreendida por concessionária que é sociedade de economia mista estadual viabilizaria a edição de leis estaduais para impor regras de conduta a essa empresa, sem implicar em usurpação da competência municipal.

Nesse caso, o Tribunal dividiu-se entre duas posições. Um delas julgou constitucional a lei estadual porque voltada à defesa do usuário, enquanto que a outra, ao final vencedora por maioria mínima, firmou que se estava a tratar de serviço público de titularidade do Município, com relação ao qual somente esse ente pode legislar.

No julgado, a qualificação da atividade como serviço público foi bem demarcada, notadamente nos votos dos ministros que julgaram inconstitucional a lei estadual. Para eles, a titularidade do serviço público define a competência para editar normas sobre ele incidentes e impede a atividade normativa dos entes que não o são.

Em parte dos votos que seguiram essa linha de pensamento, houve manifestação no sentido da necessidade de manutenção da higidez dos

---

30 Artigo 30, I, da Constituição Federal.

contratos firmados entre o poder concedente e o concessionário, consignando-se a impossibilidade de intervenção no contrato de concessão por parte de quem não é o titular do serviço.

Para a minoria divergente, o fato de a atividade em questão ser serviço público não poderia afastar a possibilidade de intervenção de ente político que não é o seu titular, uma vez que, nesse caso, estava preordenada a tutela do consumo (garantia do bem-estar social e defesa da saúde da população, como afirmado pela Assembleia Legislativa local), competência comum das unidades federadas.

No caso posto em julgamento na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.615-1/SC<sup>31</sup>, o Governador catarinense questionou, em razão da titularidade da União dos serviços de telecomunicações<sup>32</sup>, a constitucionalidade da lei do seu Estado<sup>33</sup> que estipulou condições para a cobrança do valor de assinatura básica para o serviço de telefonia fixa, determinando o desconto dela do montante a ser pago pelo serviço efetivamente utilizado.

A caracterização da atividade de telecomunicações como serviço público também foi bem marcada pelo ministro relator, sendo que, identificada titularidade da União para esse serviço a partir de disposição constitucional, concluiu pela inconstitucionalidade da lei editada pelo Estado.

Nesse acórdão, ao contrário de todos os outros referidos nesta seção, não foi estabelecida qualquer divergência entre os ministros, não tendo sido tentada qualquer distinção entre fins ou âmbitos de incidência da norma editada pelo Estado. Ou seja, não se perquiriu sobre estar a lei estadual

---

31 Julgada em 22.05.2002, *DJ*, de 06.12.2002.

32 Artigo 21, XI, da Constituição Federal.

33 Lei n. 11.908/2001 do Estado de Santa Catarina: "Artigo 1º - Às empresas de telefonia fixa, que operam no Estado de Santa Catarina, fica facultada a cobrança dos serviços mensais referentes à assinatura básica residencial, ou valor equivalente, desde que permitam ao consumidor, correspondente desconto no uso dos serviços telefônicos."

a regular genericamente a atividade ou a especificamente tratar do serviço público. Enfim, foi proscrita, de maneira objetiva, a edição de norma sobre serviço público por parte daquele que não é o seu titular.

Também não é possível inferir dos termos do acórdão qualquer preocupação específica sobre a manutenção da segurança jurídica nos contratos administrativos, adstringindo-se o julgado à análise da disposição da Constituição Federal que fixou a competência material para o serviço.

Na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.322-1/DF<sup>34</sup>, o Governador do Distrito Federal, sob o argumento de violação da competência da União<sup>35</sup>, insurgiu-se contra lei distrital<sup>36</sup> que impôs às concessionárias de telefonia fixa a emissão de fatura de cobrança com a individualização de cada ligação local realizada pelo consumidor, fazendo constar, ao menos, a data, o horário e a duração da ligação, bem como o número chamado e o valor cobrado, cominando, ao fim, pena para a concessionária, em caso de descumprimento.

Como se depreende do julgado, o mote central para a edição da lei distrital questionada foi a proteção do consumidor, que passaria a estar dotado de informações para aferição do seu consumo e conferência da cobrança. Em argumento secundário, mas que não interfere nas indagações deste estudo, também arguiu-se que a disposição distrital estaria preordenada a fins fiscais, no que tange à incidência do ICMS.

---

34 Julgada em 02.08.2006, *DJ*, de 19.12.2006.

35 Artigo 22, IV, da Constituição Federal.

36 Lei n. 3.426/2004 do Distrito Federal: "Artigo 1º - Ficam as empresas concessionárias prestadoras de serviço público de telefonia fixa, no Distrito Federal obrigadas a emitirem a fatura de cobrança, com a individualização de cada ligação local realizada pelo consumidor, fazendo constar, pelo menos, as seguintes informações: I - data da ligação; II - horário da ligação; III - duração da ligação; IV - número do telefone chamado; e V - valor cobrado. § 1º - Entende-se por ligação local aquelas denominadas genericamente por pulsos. § 2º - As empresas concessionárias de serviço de telefonia fixa também ficam obrigadas a colocar a quantidade de pulsos efetuados no mês atual de cobrança e média dos últimos seis meses. [...]."

Nesse caso, a qualificação da atividade como serviço público é, desde o início, destacada nos votos. É considerada como razão fundamental para decisão dos ministros que julgaram a lei inconstitucional e também não foi negada pelo voto mais robusto no sentido contrário, do Ministro Carlos Britto. No entanto, cabe anotar que o Ministro Marco Aurélio, que também votou pela constitucionalidade da lei, trouxe à colação precedentes que versaram sobre atividade econômica em sentido estrito<sup>37</sup> e não serviço público, o permite cogitar sobre ser ou não a distinção relevante para o ministro na discussão de controvérsias desse tipo.

Para a maioria dos ministros, em que pesem as justas preocupações com a tutela do usuário, o fato de um serviço público estar na titularidade de um ente federativo (no caso, a União) implica na reserva de competência para a edição de normas que repercutam no seu desempenho.

Esse entendimento não foi encampado pelo Ministro Carlos Britto, que não negou a titularidade do serviço público tratado, mas afirmou que a sua regulação “entrelaça-se com outras matérias de berço constitucional”, configurando o que chamou de “zona de confluência federativa”, demandando delicados mecanismos para identificação das competências.

No aresto é possível identificar o esforço dos ministros que acabaram vencidos<sup>38</sup> no sentido de estabelecer uma distinção entre normas voltadas a especificamente regular o serviço público e aquelas que apenas de forma reflexa sobre ele incidem e que, por isso, não estariam reservadas ao seu titular. Para o Ministro Carlos Britto, as normas de incidência reflexa seriam justamente aquelas localizadas na chamada “zona de confluência federativa”. Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio, com o mesmo objetivo, também lançou mão dessa distinção para afirmar que a lei em questão não trata de telecomunicações, mas sim de proteção do consumidor.

---

37 ADI n. 1.980-5/PR (comercialização de combustíveis) e ADI n. 2.334-9/DF (instalação de lacres eletrônicos em postos de combustível).

38 Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio.

Sobre essa distinção, mas adotando posição diametralmente oposta, o Ministro César Peluso afirmou que a lei distrital, tal como lançada, versava sobre os serviços de telecomunicações, infringindo, pois, a competência da União.<sup>39</sup>

Bem se vê, já nesse julgado, a dificuldade da distinção sobre estar uma norma voltada a especificamente a regular um serviço público ou sobre ele incidir de maneira indireta ou reflexa. Essa perplexidade também pode ser notada em mais dois outros votos proferidos no julgado. Um deles, do Ministro Ricardo Lewandowski, que acabou julgando a lei inconstitucional, e outro do Ministro Joaquim Barbosa, que julgou pela parcial procedência do pedido, considerando constitucional apenas a imposição do lançamento de informações na fatura, tendo em conta a competência concorrente para legislar sobre produção e consumo.

Dessarte, com a ressalva das conclusões firmadas nos votos vencidos, é possível dizer que foi afastada a possibilidade de interferência regulatória, em caráter específico ou reflexo, por parte de ente político que não é o titular do serviço público.

No que tange às reflexões pertinentes à manutenção da segurança e da estabilidade da regulação, cabe destacar as ponderações dos ministros que votaram pela inconstitucionalidade da lei distrital na medida que combatendo as assertivas de que o alcance dela seria apenas local, afirmaram que o sistema de telecomunicações como um todo é federal e não poderia conviver com distintas prescrições locais no território brasileiro.

Nessa linha, também foi referida a importância do resguardo contra a interferência no sistema de concessão federal, no serviço federal e nos seus contratos, por mais relevantes e respeitáveis que sejam as preocupações com a tutela do consumidor.

---

39 Artigo 21, XI e 22, IV, da Constituição Federal.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.533-9/DF<sup>40</sup> – julgada após, mas na mesma data da ADI-MC n. 3.322/DF –, proposta pelo Governador distrital, também se discutiu, a partir da arguição de usurpação da competência da União Federal<sup>41</sup>, a constitucionalidade de ato normativo do Distrito Federal<sup>42</sup> com incidência sobre o serviço público de telefonia. Isso porque a lei dessa unidade federada, sob o fundamento de se voltar à garantia do direito à informação do consumidor, impunha às concessionárias do serviço público de telefonia fixa a colocação de contadores de pulso em cada ponto de consumo.

Ao se analisar, como se fez nos julgados precedentes, os votos a partir das pautas estabelecidas nas perguntas feitas neste trabalho, verifica-se que a qualificação da atividade como serviço público constituiu o ponto fundamental da manifestação do Ministro Eros Grau, relator do acórdão. De fato, o referido ministro afastou a regulação distrital editada sob o pretexto consumerista, vislumbrando verdadeira ingerência indevida na organização dos serviços de telecomunicações.

Também é possível identificar em outros votos assertivas que indicam que a titularidade de um dado serviço público confere ao ente federativo que a detém a prerrogativa de legislar com respeito aos temas ao serviço público atinentes, sendo ele o competente para regrá-lo, fiscalizá-lo e dirigi-lo, reservadamente, inclusive em matéria de defesa do usuário. Esse é o entendimento que se infere das palavras da Ministra Cármen Lúcia, que afirmou que “a competência para atuar quanto aos direitos do usuário decorrentes ou havidos em virtude da prestação dos serviços públicos devem ser cuidados pelo ente titular de cada um deles no que concerne às matérias objeto do contrato de concessão”.

---

40 Julgada em 02.08.2006, *DJ*, de 06.10.2006.

41 Artigos 21, XI e 22, IV, da Constituição Federal.

42 Lei n. 3.596/2005 do Distrito Federal: “Artigo 1º - As concessionárias de telefonia fixa ficam obrigadas a colocar contadores de pulso em cada ponto de consumo no endereço que estiverem instaladas, no âmbito do Distrito Federal. Parágrafo único - Não poderá ser cobrada do usuário, qualquer taxa pela instalação dos contadores.”

Nos votos lavrados no sentido da inconstitucionalidade da lei distrital, três<sup>43</sup> deles expressamente se referiram à preocupação com a higidez dos contratos administrativos firmados entre os concessionários do serviço e a União Federal, contratos que não podem sofrer a interferência de ente que dele não faz parte, para inclusão de obrigações que não foram nele previstas.

Nesse caso, apenas dois votos<sup>44</sup> veicularam manifestações em favor da disposição normativa editada pelo Distrito Federal, encampando a tese do exercício de competência comum na defesa do consumidor, votos que se reportaram ao decidido na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.322/DF.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.729-3/SP<sup>45</sup>, proposta pelo Governador do Estado de São Paulo, discutiu-se acerca da constitucionalidade de lei paulista<sup>46</sup> que proibiu o corte do fornecimento dos serviços públicos de energia elétrica, água e gás canalizado por falta de pagamento sem prévia comunicação ao usuário, valendo destacar que a arguição de inconstitucionalidade adstringiu-se à referência feita na lei ao serviço público de fornecimento de energia elétrica, porque, nesse ponto, violaria o campo de competência da União.<sup>47</sup>

Como nos casos congêneres acima tratados, a Assembleia Legislativa local sustentou que a lei foi editada no exercício da competência que a Constituição Federal atribui à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar, em caráter concorrente, sobre a produção e o consumo, bem como sobre a responsabilidade por dano ao consumidor.<sup>48</sup>

---

43 Ministros Eros Grau, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski.

44 Ministros Joaquim Barbosa e Marco Aurélio.

45 Julgada em 17.09.2007, *DJ*, de 09.11.2007.

46 Lei n. 11.260/2002 do Estado de São Paulo: “Artigo 1º - A suspensão do fornecimento de energia elétrica, água e gás canalizado por falta de pagamento das tarifas respectivas somente poderá ocorrer mediante prévia comunicação por parte da empresa prestadora do serviço público ao usuário. § 1º - vetado. § 2º - A comunicação dará prazo de quinze dias, a partir da ciência exarada, para a regularização do pagamento da tarifa sem o que, após transcorrido o interregno, se efetivará a suspensão. [...]”

47 Artigos 21, XII, “b”, e 22, IV, da Constituição Federal.

48 Artigo 24, V e VIII, da Constituição Federal.

Nesse acórdão, em que a maioria vencedora apenas seguiu o voto condutor do Ministro Gilmar Mendes, que sinalizou a existência de um entendimento prevalecente no Tribunal, a qualificação da atividade como serviço público não foi olvidada e balizou a compreensão da controvérsia posta, tendo sido também firmado que a titularidade do serviço público indica de quem é a prerrogativa da edição de normas sobre ele incidentes.

Forte foi a argumentação no sentido da proteção da relação jurídico-contratual entre o Poder Público concedente e as concessionárias do serviço, relação que não pode ser modificada por quem dela não faz parte.

Os Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto reiteraram a posição no sentido de admitir a atuação de ente federativo não titular do serviço público, com base na competência concorrente para defesa do consumidor. Mas nessa ação, ao contrário das demais, o Ministro Carlos Britto julgou a lei estadual inconstitucional porque identificou a preexistência de disposição com o mesmo objeto na legislação federal.

Afora as decisões colegiadas, a controvérsia em debate nesta seção do trabalho foi abordada em decisões monocráticas exaradas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, sendo a mais antiga a lançada na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.477/PR<sup>49</sup>, ajuizada pelo Governador do Estado do Paraná, frente à lei estadual<sup>50</sup> que determinou, para o que é importante para este estudo, a reserva de no mínimo dois assentos especiais para pessoas obesas nos veículos destinados ao transporte coletivo municipal e intermunicipal.

---

49 Julgada em 19.12.2001, *DJ*, de 08.02.2002.

50 Lei n. 13.132/2001 do Estado do Paraná: “Artigo 1º - As salas de projeções, teatros e os espaços culturais no Estado do Paraná que utilizam assentos para plateia deverão reservar 3% (três por cento) desses lugares para utilização por pessoas obesas. Artigo 2º - As empresas concessionárias de transporte coletivo municipal e intermunicipal com sede no Estado do Paraná deverão reservar no mínimo 2 (dois) lugares em cada veículo, para atendimento do disposto nesta lei. Artigo 3º - Os lugares reservados de que tratam os artigos anteriores consistirão em assentos especiais, de forma a garantir o conforto físico compatível para as pessoas objeto desta lei.”

Pelo que se depreende do relatório, o Poder Legislativo paranaense justificou a norma editada a partir da necessidade da preservação da dignidade e de um mínimo de conforto para os usuários de veículos de transporte coletivo.

O relator Ministro Ilmar Galvão elogiou a sensibilidade do legislador estadual pelos efeitos das limitações a que se acham expostos os beneficiários da disposição normativa em questão, afirmando que poderiam ser colhidos pela competência comum dos entes federativos para a proteção do deficiente prevista na Constituição Federal.<sup>51</sup>

Porém, afirmou o ministro que as atribuições próprias das competências constitucionais comuns não podem ser exercidas indiscriminadamente pelos diversos entes que compõem a Federação, mas sim sem interferir em áreas de atuação privativa.

Por essa razão, identificou inconstitucionalidade na lei questionada, no aspecto em que atingiu o serviço de transporte coletivo urbano, serviço público de titularidade do Município, com respeito ao qual somente esse ente pode legislar. Por outro lado, firmou a constitucionalidade do dispositivo no que se refere ao serviço público de transporte intermunicipal, titularizado pelo Estado. Dessarte, acabou por deferir parcialmente o pedido cautelar de suspensão de eficácia da lei, *ad referendum* do Plenário.

Essa decisão monocrática claramente indica que as competências comuns encontram um limite insuperável quando se depararam com áreas em que há atribuição específica e privativa de competência, não se aventando qualquer tentativa de distinção entre os objetivos colimados pela norma editada. Em outras palavras, atingindo direta ou indiretamente a atividade com respeito à qual houve reserva de competência, inconstitucional é lei do ente que não a detém.

---

51 Artigo 23, II, da Constituição Federal.

No entanto, como se confere do extrato de andamento processual do feito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, negou referendo à decisão individual acima tratada, cassando a liminar.

Nesse caso, se em um primeiro momento a titularidade sobre um dado serviço público consistiu elemento fundamental para a análise da competência para edição da norma questionada, em um segundo, com o posicionamento do Plenário do Tribunal, essa guia foi abandonada, por força de razões ainda desconhecidas, dado que ainda não foi lavrado o respectivo acórdão.<sup>52</sup>

Outra decisão monocrática que merece análise é a que foi exarada na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.661/AC<sup>53</sup>, proposta pelo Procurador-Geral da República em face de lei do Estado do Acre<sup>54</sup> que proibiu as concessionárias dos serviços públicos de fornecimento de água e de energia elétrica de, em razão da falta de pagamento, efetuarem o corte residencial desses serviços nas sextas-feiras, sábados, domingos, últimos dias úteis que antecedem os feriados e nesses próprios, impondo ainda como sanção a possibilidade de ressarcimento por perdas e danos e a desobrigação do pagamento do débito que originou o corte.

Sustentou o requerente a inconstitucionalidade da lei, por ter identificado usurpação de competência da União<sup>55</sup>, no que tange ao serviço público de fornecimento de energia elétrica, e dos Municípios<sup>56</sup>, com respeito ao serviço de fornecimento de água, em razão da presença de interesse local.

---

52 Segundo extrato de andamento processual no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal extraído em 14.02.2010.

53 Julgada em 07.02.2006, *DJ*, de 17.02.2006.

54 Lei n. 1.618/2004 do Estado do Acre: "Artigo 1º - Ficam as empresas de concessão de serviço público de água e energia elétrica proibidas de cortar o fornecimento residencial de seus serviços, por falta de pagamento de suas respectivas contas, às sextas-feiras, sábados, domingos, feriados e no último dia útil anterior ao feriado. Artigo 2º - Fica assegurado ao consumidor que tiver suspenso o fornecimento nos dias especificados no artigo anterior, o direito de acionar judicialmente a empresa concessionária por perdas e danos, além de ficar desobrigado do pagamento do débito que originou o referido corte."

55 Artigos 21, XII, "b", e 175 da Constituição Federal.

56 Artigo 30, I e V, da Constituição Federal..

Em que pese o pedido liminar de suspensão da eficácia da norma atacada, ele não foi deferido pela ministra relatora<sup>57</sup>, tendo a decisão monocrática colhida na pesquisa apenas determinado o processamento do feito, o qual, até então, não foi levado ao Plenário.<sup>58</sup>

Muito embora se trate de uma decisão de mero impulso processual e que não oferece respostas diretas às perguntas formuladas neste trabalho, é possível dizer que o não deferimento da medida de urgência pedida pode revelar que os argumentos manejados no sentido da prevalência da competência do ente titular do serviço público não foram aptos a suscitar a convicção de sua relevância, mesmo que já tenham sido acolhidos em precedentes da Corte, como já visto.

Outra decisão monocrática que deve ser referida neste estudo é a proferida na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.847/SC<sup>59</sup>, na qual o Governador do Estado de Santa Catarina, argumentando com a violação à competência da União para regular os serviços de telecomunicações<sup>60</sup>, novamente se insurgiu contra lei de seu Estado<sup>61</sup> que, em termos semelhantes àqueles da lei que determinou o desconto do valor da assinatura básica do serviço de telefonia fixa no montante a ser pago pelo que for efetivamente utilizado<sup>62</sup>, vedou, em seu território, a cobrança de tarifa de assinatura básica pelas concessionárias de telefonia fixa e móvel.

---

57 Ministra Ellen Gracie.

58 Segundo extrato de andamento processual no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal extraído em 14.02.2010.

59 Julgada em 23.01.2007, *DJ*, de 05.02.2007.

60 Artigos 21, XI, 22, IV, e 175, parágrafo único, da Constituição Federal.

61 Lei n. 13.921/2007 do Estado de Santa Catarina: “Artigo 1º - Fica vedada a cobrança no Estado de Santa Catarina, pelas concessionárias prestadoras de serviços de telefonia fixa e móvel, das tarifas de assinatura básica, cobradas de seus consumidores e usuários. Parágrafo único - As concessionárias de que trata o *caput* somente poderão cobrar pelo serviço disponibilizado efetivamente medido, mensurado ou identificado, ficando impedidas da cobrança de tarifa, taxa mínima ou assinatura básica de qualquer natureza e a qualquer título. Artigo 2º - O descumprimento do disposto nesta Lei implica na aplicação, pelo órgão competente, das seguintes penalidades: I - advertência; e II - multa, na forma do parágrafo único do artigo 57, da Lei federal n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, cobrada em dobro no caso de reincidência.”

62 Caso tratado no julgamento da ADI-MC n. 2.615-1/SC.

Relembrando os termos da decisão proferida na ação direta anterior, na qual se firmou a inconstitucionalidade da lei por invasão da competência do titular do serviço público especificamente considerado e também registrando perplexidade com o fato do surgimento de uma nova legislação do mesmo Estado da Federação para tratar do mesmo assunto, que impõe uma restrição ainda mais severa do que a veiculada na lei cuja vigência se encontra suspensa, a Ministra Presidente<sup>63</sup>, *ad referendum* do Plenário, deferiu a medida liminar pleiteada para suspender a eficácia da lei estadual em questão.

Assim, trata-se de mais uma decisão em que a análise da competência para a edição de uma norma com incidência sobre um serviço público específico foi balizada pela identificação do seu titular.

Em razão da objetividade da decisão, apenas é possível presumir que tenha o Estado novamente sustentado a competência comum para a edição de norma de proteção ao consumidor. De toda forma, a tentativa do Estado foi rechaçada de forma absoluta, não se cogitando de qualquer distinção sobre o tipo de impacto (direto ou reflexo) das normas que acabam por interferir no desempenho de um específico serviço público.

Ainda que de maneira indireta, a disputa abordada nesta seção pode ser identificada na Medida Cautelar na Reclamação n. 4.955<sup>64</sup>, ajuizada pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro para obstar o processamento de representação de inconstitucionalidade em curso no Tribunal de Justiça local, na qual foi deferida liminar para determinar a suspensão das expressões “eletricidade” e “telefonia” presentes em lei estadual<sup>65</sup> que estabeleceu que os medidores de consumo de água, eletricidade, telefonia e gás deverão ser ou estar instalados em local visível e de fácil acesso aos consumidores.

---

63 Ministra Ellen Gracie.

64 Julgada em 02.03.2007, *DJ*, de 08.03.2007.

65 Lei n. 4.901/2006 do Estado do Rio de Janeiro: “Artigo 1º - Os medidores de consumo de água, eletricidade, telefonia e gás, deverão ser ou estar instalados em local visível e de fácil acesso aos consumidores.”

Muito embora o julgado monocrático da reclamação identificado na pesquisa tenha somente tratado e reconhecido a violação da competência do Supremo Tribunal Federal para proceder ao controle abstrato da conformidade de lei estadual com a Constituição Federal, é decisão que merece, ao menos, uma breve referência porque, além de dar notícia de que se discute a constitucionalidade de uma norma editada por ente público que não é titular dos serviços públicos que procurou regular, nela há uma indicação de reserva constitucional de competência ligada à mencionada titularidade, no caso, da União.<sup>66</sup>

A última decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal sobre o núcleo da controvérsia aqui abordada foi proferida no Recurso Extraordinário n. 531.621/PR<sup>67</sup>, que foi interposto por concessionárias do serviço de telefonia contra acórdão<sup>68</sup> do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que considerou constitucional lei estadual paranaense<sup>69</sup> que as obrigava a lançar nas faturas dos consumidores todas as ligações realizadas, fazendo constar a data de ligação, os horários e a duração da ligação, o telefone

---

66 Artigo 22, IV, da Constituição Federal.

67 Julgado em 09.10.2007, *DJ*, de 24.10.2007.

68 AMS n. 2001.70.00.005245-6/PR. Trata-se de acórdão que pode ser localizado a partir de pesquisa por termos no sítio eletrônico do Conselho da Justiça Federal, com a utilização dos seguintes termos de busca: “serviço público” e competência não servidor não tributário não indenização.

69 Lei do Estado do Paraná n. 13.051/2001: “Artigo 1º - Fica a empresa concessionária de serviço público de telefonia fixa no Estado do Paraná, responsável pela emissão da fatura telefônica, obrigada a individualizar cada ligação local realizada pelo consumidor, fazendo constar na fatura as seguintes informações: a) data da ligação; b) horário da ligação; c) duração da ligação; d) telefone chamado; e, e) valor devido. § 1º - Entende-se por ligação local, aquela denominada genericamente por pulsos pelas empresas concessionárias de serviço público de telefonia fixa. § 2º - A empresa concessionária de serviço público de telefonia fixa também fica obrigada a colocar a quantidade de pulsos efetuados no mês atual de cobrança e quantidade dos últimos doze meses. Artigo 2º - A empresa concessionária de serviço público de telefonia fixa no Estado do Paraná não poderá alterar o valor da tarifa telefônica ou cobrar de qualquer outra forma esta mudança no sistema de informações da fatura. Artigo 3º - A empresa concessionária de serviço público de telefonia fixa no Estado do Paraná, terá 60 (sessenta) dias para se adequar à presente lei. Artigo 4º - Caberá ao Poder Executivo Estadual fiscalizar e impor as seguintes penas, no caso de descumprimento da presente lei: a) advertência na primeira notificação; b) multa diária de 5.000 (cinco mil) UFIRs na segunda notificação, até que a empresa cumpra esta lei. Artigo 5º - Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.”

chamado e o valor devido, dentre outras imposições, além de atribuir ao próprio Estado a competência para fiscalização do seu cumprimento.

Por ser sucinta a decisão monocrática identificada, vale referir, para a melhor compreensão do debate objeto desta ação, que o Tribunal Regional considerou que o Estado havia legislado no âmbito de sua competência complementar em matéria de consumo e que a existência de uma agência reguladora não repercutiria na exclusividade de regulamentação e de fiscalização em matéria de defesa do consumidor.

Nessa linha, o Tribunal *a quo* tentou distinguir as normas preordenadas a regular especificamente o serviço público daquelas com aplicação geral a quaisquer atividades, afirmando que a norma editada pelo Estado federado não havia modificado qualquer norma federal sobre telecomunicações, mas sim positivado exigências que apenas reconheceram o direito do consumidor ao conhecimento da exata prestação do serviço e que já decorreriam da Lei Geral de Telecomunicações e do Código de Defesa do Consumidor.

Do que se lê do acórdão, pouco importou ao Tribunal Regional o fato de o contrato de concessão firmado entre a União e a concessionária prever uma unidade de tarifação distinta da preconizada pela lei estadual e que essa disposição repercutiria no desequilíbrio da equação financeira estabelecida. Para solução desse problema, firmou que tal desequilíbrio deveria vir a ser tratado em eventual revisão futura do ajuste entre concedente e concessionária.

Por fim, ainda no que afeta à segurança jurídica da regulação do serviço, reconheceu que o serviço em questão deve possuir uma unidade em todo o território nacional, evitando-se procedimentos diversos de cobrança em cada Estado da Federação. Mas sustentou que essa consideração não poderia impedir a vigência da lei estadual e que a solução estaria em fazer valer o mesmo sistema em todo o território nacional.

Frente a essa decisão, as concessionárias conduziram o caso ao Supremo Tribunal Federal, por via do recurso extraordinário acima indicado,

no qual sustentaram a usurpação da competência exclusiva da União para normatizar o serviço público em questão, bem como a necessidade de proteção a um ato jurídico perfeito consubstanciado no contrato de concessão do qual o Estado federado não é parte.<sup>70</sup>

O relator Ministro Cezar Peluso, fazendo referência a precedentes já estudados neste trabalho<sup>71</sup>, julgou de plano o recurso extraordinário interposto, dando-lhe provimento para o fim de afastar a imposição da lei estadual, dado que violadora da competência da União prevista na Constituição Federal.

Apesar de concisa, a decisão monocrática sob análise sinaliza para uma solidificação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com respeito a essa específica controvérsia, que põe em polos opostos a competência do titular do serviço público e a competência comum dos entes federados para versarem sobre matéria ligada às relações de consumo.

Privilegiando aquela em detrimento desta, vê-se nesta decisão, em confronto com o que decidiu o Tribunal *a quo*, a primordialidade da noção de serviço público e a importância da identificação do seu específico titular para a determinação da competência regulatória.

Também a partir do confronto com o que decidiu o Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região, é possível concluir pela impossibilidade ou inadequação de se pretender distinguir entre os objetivos da norma que atinge um serviço público, tendo sido afastadas, de maneira geral, quaisquer intervenções por entes políticos que não sejam os seus titulares.

Passando à análise dos acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, a discussão sobre o problema ora tratado neste trabalho foi abordada no Recurso Especial n. 872.576/CE<sup>72</sup>. Nessa ação, empresa concessionária do

---

70 Artigos 5º, XXXVI, 21, XI e XII, 22, IV, 24, V, 37, XXI, e 48, XI, da Constituição Federal.

71 ADI-MC n. 3.322/DF, ADI n. 3.533/DF e ADI-MC n. 2.615/SC.

72 Julgado em 21.10.2008, DJ, de 12.11.2008.

serviço público de transporte intermunicipal de passageiros insurgiu-se contra a imposição de multa pela União em razão de não ter afixado em local visível sua tabela de preços, nos termos do que prescreve a Lei Delegada n. 4/62.<sup>73</sup>

No julgado, a qualificação da atividade como serviço público, distinguindo-a das compreendidas entre as atividades econômicas em sentido estrito, foi fundamental para o afastamento da multa cominada pela União. Isso porque, sendo serviço público, a finalidade da norma suscitada pela União (controle de preços com a apresentação ostensiva de tabela aos usuários) é atendida pela atuação do poder concedente, o qual fixa os preços e os disponibiliza aos usuários mediante publicações oficiais e também porque ao poder concedente cumpre fiscalizar a atividade.

Verifica-se do acórdão que a intenção de agir em favor da defesa do usuário não habilita a atuação da União no âmbito do serviço público titularizado por outro ente federativo, sendo que a este cumpre, com exclusividade, a fiscalização do cumprimento de todas as obrigações do concessionário.

Nesse caso, não se infere uma preocupação direta com a manutenção da higidez do contrato e à segurança jurídica frente a intervenção de ente federativo que não é o titular do serviço público em questão, mas sim a clara posição adotada no sentido de que cumpre ao poder concedente o estabelecimento de prescrições e a fiscalização do serviço, o que repercute no resguardo desse valor.

Em outro aresto, o Superior Tribunal de Justiça, em caso idêntico ao versado no Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.322/DF, julgou o Recurso em Mandado de Segurança n. 17.112/SC<sup>74</sup>, no qual uma concessionária do serviço público

---

73 Lei Delegada n. 4/62: "Artigo 11 - Fica sujeito à multa de 150 a 200.000 Unidades Fiscais de Referência (UFIR), vigente na data da infração, sem prejuízo das sanções penais que couberem na forma da lei, aquele que: [...] c) não mantiver afixada, em lugar visível e de fácil leitura, tabela de preços dos gêneros e mercadorias, serviços ou diversões públicas populares;"

74 Julgado em 03.06.2009, DJ, de 04.08.2009.

de telefonia fixa e a Anatel questionaram a constitucionalidade, bem como a conformidade com dispositivos da Lei Geral de Telecomunicações, de lei estadual<sup>75</sup> que exigia o lançamento nas faturas de informações detalhadas sobre a efetiva utilização do serviço pelo usuário.

Nesse acórdão, em decisão unânime, em momento algum se olvidou que a atividade que o Estado pretendeu regular é qualificada como serviço público. Restou claro que a lei estadual buscava disciplinar matéria relativa ao serviço público de telecomunicações, o qual está incluído no âmbito da competência administrativa e legislativa reservada da União.<sup>76</sup>

Não foi acolhida a tese de que constitucional seria a lei contrastada, em razão da competência comum dos entes federativos em matéria de consumo, nos termos em que genericamente incide sobre as atividades econômicas. Também não foi feita qualquer distinção entre disposições especificamente destinadas a estabelecer prescrições sobre o desempenho do serviço público e regras com incidência indireta ou reflexa sobre essa atividade, restando expresso que “a norma em exame não está regulando propriamente uma relação de consumo, mas, na realidade, o serviço de telecomunicações”.

Também dessume-se do julgado que a definição das condições de exploração do serviço e o estabelecimento de obrigações às concessionárias somente pode ser feita pelo titular do serviço público. Nessa linha, a

---

75 Lei n. 11.699/2001 do Estado de Santa Catarina: “Artigo 1º - Fica a empresa concessionária de serviço público de telefonia fixa no Estado de Santa Catarina, responsável pela emissão da fatura telefônica, obrigada a individualizar cada ligação local realizada pelo consumidor, fazendo constar na fatura de cobrança as seguintes informações: a) data da ligação; b) horário da ligação; c) duração da ligação; d) telefone chamado; e e) valor devido. § 1º - Entende-se por ligação local aquelas denominadas genericamente por pulsos pelas empresas concessionárias do serviço público de telefonia fixa. § 2º - A empresa concessionária de serviço público de telefonia fixa também fica obrigada a colocar a quantidade de pulsos efetuados no mês atual de cobrança e a quantidade dos últimos doze meses. Artigo 2º - A empresa concessionária de serviço público de telefonia fixa no Estado de Santa Catarina terá sessenta dias para se adequar à presente Lei. Artigo 3º - Caberá ao Poder Executivo Estadual fiscalizar e impor as seguintes penas, no caso de descumprimento da presente Lei: a) advertência na primeira notificação; e b) multa diária de cinco mil Unidades de Referência Fiscal (UFIRs), na segunda notificação, até que a empresa cumpra a Lei. [...]”

76 Artigos 21, XI e 22, IV, da Constituição Federal.

estipulação de normas por ente federativo que não detém essa qualidade configura, na esteira do que assentou a Ministra Cármen Lúcia na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.533/DF, uma interferência no contrato firmado entre o poder concedente e as suas concessionárias.

Nesse sentido, pode-se inferir que há no julgado, além de uma estrita e bem elaborada apresentação do esquema formal de distribuição de competências, uma preocupação com a higidez e a segurança dos contratos administrativos firmados para a execução dos serviços públicos.

Dessarte, a partir do que foi visto nos julgados estudados nesta seção, é possível concluir que, no âmbito dos Tribunais Superiores, os casos em que se discutiu a possibilidade de entes federados que não detêm a titularidade de um dado serviço público virem a intervir sobre ele com base na tutela dos interesses do usuário foram todos<sup>77</sup> decididos no sentido de proscrevê-la, reservando ao titular a prerrogativa de regulá-lo em todos os seus aspectos.

No entanto, em que pesem os resultados terem sido firmados em um mesmo sentido, não foram alcançados a partir de posicionamentos uniformes entre os ministros, sendo que, na maior parte deles, foram proclamados por maioria e, em um deles, por maioria mínima. Por outro lado, também é fato que tais disceptações vêm sendo reduzidas com a reiteração de decisões no sentido de proteger o campo de competência do ente político titular do serviço público.

As razões das divergências verificadas estão localizadas na utilização de diferentes pautas de abordagem dos elementos essenciais da controvérsia em questão. Tais pautas se tem por lançadas nas perguntas e hipóteses deste trabalho, valendo, desde logo, apontar, em um panorama geral para esta seção, as formas pelas quais se entende que foram tratadas nos julgados analisados.

---

<sup>77</sup> Pelo fato de ainda não ter sido lavrado o acórdão da ADI n. 2.477/PR, o que impossibilita o estudo dos seus termos, essa conclusão toma em consideração apenas o decidido na medida cautelar.

Em linhas gerais, é possível notar que a qualificação da atividade tratada como serviço público não foi esquecida, restando bem apartada da atividade econômica em sentido estrito, tendo sido essa distinção o argumento fundamental para o afastamento da atuação dos entes federados não detentores da sua titularidade.

Ademais, a distinção não foi, via de regra, esquecida inclusive pelos ministros que julgaram viável a intervenção cogitada, dado que eles concebem uma zona de intersecção de competências mesmo na seara dos serviços públicos. Em contrapartida, necessário é ressaltar que alguns dos votos nesse sentido acabaram por proceder à equiparação dessas atividades com o chamamento de precedentes que versaram sobre imbricações de competências na esfera das atividades econômicas em sentido estrito.

Também é possível deduzir dos julgados tratados nesta seção que, da definição da titularidade de um ente federativo para um dado serviço público, decorre a competência privativa para a edição de normas sobre ele incidentes, mesmo que voltadas a tutelar bens e interesses afetos à competência comum, como é o caso da proteção do consumidor.

Verifica-se também, em alguns dos votos lançados nos julgados estudados, a tentativa de distinguir entre normas preordenadas a regular especificamente o serviço público e normas que não teriam essa finalidade. Essas últimas teriam aplicação geral a todas as atividades e atingiriam o serviço público de forma reflexa e, por isso, não representariam violação às prerrogativas do seu titular.

No entanto, entende-se que essas tentativas não chegaram a um bom termo. A uma, porque rechaçadas pela posição, até agora vitoriosa, no sentido de reservar ao titular do serviço o mister regulatório em todos os seus aspectos e, a duas, porque não foi apresentado um parâmetro claro para a distinção. O fato é que, nos casos analisados, as normas que visavam à tutela do usuário acabavam sempre por interferir diretamente na forma de prestação do serviço e carregavam relevantes obrigações aos concessionários, tendo sido, por isso, afastadas.

Na linha das preocupações concernentes à manutenção da segurança jurídica no âmbito dos serviços públicos, infere-se que alguns julgados, ao proscurem as tentativas de intervenção por parte dos entes políticos não titulares do serviço, referiram-se à necessidade de manutenção dos termos pelos quais foram firmados os contratos entre as concessionárias e o poder concedente, assim como também, nos casos de serviços titularizados pela União Federal, foi referida a necessidade de uniformidade na regulação dos serviços, quando espreados por todo o território nacional.

### **3.2 Intervenções com viés social**

Nos julgados que passarão a ser discutidos nesta seção do trabalho, nota-se que o ente federativo carente da titularidade do serviço público especificamente considerado teve como mote de sua ação de intervenção regulatória a intenção de garantir benefícios de ordem social, consubstanciados, no mais das vezes, em gratuidades e descontos compulsórios.

Sobre essa controvérsia, a primeira decisão identificada na pesquisa foi a proferida na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.104-9/DF<sup>78</sup>, na qual foi arguida a inconstitucionalidade de lei distrital<sup>79</sup> no aspecto em que isentou as instituições assistenciais e beneficentes do pagamento de taxa e tarifa pelo fornecimento de água e de energia elétrica. A ação foi proposta pelo Procurador-Geral da República, com fundamento na violação da competência regulatória da União, dado que ela é o ente titular do serviço público de energia<sup>80</sup> e detém a competência privativa para legislar sobre águas e energia.<sup>81</sup>

Tanto o Governador do Distrito Federal quanto a Assembleia Legislativa distrital defenderam a disposição normativa questionada, sustentando que a

78 Julgada em 21.09.1994, *DJ*, de 12.05.1995.

79 Lei n. 464/93 do Distrito Federal: "Artigo 1º - O artigo 1º da Lei n. 227, de 9 de janeiro de 1992, fica alterado, passando a vigor: Artigo 1º - Ficam isentas do Imposto Territorial 'e das taxas e tarifas pelo fornecimento de água e energia elétrica' as entidades assistenciais e beneficentes, declaradas de utilidade pública do Distrito Federal."

80 Artigo 21, XII, "b", da Constituição Federal.

81 Artigo 22, IV, da Constituição Federal.

medida contribui para o bom funcionamento dessas entidades, que prestam relevantes serviços à comunidade através da assistência a menores e idosos. A casa legislativa procurou equiparar a concessão de isenção da contraprestação dos serviços públicos às isenções referentes às exações tributárias, argumentando, ato contínuo, que é da competência do ente local dispor sobre os serviços públicos que o Poder Público se obriga a prestar em seu território.

Para que bem se compreenda o debate estabelecido nesta ação, é importante transcrever a assertiva do Governador distrital no sentido de que “na esfera local não se legislou, *data venia*, sobre energia elétrica propriamente dita, mas apenas sobre tributos (imposto e taxa) e preço de serviço público destinado à sua comunidade e receitas de organismos da Administração indireta do Distrito Federal [...]”.<sup>82</sup>

O Tribunal – pendendo para lado do argumento tributário, segundo o qual o Distrito Federal estaria a isentar a cobrança de taxa pela prestação do serviço que é executado por entes da Administração indireta distrital na qualidade de concessionários – indeferiu a cautelar pedida para a declaração de inconstitucionalidade da norma questionada. Essa decisão escorou-se no *discrímen* que se procurou estabelecer acerca do conteúdo da lei distrital, ao afirmar que “não se trata aqui, porém, de legislar sobre águas e energia, mas, apenas, quanto à isenção de retribuição pelos serviços de água e energia de que beneficiadas as entidades em foco”.

Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal não olvidou qualificar como serviço público a atividade atingida pela norma distrital, mas a identificação de um titular específico não foi elemento importante para a fixação de uma competência exclusiva para legislar sobre assuntos que a afeta.

Como visto a partir da *suma* do julgado, o ente federativo local procurou estabelecer uma distinção entre a regulação do serviço público (atínente, por

---

82 Para que o argumento transcrito fique mais claro, vale dizer que o serviço público de fornecimento de energia elétrica no Distrito Federal é prestado pela concessionária Companhia Energética de Brasília (CEB), sociedade de economia mista do Governo do Distrito Federal, o qual detém 92% da participação societária. (Disponível em: <<http://www.ceb.com.br/CebNovo/Ceb/arquivos/Pdf/EstruturaOrganizacional.pdf>>).

exemplo, a regras técnicas de sua prestação) e o exercício de uma competência própria para isentar de pagamento os serviços que suas entidades da Administração indireta prestam na qualidade de concessionárias. Isso tudo, além de sustentar que estava legitimamente criando um benefício social em seu território.

Essa distinção logrou êxito nesse caso, pois ficou claro no aresto analisado que a definição da tarifa não comporia o âmbito de regulação do serviço público reservado ao seu titular, entendimento que abre um flanco para interferência do ente político que não detém tal qualidade.

Por fim, quanto a essa decisão, não é possível identificar qualquer indagação acerca da manutenção da segurança jurídica de molde a sensibilizar os julgadores no sentido de manter uma unidade regulatória ou qualquer reflexão no sentido de que as isenções outorgadas por poderes outros que não o concedente têm o condão de afetar a atividade e obliterar o desenvolvimento.<sup>83</sup>

Após esse julgado, o Supremo Tribunal Federal voltou a se manifestar sobre a mesma controvérsia, quando do julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.299-7/RS<sup>84</sup>, proposta pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul contra lei estadual gaúcha<sup>85</sup>

---

83 Na mesma linha, cabe anotar que a pesquisa por termos realizada apontou decisão monocrática proferida na Medida Cautelar na Reclamação n. 2.121/DF, caso em que o Supremo Tribunal Federal, a partir da lavra do Ministro Nelson Jobim, deferiu liminar suspendendo a eficácia de decisões proferidas pela primeira instância da Justiça Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal que haviam afastado a aplicação da lei distrital em exame na ADI 1.104/DF (julgada em 11.09.2002).

84 Julgada em 28.03.2001, *DJ*, de 29.08.2003.

85 Lei n. 11.462/2000 do Estado do Rio Grande do Sul. "Artigo 1º - Ficam isentos do pagamento de consumo de energia elétrica fornecida pela Companhia Estadual de Energia Elétrica (CEEE) e do preço da água fornecida pela Companhia Riograndense de Saneamento (CORSAN), os trabalhadores desempregados no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul. § 1º - A isenção de pagamento da luz e água será de até 06 (seis) meses. § 2º - Para a obtenção do benefício previsto no *caput* do artigo, o trabalhador deverá comprovar: I - rescisão anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS); II - que possui família constituída; III - que seu cônjuge não perceba mais do que um salário mínimo mensal. Artigo 2º - O fornecimento de luz e água aos trabalhadores desempregados, além do benefício previsto no artigo 1º, não ficará sujeito a corte por parte da CEEE e CORSAN por mais de 06 (seis) meses se o beneficiário continuar desempregado. Artigo 3º - Os consumidores mencionados no artigo 1º e que já estejam inadimplentes, poderão ter seus débitos parcelados, com isenção de juros de mora e multa, não podendo as parcelas serem superiores a 10% (dez por cento) do último salário por eles percebido."

que isentava os trabalhadores desempregados no seu território do pagamento das tarifas de luz e de água por até seis meses. A lei questionada também impedia o corte dos serviços por até mais seis meses, caso mantida a situação de desemprego, e ainda garantia àqueles que já estavam desempregados o parcelamento dos débitos com isenção de juros e multa, limitando as parcelas a dez por cento do último salário por eles percebido.

É possível notar do relatório que, em verdade, a ação foi proposta com fim de proteger as companhias estaduais de energia e saneamento, concessionárias dos serviços referidos, do impacto financeiro negativo sobre a receita decorrente da aplicação da lei questionada.

Além disso, com respeito ao que faz parte das indagações fundamentais deste trabalho, infere-se o lançamento do argumento de que lei estadual questionada instituía isenção em serviços públicos que são titularizados pela União – no caso da energia elétrica – e pelo Município – no caso do fornecimento de água –, o que configuraria violação às competências outorgadas pela Constituição Federal. Aduziu ainda o autor da ação que a lei estadual interferia no contrato de concessão firmado e que a disposição sobre a tarifação é reservada ao poder concedente.

Ao se analisar os termos em que os votos foram lançados, nota-se a divisão do Tribunal entre duas posições. Por força do não exauriente exame de mérito no bojo de um pedido cautelar, não houve expressa análise dos dispositivos constitucionais que distribuem a titularidade dos serviços públicos tratados no caso, mas é possível dizer que ditas posições antagônicas dividiram-se entre proteger o contrato firmado entre o poder concedente e o concessionário ou, em posição oposta, cancelar o benefício concedido pela lei estadual, dado que de ordem social, o que inseriria a matéria em um campo de competência comum dos entes federados.

A primeira corrente foi capitaneada pelo relator Ministro Moreira Alves, que consignou a necessidade de proteção da relação contratual, frente a interferências por parte de quem dela não faz parte. Firmou que a lei estadual, versando sobre os serviços públicos federal e municipal,

alterava as condições da relação contratual entre o poder concedente e os concessionários, causando descompasso entre a tarifa e a obrigação de manter serviço adequado em favor dos usuários. Por conseguinte, a lei questionada acabava por interferir na política tarifária estabelecida contratualmente e controlada pelo poder concedente, alterando, ao fim, as condições contratuais previstas na licitação. A esse entendimento aderiram os Ministros Nelson Jobim, Ellen Gracie, Celso de Mello e Sydney Sanches.

Em sentido contrário, o Ministro Néri da Silveira indeferiu a liminar porque considerou que, à luz de vetores sociais, razoável seria o benefício concedido pela lei, tendo sido acompanhado pelos Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio, que não apresentaram maior fundamentação em seus votos.

Em voto vista, aderindo ao posicionamento do relator, o Ministro Maurício Corrêa afirmou que, em que pese intentar dar guarida a direitos sociais e buscar um Estado mais igualitário e menos discriminatório, a lei combatida infringia a ordem constitucional, na medida que suas disposições atropelavam frontalmente a intimidade dos contratos administrativos firmados entre as concessionárias e os entes federativos titulares dos serviços de fornecimento de energia elétrica e água, motivo pelo qual deferiu a liminar, para a suspensão da lei estadual cuja inconstitucionalidade foi arguida.

Pelo que se lê desse julgado, a interferência indevida no contrato firmado entre o poder concedente e as concessionárias, e o seu possível impacto danoso, ao pôr em risco o bom desempenho e a qualidade das atividades em questão, é o maior fundamento da decisão.

Manifestou-se, pois, uma preocupação marcante com a segurança jurídica das relações contratuais entre o titular do serviço e o seu concessionário, quando se está à frente de uma intervenção originada por outro ente político.

A referência ao contrato administrativo firmado conduz à conclusão de que o Tribunal tomou como pressuposto serem serviços públicos as atividades tratadas, conclusão reforçada pelo fato de não ter impressionado

o argumento de que as concessionárias eram empresas do próprio Estado que editou a lei questionada, pois, como é cediço, os serviços públicos podem ser executados por terceiros, a partir de um ato de outorga que não transfere a sua titularidade.

Até em razão da reduzida cognição levada a efeito no julgado desse pedido cautelar, não é possível afirmar peremptoriamente que nele se protegeu a competência do titular do serviço público em todos os seus pormenores. Porém, ao menos no que tange à concessão de isenções tarifárias, essa proteção foi consagrada, ao contrário do que se firmou na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.104-9/RS, anteriormente relatada nesta seção do trabalho.

Nesse caso, verifica-se dos votos vencidos lançados que a tutela no campo social, cujo fomento pode ser encetado por quaisquer dos entes federativos, justificaria o dispositivo estadual questionado. Porém, o argumento não foi apto a afastar a consideração de que se estava a interferir na relação contratual firmada entre o titular do serviço e as concessionárias, sendo ainda certo que não foi levada a efeito qualquer tentativa de se estabelecerem distinções entre normas preordenadas a regular especificamente um serviço público e normas que, muito embora o atingissem, tinham objetivos centrados em outros fins.

Caso semelhante ao acima tratado foi levado ao Supremo Tribunal Federal pelo Governador do Estado de Santa Catarina que, na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.337-3/SC<sup>86</sup>, pôs em questão lei de seu Estado<sup>87</sup> que também estabeleceu suspensão temporária

---

86 Julgada em 20.02.2002, DJ, de 21.06.2002.

87 Lei n. 11.372/2000: "Artigo 1º Fica estabelecida a suspensão temporária do pagamento das tarifas de consumo de energia elétrica, água e esgoto aos trabalhadores, residentes no Estado de Santa Catarina, que não dispuserem de qualquer remuneração. § 1º - As tarifas mencionadas no *caput* referem-se àquelas instituídas pelo Poder Público Estadual, no âmbito de seu território. § 2º - O direito de que trata a presente Lei, é válido pelo prazo de até seis meses, podendo ser prorrogado por igual período, no caso de permanecer desempregado o beneficiário. § 3º - O disposto nesta Lei somente se aplica aos trabalhadores que, comprovadamente, não dispuserem de qualquer

das tarifas de consumo de energia elétrica, água e esgoto para os trabalhadores que não dispusessem de fonte de renda.

Além de se referir à identidade dos fundamentos que autorizaram a concessão da medida cautelar proferida na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.299-7/RS, aduziu o relator Ministro Celso de Mello, acolhendo o argumento central da ação, o caráter exclusivo da competência da União Federal para a regulação dos serviços de energia elétrica, bem como da também exclusiva competência dos Municípios para regular os serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário.

Anotou ainda, também acolhendo argumento do autor, que o fato de os serviços serem prestados por sociedades de economia mista do Estado não autoriza a edição de lei instituidora do benefício, eis que as empresas são apenas concessionárias dos serviços, mantendo-se a titularidade com o poder concedente, no caso, União e Municípios. Foi, ao final, acompanhado pela maioria do Tribunal.<sup>88</sup>

Nesse caso, restou assentada mais uma vez a relevância da qualificação da atividade como serviço público, bem como a exclusiva competência regulatória dos entes políticos titulares dos serviços especificamente considerados.

---

remuneração por prazo superior a noventa dias do término do último vínculo empregatício. Artigo 2º - Para habilitar-se ao benefício previsto nesta Lei, o interessado deverá instruir requerimento ao órgão responsável com os seguintes documentos: I - carteira de trabalho (CTPS); II - cópia da última rescisão do contrato de trabalho; III - comprovante de inscrição perante o Sistema Nacional de Empregos (SINE); IV - declaração de que não possui fonte de renda própria ou familiar. Artigo 3º - A suspensão do pagamento das tarifas fica limitada aos domicílios que não ultrapassem o consumo mensal mínimo estabelecido pelo órgão competente. Artigo 4º - Vencido o prazo mencionado no parágrafo 2º do artigo 1º desta Lei, cessa o direito. § 1º - Cessa igualmente o direito, caso o beneficiário venha, no período de fruição, exercer atividade remunerada. § 2º - A dívida apurada no período da vigência do benefício deverá ser parcelada junto aos órgãos ou entidades responsáveis. Artigo 5º - Ficam isentos de multas por atraso, juros e correção monetária, os trabalhadores enquadrados na presente Lei. Parágrafo único - O disposto neste artigo também se aplica aos Servidores Públicos Estaduais que recebam seus salários com atraso.”

88 Apenas os Ministros Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira registram dissidência, negando a medida cautelar, fazendo referência ao que decidiram na ADI-MC n. 2.299-7/RS, na qual consideraram ausente o *periculum in mora*.

Vale dizer ainda que nesse julgado não se fez qualquer tentativa de distinguir entre normas especificamente voltadas a regular o serviço público e normas com incidência meramente reflexa sobre ele. Da mesma forma, também não houve, salvo pela remissão à Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.299-7/RS, qualquer análise mais detida da proteção da segurança jurídica que decorreria da unidade regulatória.

Outro caso em que, em alguma medida, é possível identificar o entrelaçamento da esfera de competência do titular de um serviço público com a competência genérica que os entes públicos exercitam no fomento de melhores condições sociais da sua população foi o versado na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 601-1/RJ<sup>89</sup>. Nessa ação, um partido político suscitou a inconstitucionalidade de dispositivo de Constituição Estadual fluminense<sup>90</sup> que dispôs sobre a emissão, comercialização e distribuição de vale-transporte pelas empresas operadoras do transporte coletivo urbano, sob o argumento de violação da competência municipal<sup>91</sup> para regular esse serviço público.

Em voto bastante sucinto e seguido pela unanimidade do Tribunal, o Ministro Ilmar Galvão firmou que, no aspecto em que o vale-transporte é um direito trabalhista, a lei invadia a competência da União<sup>92</sup>. Por outro lado, em argumento que é relevante à pesquisa a que dedica este trabalho, restou assentado que “a eventual edição de regras necessárias a disciplinar a implementação de tal direito nos sistemas de transporte coletivo locais igualmente não seria dos Estados, mas sim dos Municípios”.

A partir dessa rápida assertiva, é possível dizer ter sido notada a qualidade de serviço público da atividade, bem como consagrada a exclusividade da competência do seu titular para a sua regulação.

---

89 Julgada em 01.08.2002, *DJ*, de 20.09.2002.

90 Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Rio de Janeiro: “Artigo 85 - O vale-transporte será emitido, comercializado e distribuído pelas empresas operadoras de transporte coletivo de passageiros, custeado pelos empregadores, sendo vedado o repasse tarifário e admitida a delegação.”

91 Artigos 18, 30, I e V, e 175 da Constituição Federal.

92 Artigo 22, I, da Constituição Federal.

Assim como em outros casos já relatados, não foi tentada qualquer distinção entre os fins da norma que acabava por interferir no serviço público. Ou seja, não se perquiriu sobre ser a intervenção direta sobre a sua regulação ou apenas reflexa, sendo que, também nesse caso, o sentido social da disposição legal questionada não foi apto a autorizar a sua manutenção.

Também tratou da controvérsia ora a analisada nesta parte do trabalho o acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.221-5/RJ<sup>93</sup>, por via da qual o Procurador-Geral da República questionou dispositivo da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que instituiu a gratuidade do sepultamento e dos procedimentos a ele necessários para os que percebessem mensalmente até um salário mínimo, para os desempregados e para os reconhecidamente pobres<sup>94</sup>. O autor também inquiriu de inconstitucionalidade a lei estadual que impôs aos prestadores desse serviço público a impressão da referida disposição da Constituição Estadual em recibos e notas fiscais.

A ação foi proposta sob o fundamento de ser o serviço funerário, em razão do precípua interesse local, da competência dos Municípios, do que decorreria a inconstitucionalidade do dispositivo da Constituição Estadual. Por sua vez, a casa legislativa estadual, sem questionar a titularidade dos Municípios sobre esse serviço, sustentou a constitucionalidade da disposição legal que editou, com base em razões de ordem social, dado que revelaria postura humanística e de resguardo da dignidade humana dos menos favorecidos.

O relator Ministro Carlos Velloso, seguido pela unanimidade do Tribunal, lançou seu voto a partir do único argumento de que, à luz da distribuição formal de competências consagrada na Constituição Federal, o serviço funerário é serviço público de titularidade dos Municípios, com

---

93 Julgada em 09.10.2003, *DJ*, de 31.10.2003.

94 Constituição do Estado do Rio de Janeiro: “Artigo 13 - São gratuitos para os que perceberem até 1(um) salário mínimo, os desempregados e para os reconhecidamente pobres, na forma da lei: [...] V - o sepultamento e os procedimentos a ele necessários, inclusive o fornecimento de esquife pelo concessionário de serviço funerário.”

o que concluiu pela inconstitucionalidade da Constituição Estadual, que estabeleceu hipóteses de gratuidade.

Com esse fundamento, lembrada a qualidade de serviço público da atividade tratada, pode-se dizer que restou proscrita a interferência sobre ela por parte de ente político que não é o seu titular, interferência não autorizada sequer pelas razões ditas humanísticas que orientaram a norma declarada inconstitucional.

Também não se aventou qualquer distinção entre normas preordenadas a regular, direta e tecnicamente, o serviço público e normas que, com os objetivos sociais referidos, apenas indiretamente nele interfeririam.

Em outro caso, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.080-9/SC<sup>95</sup>, o Procurador-Geral da República questionou lei estadual catarinense editada com o fim de assegurar aos cidadãos residentes no território do Estado condições de acessibilidade e prestação dos serviços postais<sup>96</sup>. Para tanto, a

---

95 Julgada em 02.08.2004, *DJ*, de 27.08.2004.

96 Lei n. 11.561/2000 do Estado de Santa Catarina: “Artigo 1º - O Poder Público Estadual garantirá, no âmbito de suas atribuições, a todos os cidadãos residentes no Estado de Santa Catarina, as condições de acessibilidade e de prestação dos serviços postais. Artigo 2º - Fica garantida a entrega de correspondência a todo cidadão, no Estado de Santa Catarina, em seu próprio endereço residencial ou comercial, indicado pelo remetente. Artigo 3º - É vedada ao concessionário de serviços postais encarregado da distribuição domiciliar de correspondência a utilização de caixas postais comunitárias ou quaisquer outros meios que possibilitem o descumprimento do estabelecido no artigo 2º desta Lei. § 1º - Nas comunidades populares de baixa renda ou em áreas de difícil acesso, onde não existam endereços residenciais ainda identificados, o concessionário de serviços postais encarregado da distribuição domiciliar de correspondência deverá, em trabalho conjunto com os órgãos públicos competentes e com a associação de moradores dessas comunidades, ajudar no processo de identificação e organização dos endereços residenciais, de forma a possibilitar aos carteiros a realização do trabalho de distribuição de correspondências nesses endereços. § 2º - Nas comunidades onde já tenham sido instaladas as caixas postais comunitárias, o concessionário de serviços postais encarregado da distribuição domiciliar de correspondência deverá, no prazo máximo de cento e oitenta dias, substituí-las por carteiros para a realização da entrega domiciliar de correspondência, de acordo com o estabelecido no parágrafo anterior. Artigo 4º - O não cumprimento do estabelecido nesta Lei significará a cobrança de multa diária, em valor a ser estabelecido pela Prefeitura Municipal, ao concessionário de serviços postais que executa os serviços na referida região. Parágrafo único - Os recursos financeiros decorrentes da cobrança dessas multas só poderão ser utilizados pela Prefeitura Municipal em obras para colocação e organização de nomes de ruas e suas respectivas numerações ordenadas. [...]”

lei estadual estabeleceu a obrigatoriedade da entrega no endereço indicado pelo remetente, vedou o uso de caixas-postais comunitárias ou qualquer outro instrumento que substitua a entrega direta nas residências e determinou a adoção de providências para organização dos endereços nas comunidades populares de baixa renda ou de difícil acesso, fixando prazo para as providências preconizadas e multa para o descumprimento.

No julgamento desse caso, o sucinto voto condutor da relatora Ministra Ellen Gracie, muito embora comparando o caso *sub judice* com alguns outros julgados que não versaram propriamente sobre serviço público, mas genericamente de matérias postas sob a competência da União<sup>97</sup>, estabeleceu como primeiro fundamento de sua decisão a violação pela lei estadual de competência legislativa da União.

Por outro lado, aqui conferindo relevância à espécie de atividade tratada, também fez constar a violação à competência material da União, porque o serviço postal está entre aqueles cuja responsabilidade pelo desempenho é desse ente federativo, segundo previsão da Constituição Federal.

Nesse caso, em que pese a comparação com outros casos que versaram sobre matérias e atividades que não podem ser classificadas como serviço público, essa qualificação mostrou-se importante no julgado, quando expressamente se afirmou a violação da competência material da União por ser o serviço postal uma atividade a ela entregue pela Constituição Federal<sup>98</sup>.

A partir de então, pode-se inferir ter sido estabelecida a exclusiva competência do titular do serviço público para editar normas sobre ele incidentes, não sendo as razões de ordem social suscitadas aptas a excepcioná-la, de molde a permitir a ação legislativa de ente federativo que não detém essa qualidade.

---

97 A Ministra cita acórdãos que versaram sobre propaganda comercial (ADI n. 2.815), trânsito (ADI-MC n. 2.760, ADI n. 1.704 e ADI n. 2.064), propriedade e intervenção no domínio econômico (ADI n. 1.918), relações de trabalho (ADI n. 953), direito processual (ADI n. 2.336) e atividades nucleares (ADI n. 329).

98 Artigo 21, X, da Constituição Federal.

Há ainda que se anotar que não foi tentado o estabelecimento de qualquer distinção entre os fins de normas que acabam por interferir no serviço público, o que também reforça o entendimento de competência reservada ao ente titular. Vale ainda dizer que a conclusão final do acórdão é conduzida apenas por argumentos de ordem formal, atinentes à distribuição constitucional de competências.

Também tratando da disputa objeto de análise nesta parte do trabalho, veiculou-se na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.349/ES<sup>99</sup> questionamento de dispositivo da Constituição do Estado do Espírito Santo<sup>100</sup> que prescreveu a gratuidade do transporte urbano a maiores de 65 anos de idade e, aos estudantes, meia tarifa de transporte intermunicipal urbano, vedando a concessão de novos benefícios semelhantes. Tal vedação motivou a ação, eis que os policiais civis, representados pela confederação autora, pretendiam manter benefício semelhante que gozavam e que foi extinto com a norma constitucional estadual.

Em razão da pertinência temática entre os fins da entidade autora e o pedido formulado, o julgamento adstringiu-se apenas à questão da vedação da concessão de outros benefícios, além da gratuidade e meia tarifa já previstas na Constituição do Estado. Ou seja, o Tribunal somente manifestou-se sobre ser ou não o Estado o ente federativo competente para estabelecer limitação dessa ordem nas atividades tratadas.

---

99 Julgada em 31.08.2005, *DJ*, de 14.10.2005.

100 Constituição do Estado do Espírito Santo: "Artigo 229 - Aos maiores de sessenta e cinco anos e aos menores de cinco anos de idade, e às pessoas portadoras de deficiência é garantida a gratuidade no transporte coletivo urbano, mediante a apresentação de documento oficial de identificação e, na forma da lei complementar de iniciativa do Poder Executivo, em cujo texto constará parâmetros necessários para a habilitação do deficiente ao benefício, especialmente em relação ao grau de sua capacidade física, à condição financeira de sua família e à limitação do uso da gratuidade. § 1º - Os estudantes de qualquer grau ou nível de ensino oficial e regular, na forma da lei, terão redução de cinquenta por cento no valor da tarifa dos transportes coletivos intermunicipais urbanos. § 2º - Fica vedada a concessão de gratuidade no transporte coletivo urbano e rodoviário intermunicipal, redução no valor de sua tarifa fora dos casos previstos neste artigo e, ainda, a inclusão ou manutenção de subsídio de qualquer natureza para cobrir déficit de outros serviços de transporte. [...]."

Há que se relatar que as partes dessa ação não fundamentaram suas posições com base em alguma consideração sobre o fato de o dispositivo questionado incidir sobre serviços públicos. A confederação requerente procurou argumentar com a competência privativa da União para legislar sobre diretrizes da política nacional de transportes e sobre trânsito e transportes<sup>101</sup>. Por sua vez, a casa legislativa estadual sustentou a inexistência da mencionada usurpação de competência, dado que o texto normativo hostilizado versaria sobre interesse regional, ao tratar da gratuidade em transporte público no território do próprio Estado.

Em que pesem os argumentos suscitados pelas partes não terem trabalhado com as questões tidas como importantes nesta dissertação, o Tribunal, a partir do voto da lavra do relator Ministro Eros Grau, procedeu à distinção entre a competência municipal (transporte urbano intramunicipal) e a competência estadual (transporte intermunicipal), vedando aos Estados interferir nos serviços de titularidade da municipalidade. Nessa linha, consignou que, sendo o Estado o ente competente para a prestação do serviço intermunicipal, autorizado está a lançar norma que o regule, inclusive para instituir a limitação a que se refere o dispositivo questionado.

Por outro lado, na mesma linha de argumentação, considerou inconstitucional o dispositivo da Constituição Estadual no aspecto em que aludiu ao transporte coletivo urbano, de competência dos Municípios.

Nesse caso, decidido com base em argumentos ligados à distribuição constitucional de competências, vê-se que a qualificação das atividades tratadas como serviços públicos e a identificação dos seus específicos titulares foi primordial para a definição da competência para regulá-los, inclusive para outorga ou limitação de benefício de caráter social que, a princípio, todos os entes políticos devem curar.

Também nesse caso não foi encetada qualquer tentativa para distinguir o caráter ou finalidade das normas, o que poderia dar ensejo a excepcionar a competência regulatória exclusiva do titular do serviço público.

---

101 Artigo 22, IX e XI, da Constituição Federal.

Outro caso capaz de oferecer algumas respostas para as perguntas formuladas no presente trabalho é o que foi julgado na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.768-4/DF<sup>102</sup>, na qual foi acusada de inconstitucional a gratuidade de transporte urbano e semiurbano para maiores de 65 anos prevista no Estatuto do Idoso.<sup>103</sup>

A ação direta é julgada improcedente fundamentalmente porque o dispositivo questionado repete a previsão contida no artigo 230, parágrafo 2º da Constituição Federal. Porém, o caso é relevante para este trabalho porque uma lei federal acabou por estabelecer os termos da gratuidade de um serviço público que não é da União.

Como se depreende do relatório, a associação empresarial autora, reconhecendo o caráter de benefício social aos idosos cuja hipossuficiência é presumida, buscou que se consagrasse uma interpretação conforme do dispositivo combatido ao que dispõem, dentre outros, os artigos 30, V; 37, XXI e 175 da Constituição Federal. Nessa linha, pediu que viessem a ser indicados, guardando atenção à reserva do possível, os limites e as possibilidades de aplicação da regra da gratuidade no cenário do serviço de transporte coletivo urbano prestado indiretamente pelos Municípios, por meio de concessões e permissões.

Consta ainda da inicial, em argumento que se situa dentre aqueles abordados neste trabalho, que se o serviço é titularizado pelo Município, ao governo local incumbe as providências legislativas e administrativas necessárias para implementação da gratuidade constitucional em questão.

---

<sup>102</sup> Julgada em 19.09.2007, *DJ*, de 16.10.2007.

<sup>103</sup> Lei n. 10.741/2003: “Artigo 39 - Aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semiurbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares. § 1º - Para ter acesso à gratuidade, basta que o idoso apresente qualquer documento pessoal que faça prova de sua idade. § 2º - Nos veículos de transporte coletivo de que trata este artigo, serão reservados 10% (dez por cento) dos assentos para os idosos, devidamente identificados com a placa de reservado preferencialmente para idosos. [...]”

Por outro lado, também se arguiu que a lei federal que regrou o benefício deveria ter previsto uma compensação financeira à concessionária, assim como também se sustentou o direito à manutenção da política tarifária prevista no contrato, para o fim de impedir o descompasso entre as obrigações das partes.

Na defesa do ato normativo, sustentou-se que a questão era apenas econômica e não jurídica. Nessa linha, os concessionários não teriam direito à recomposição das perdas em razão da edição da lei em questão, pois se os contratos foram firmados após a Constituição Federal de 1988, já sabiam da hipótese de gratuidade e, quando mais antigos, ausente a previsão na Constituição Federal impondo tal recomposição. Por fim, ao menos a partir do que consta do relatório, a defesa não elaborou qualquer contra-argumento frente à alegada violação da competência municipal para regulação dos serviços públicos locais.

A partir do voto da relatora Ministra Cármen Lúcia, é possível inferir grande destaque ao aspecto social da norma combatida, a qual repercute em relevantes benefícios aos idosos vulneráveis econômica e socialmente. Nos dizeres da ministra, a benesse representa a única forma de viabilizar a locomoção e promover a dignidade e o bem-estar dos idosos, verdadeiro suporte para que exercitem o direito de ir e vir.

Além de consignar a aplicabilidade imediata da norma constitucional que instituiu o benefício e afastar o óbice consubstanciado no princípio da reserva do possível, dentre outros que não têm pertinência com a pesquisa feita neste trabalho, a Ministra sustentou que a inexistência de previsão de recomposição financeira pelo Poder Público competente não pode repercutir na inconstitucionalidade da norma combatida, que está em consonância com a Constituição Federal, sendo que entendimento contrário significaria o mesmo que declarar a inconstitucionalidade do artigo 230, parágrafo 2º, da Constituição Federal.

Por fim, entendendo que o transporte gratuito está entre as obrigações que deve o concessionário observar, afirmou que cumpriria ao concessionário

comprovar ao poder concedente a ruptura do equilíbrio econômico-financeiro e exigir sua recomposição.

A ministra relatora foi seguida integralmente pela maioria dos ministros<sup>104</sup>, fundamentalmente pelas mesmas razões, valendo destacar, porque lançaram mão de argumentos que interessam a este trabalho, ponderações de dois deles. Em primeiro lugar, o Ministro Carlos Britto assentou que “se o serviço de transporte coletivo urbano é de interesse local, artigo 30, inciso V – sem dúvida, que serviço de transporte coletivo urbano é de interesse local, que tem caráter essencial –, o direito do idoso não é de interesse local, é transcendente desse interesse local, verdadeiramente nacional”.

Na mesma linha, também limitando o espectro da competência do Município para regular o serviço público de que é o titular, apontou o Ministro Gilmar Mendes que a Constituição é o marco regulatório por excelência e que, portanto, em razão da compatibilidade material entre ela e a lei federal questionada, não haveria inconstitucionalidade a declarar.

Por sua vez, apenas o Ministro Marco Aurélio julgou procedente a ação, para condicionar que o custeio do benefício seja suportado pelo Estado<sup>105</sup> e, para o que é relevante na pesquisa, considerou inconstitucional o dispositivo da lei que reserva 10% dos assentos para os idosos. Isso porque, nesse particular, a lei federal não teria caráter geral, mas sim específico, normatizando serviço público municipal de transporte, em violação do disposto no inciso V do artigo 30 da Constituição Federal.

Nesse julgado, a peculiaridade de a lei incidir sobre uma atividade qualificada como serviço público não teve relevância para a conclusão alcançada, sendo certo que o direcionamento ao bem social instituído pela

---

104 Expressaram os fundamentos dos seus votos nesse sentido os Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Ellen Gracie.

105 Nesse aspecto, o Ministro Marco Aurélio não inquina o dispositivo da lei federal de total inconstitucionalidade, apenas declara a necessidade interpretação conforme à Constituição, afastando toda aquela que não carrear ao Estado o ônus pelo benefício criado.

norma e a circunstância de que, na substância, o benefício já estava previsto na Constituição Federal quando da edição da lei questionada, foram fundamentais para a decisão.

Assim, é fato que a titularidade do serviço público não foi cogitada como elemento importante para a definição da competência para editar a norma com o conteúdo veiculado pela norma federal questionada. De se ressaltar apenas, nesse aspecto, o entendimento do Ministro Marco Aurélio, que considerou inconstitucional parte da lei que definiu o percentual de reserva de assentos, pois aí estaria a imbricar com a competência do Município para regular o seu serviço público de transporte coletivo.

A maioria do Tribunal, feita a ressalva ao voto do Ministro Marco Aurélio, não perquiriu sobre qualquer distinção entre normas com aplicação geral e normas preordenadas a regular especificamente o serviço público, estas da competência do respectivo titular. Tal constatação indica não ter sido protegida, sob qualquer aspecto, a competência do titular do serviço público contra interferências por parte de outros entes federativos.

Nesse caso, foi dada total prevalência à disposição questionada em razão do seu caráter social. Apesar do argumento de que a Constituição Federal prevê esse direito, não foi analisada a falta de competência da União para editar norma que incide sobre o serviço público local. Salvo, como visto, pelos Ministros Carlos Britto, para dizer competente a União, e Marco Aurélio, para dizer da incompetência dela.

Por fim, a questão da segurança jurídica na regulação dos serviços públicos também não foi abordada, no sentido de compreender uma unidade de competência regulatória, protegendo de interferências exteriores a relação entre poder concedente e concessionário. Apenas se argumentou com fato de que a norma questionada não veicularia qualquer novidade, dada a disposição prévia da Constituição Federal, e que a eventual alteração da equação econômico-financeira deveria ser resolvida com a sua recomposição pelos meios próprios ou, em último caso, repercutir na extinção da relação.

O acórdão mais recente do Supremo Tribunal Federal sobre a específica controvérsia tratada nesta subseção do trabalho foi o proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 845-5/AP<sup>106</sup>, na qual o Governador do Estado do Amapá insurgiu-se contra dispositivo da Constituição do seu Estado<sup>107</sup> que estabeleceu que o Estado garantiria, mediante lei, o direito a meia passagem ao estudante de qualquer nível, nos transportes coletivos urbanos, rodoviários e aquaviários, municipais e intermunicipais.

Sustentou o autor da ação que o dispositivo confrontava com o princípio da livre iniciativa insculpido da Constituição Federal<sup>108</sup> e que, como o Município da capital também possuía lei agraciando os estudantes com meia passagem, o benefício instituído pela Constituição do Estado acabava por conceder gratuidade, “extirpando o direito ao lucro das empresas”.

Cabe anotar que não fica muito claro da fundamentação do autor, a partir do que foi lançado no relatório do acórdão, se o dispositivo da Constituição Estadual implica em obrigar o Estado a suportar, desde logo, o ônus decorrente do benefício, ou se esse ônus seria carreado às concessionárias, que ficariam obrigadas a cobrar meia passagem e teriam que buscar, *a posteriori*, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro firmado no contrato.

De toda forma, em que pese o dispositivo combatido afirmar que “o Estado garantirá o direito a meia passagem”, não faria sentido o Governador argumentar com a extirpação do lucro das empresas, se o ente público efetivamente tivesse a intenção de arcar com esse ônus.

Porém, essa perplexidade, ressalvada a compreensão do Ministro Marco Aurélio que será referida nas linhas subsequentes, não gerou maiores efeitos

---

106 Julgada em 22.11.2007, *DJ*, de 07.03.2008.

107 Constituição do Estado do Amapá: “Artigo 224 - O Estado garantirá o direito a meia passagem ao estudante de qualquer nível, nos transportes coletivos urbanos, rodoviários e aquaviários, municipais e intermunicipais, mediante lei.”

108 Artigos 1º, IV, 5º, *caput*, I e XXII, e 170, *caput*, da Constituição Federal.

no desenvolvimento dos votos ou mesmo algum prejuízo para a análise da controvérsia, com as mesmas balizas utilizadas nos julgados precedentes.

Em defesa do ato normativo, a Assembleia Legislativa estadual sustentou o argumento de ordem social, uma vez que a medida, tratando diferenciadamente os educandos, estaria voltada “à construção de uma sociedade plural, justa e solidária”. Suscitou ainda uma peculiaridade do Estado, no sentido de que as escolas concentram-se no Município de Macapá, de onde extraiu que a medida favoreceria os alunos amapaenses que residem em outros Municípios que não o da capital.

Passando à análise do entendimento do Tribunal sobre o caso, o relator Ministro Eros Grau, desde início, destacou tratar-se a atividade em questão de serviço público, e essa constatação conduziu à análise da competência para editar norma como a questionada.

Aliás, essa constatação fica clara ao se ter conta o argumento pelo qual o ministro afastou a afirmação do autor, no sentido da violação do princípio da livre iniciativa, quando assentou que “os transportes coletivos de passageiros consubstanciam serviço público, área na qual o princípio da livre iniciativa não se expressa como faculdade de criar e explorar atividade econômica em sentido privado”, e arrematou afirmando que “a lei estadual deve dispor sobre as condições dessa prestação, quando de serviços públicos da competência do Estado-membro ser tratar”.

Após expor que a competência para os serviços de transporte coletivo urbano é dos Municípios, e para os serviços de transportes coletivos intermunicipais é dos Estados, concluiu não verificar inconstitucionalidade no comando da Constituição Estadual, no que diz respeito ao transporte intermunicipal, mas apenas no que a disposição incide sobre o transporte municipal.

De se destacar que, em que pese acompanhar integralmente o voto do ministro relator, o Ministro Ricardo Lewandowski, em argumento isolado e não se adstringindo ao fato de que o transporte intermunicipal

já é titularizado pelo Estado, considerou que a norma questionada seria legítima porque a competência para legislar sobre os serviços metropolitanos é do Estado.

Por sua vez, invertendo a ordem de uma das hipóteses deste trabalho, segundo a qual o titular do serviço público é o competente para sobre ele legislar, acresceu o Ministro Carlos Britto, que também acompanhou o ministro relator, que o “competente para legislar sobre a matéria é também o titular da competência material da prestação deste serviço.” Vê-se assim, com a dita inversão, uma estreita ligação entre titularidade do serviço e competência para regulá-lo.

A única divergência no acórdão é registrada no voto do Ministro Marco Aurélio, que partiu da consideração de que o dispositivo da Constituição Estadual questionado atribui ao Estado o ônus correspondente ao custo da garantia do direito a meia passagem, não o transferindo à iniciativa privada.

Sustentou, a partir de então, que a Constituição Estadual é de observância obrigatória e que a matéria veiculada no dispositivo questionado é daquelas que demandam um tratamento linear, igualitário, sem distinções em uma mesma unidade da Federação. Acresceu que o estímulo à educação é elemento básico para o desenvolvimento do país, o que não justifica o tratamento diferenciado entre o transporte intermunicipal e urbano dado pelo voto do relator. Assim, julgou totalmente improcedente ação, afirmando inexistir invasão de competência dos Municípios, dada a supremacia da Constituição Estadual, frente à legislação municipal.

O Ministro Carlos Britto o contradisse, para dizer que a competência para os serviços locais é prevista expressamente na Constituição Federal e que a Constituição Estadual viola a competência municipal nesse caso.

Assim, do que se deduz do entendimento majoritário, a qualificação como serviços públicos das atividades atingidas pela norma, bem como a identificação dos seus específicos titulares, foram dados decisivos para o julgamento do caso. Nessa linha, foi reconhecida a

inconstitucionalidade da disposição estadual apenas no que interferia no serviço de titularidade do Município.

Afora essas considerações, não há nesse julgado qualquer tentativa de estabelecer distinção entre normas preordenadas a regular especificamente o serviço público e normas com aplicação geral, com incidência apenas indireta. A divergência registrada se adstringiu à supremacia ou não da Constituição Estadual sobre a competência municipal para legislar sobre o interesse local.

Nesse caso, o Tribunal não tratou da relevância da manutenção da unidade regulatória como elemento apto a repercutir em um ambiente seguro para o incremento do desenvolvimento. Com respeito ao valor do desenvolvimento, há apenas uma referência no voto do Ministro Marco Aurélio, não na linha de que decorreria da garantia da segurança jurídica e da unidade regulatória, mas sim como consequência do fomento de melhores condições sociais, a princípio tuteladas pela norma questionada.

No campo das decisões monocráticas, identificou-se a que foi exarada no Recurso Extraordinário n. 367.725/RR<sup>109</sup>, interposto contra acórdão que reconheceu a competência do Estado para instituir gratuidade em transporte interurbano. Segundo consta do relatório, argumentou a recorrente com a competência privativa da União Federal para legislar sobre trânsito e transporte, e que, portanto, seria necessária a edição de lei complementar para que o Estado pudesse legislar sobre questões específicas nesse campo.<sup>110</sup>

Nesse caso não se estava à frente de qualquer iniciativa de ente federativo no sentido de intervir em serviço público alheio, mas sim perante uma tentativa encetada por concessionária, com o fim de negar aspecto da competência regulatória daquele que é o seu titular, para assim eximir-se de suas imposições.

---

109 Julgado em 01.02.2005, *DJ*, de 04.03.2005.

110 Artigo 22, XI e parágrafo único, da Constituição Federal.

Na decisão, desde logo foi anotado que o benefício social instituído pelo Estado, consubstanciado em isenção do pagamento de passagens para idosos, incidia sobre serviço público desse ente federado, qual seja, o transporte rodoviário intermunicipal de passageiros.

Nesse sentido, foi estabelecida uma distinção entre essa competência e a competência da União Federal para legislar sobre trânsito e transportes. Segundo a decisão, a competência da União “refere-se às diretrizes nacionais concernentes ao trânsito e ao transporte”, ao passo que as “questões de interesse local e regional são pertinentes respectivamente, aos Municípios e aos Estados”, razão pela qual foi negado seguimento ao recurso extraordinário.

Nesse julgado monocrático, em que pese sua objetividade, é possível, por inferência, ter-se por respondida positivamente a questão que indaga da relevância da circunstância de a normatização recair sobre uma atividade qualificada como serviço público e que o seu titular recebe da Constituição Federal competência específica e reservada para dele tratar.

Também sobre a disputa abordada nesta seção do trabalho, merece nota a decisão monocrática proferida no Recurso Extraordinário n. 536.001/MA<sup>111</sup>, que foi interposto por Município que não se resignou com acórdão lhe negou a atribuição de estabelecer regramento concernente a pagamento de meia passagem por estudantes nos serviço de transporte coletivo urbano, regramento esse consubstanciado na exigência de emissão prévia de cartão de transporte.

Para o Tribunal de Justiça do Estado, muito embora tenha o Município competência para legislar sobre assuntos de interesse local, não poderia fazê-lo de molde a limitar direitos constitucionalmente garantidos, sendo a meia passagem um instrumento utilizado pela classe estudantil para proteção do acesso à educação.<sup>112</sup>

---

111 Julgado em 28.08.2008, *DJ*, de 24.09.2008.

112 Artigo 208, VII, da Constituição Federal.

A Municipalidade sustentou o seu recurso com base no argumento de que sua e privativa é a competência legislativa para organizar e prestar os serviços públicos de interesse local. Nessa linha, a regulamentação do serviço público de transporte coletivo urbano, inclusive no que diz respeito à concessão de gratuidades e semigratuidades, bem como o seu disciplinamento seria tarefa do legislador municipal local, eis que o serviço público é da sua titularidade, não havendo espaço para a intervenção de outros entes em tal assunto.

Em sua decisão, a relatora Ministra Cármen Lúcia referiu-se à Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 845-5/AP, já analisada neste estudo, na qual se afirmou que a competência para organizar os serviços públicos de interesse local, dentre os quais está o de transporte coletivo, é municipal, e que o dispositivo da Constituição Estadual que garantiu aos estudantes o direito a meia passagem nos transportes coletivos municipais avançava sobre a competência legislativa local.

Muito embora a ministra tenha feito menção a precedente que preservava a unidade e a exclusividade da competência do titular de um determinado serviço público, não foi proferida nesse caso, sequer em caráter liminar, qualquer decisão sobre o mérito da controvérsia estudada neste capítulo, eis que o julgamento foi sobrestado para aguardar julgamento de outro recurso<sup>113</sup> submetido ao procedimento de repercussão geral.

Assim, em que pese não ser possível extrair maiores respostas para as perguntas formuladas neste trabalho, a posição adotada nesse caso permite inferir que a defesa da competência do titular do serviço público não foi argumento forte o suficiente para conduzir, ao menos, a uma tutela de urgência, restando o Município obstado na sua pretensão de regulamentar o benefício da meia passagem aos estudantes nos serviços públicos de transporte urbano.

---

113 Recurso Extraordinário n. 591.466. Trata-se de recurso que será visto neste estudo, na subseção atinente às intervenções para o controle da atividade.

A última decisão monocrática identificada na pesquisa ligada à disputa tratada nesta seção do trabalho foi a proferida no Agravo de Instrumento n. 764.503/MG<sup>114</sup>, interposto contra decisão que não admitiu recurso extraordinário interposto contra julgado do Tribunal de Justiça estadual que, em ação civil pública proposta pelo *Parquet*, afastou disposição municipal<sup>115</sup> que, à semelhança do caso anterior, exigia cadastramento prévio do usuário estudante para usufruir o benefício do desconto do passe escolar no transporte coletivo urbano, pois instituiu imposição não prevista na norma federal<sup>116</sup>.

Segundo o que foi relatado na decisão em análise, o Tribunal local vislumbrou uma partição da competência entre a União e o Município para regular a hipótese. Posicionando a norma federal em uma posição sobranceira, considerou que ela, ao estatuir o desconto para estudantes, previu apenas a necessidade de comprovação da condição de estudante mediante documentos próprios, e não referiu o cadastramento, motivo pelo qual não poderia a lei municipal trazer nova exigência.

Frente a essa decisão, a concessionária interpôs recurso extraordinário, alegando que teria sido usurpada a competência municipal para regular o serviço público de transporte coletivo urbano<sup>117</sup>. Além disso, ponderou que, na verdade, a norma federal em questão teria se limitado a conceituar um modelo legal de estudante para efeito dos benefícios que lhe são próprios enquanto apresentar tal qualidade, ao passo que a legislação municipal foi mais específica e detalhada, exigindo o prévio cadastramento dos beneficiários, mas jamais negou ou confrontou o tipo legal de estudante previsto na norma federal.

Em suma, mesmo reconhecendo algum campo para o exercício de competência da União Federal no sentido de “tipificar” o estudante, sustentou a

---

114 Julgado em 17.09.2009, *DJ*, de 06.10.2009.

115 Lei n. 3.345/91 do Município de Governador Valadares.

116 MP n. 2.208/2001.

117 Artigo 30, V, da Constituição Federal.

recorrente ser do Município a competência para organizar e racionalizar a concessão de benefícios tarifários a tal categoria de usuários.

Na decisão monocrática, a Ministra Cármen Lúcia negou seguimento ao recurso, mantendo a decisão que não admitiu o recurso extraordinário interposto pela concessionária municipal, uma vez que considerou que a questão se restringiria a incompatibilidade da lei municipal com as disposições da medida provisória editada pela União. Por isso, no entendimento da ministra, a eventual afronta à Constituição da República, se existente, seria indireta, o que não viabiliza o processamento do recurso extraordinário, segundo entendimento sumulado no Tribunal<sup>118</sup>.

Em pese o fundamento processual da decisão, ela, ainda assim, é útil para o fim a que se presta este trabalho, dado que, em última análise, nega que a municipalidade teria a defendê-la uma competência decorrente diretamente da Constituição Federal, quando ela lhe outorga a titularidade para organizar e prestar os serviços públicos locais.

Nessa linha, é viável concluir que a qualificação da atividade alvo da disposição normativa como serviço público não foi primordial para nortear a definição da competência nesse caso, nem tampouco a titularidade do ente para a qual foi atribuída.

Pelo caráter sucinto e por optar pela adoção de um óbice processual ao conhecimento do recurso, não se pode extrair da decisão respostas às outras perguntas formuladas neste trabalho, mas não deixa de ser interessante destacar da argumentação das partes e do acórdão do tribunal de origem algumas ponderações úteis.

Dentre elas está o fato de que – muito embora tenha o benefício um viés social e, logo, no âmbito de uma atribuição comum dos entes federativos – a defesa da competência da União foi feita a partir de um argumento

---

118 Súmula n. 280: “Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário”.

de supremacia da norma federal. Ou seja, olvidando-se que a Constituição Federal distribui horizontalmente as competências com respeito aos serviços públicos, entendeu-se que a União teria campo próprio para intervir na regulação de um serviço público municipal.

Por fim, quanto a essa decisão, também se verifica a presença de argumentação feita no sentido de distinguir normas preordenadas a regular especificamente o serviço e normas com aplicação geral e reflexa. Isso foi feito tanto pela tese que deu prevalência à norma federal, quanto pela tese que defendia a competência municipal, uma vez que a concessionária reconheceu à União Federal a competência para “tipificar” estudante, reservando ao Município apenas a competência para organizar e racionalizar a concessão de benefícios tarifários.

Dessarte, como já dito, a negativa de conhecimento do recurso extraordinário manejado pela concessionária municipal acaba por não reconhecer que a competência para a edição de normas incidentes sobre um dado serviço público decorre diretamente da Constituição Federal, a partir da partilha de titularidades que ela faz aos entes políticos, o que, em última análise, autoriza que se responda negativamente às perguntas formuladas neste trabalho sobre a relevância da constatação de se estar a tratar de serviço público e a sua titularidade para fins de definição da competência regulatória.

Da análise dos julgados tratados nesta seção do trabalho, tem-se que, mais uma vez, a grande maioria das decisões colegiadas e monocráticas teve presente a circunstância de se qualificarem como serviços públicos as atividades sobre as quais recaíram cada uma das disposições normativas voltadas à sua regulação.

A partir dessa constatação, o Supremo Tribunal Federal tendeu a estabelecer, com apenas três decisões em sentido contrário<sup>119</sup>, a competência

---

119 ADI-MC n. 1.104-9/DF, ADI n. 3.768-4/DF e AI n. 764.503/MG. Vale frisar que a decisão proferida no RE n. 536.001/MA apenas sobrestou o andamento do feito e, se por um lado se referiu à precedente que resguardou a competência do titular do serviço, por outro impediu o referido titular de exercer plenamente essa competência. Por isso, ainda não é possível dizer, em caráter definitivo, como poderá ser classificado esse caso.

regulatória a partir da identificação do titular de cada serviço público especificamente considerado, não sendo as razões de ordem social suscitadas ou mesmo as arguições de competência própria aptas a excepcioná-la e permitir a ação legislativa de ente federativo que não detinha essa qualidade.

É de se notar também que, salvo em duas decisões<sup>120</sup>, não foi trabalhada qualquer tentativa de distinção do conteúdo das normas questionadas, se estariam voltadas a ter incidência direta ou reflexa sobre o serviço público. Viu-se que, por imbricarem com o campo de competências dos titulares dos específicos serviços públicos considerados, tiveram sua inconstitucionalidade arguida e, na ampla maioria das vezes, reconhecida.

Para finalização desta seção do trabalho, e dentro do esquadro fixado pelas perguntas inicialmente formuladas, deve ser dito que, na ampla maioria das vezes, a conclusão dos julgados foi alcançada apenas com o manejo de argumentos formais, ligados à distribuição de competências prevista na Constituição Federal. Sobre esse aspecto, há apenas que se ressaltar a notável importância conferida à necessidade de manutenção da segurança jurídica no campo dos serviços públicos, quando do julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.299-7/RS.

### **3.3 Intervenções para a tutela ambiental**

Nesta parte do trabalho serão analisadas decisões proferidas em casos nos quais a competência comum dos entes federativos em matéria de proteção ambiental foi o argumento utilizado para justificar as intervenções no campo de competência regulatória do titular de cada serviço público observado.

Sobre essa disputa, a pesquisa levada a efeito apontou o acórdão proferido na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade

---

120 ADI-MC n. 1.109/DF e AI n. 764.503/MG.

n. 330-5/DF<sup>121</sup>, ação através da qual o Procurador-Geral da República questionou dispositivo da Constituição gaúcha<sup>122</sup> que condicionou a instalação de indústrias para a produção de energia nuclear à prévia aprovação por plebiscito e ao atendimento de condições urbanísticas e ambientais previstas na legislação estadual, proibindo ainda o transporte e a deposição de resíduos originados da utilização de energia nuclear.

Do que consta do breve relatório, o requerente sustentou a inconstitucionalidade da norma, com base na usurpação de competência da União sobre serviço que lhe é próprio.<sup>123</sup>

O relator Ministro Carlos Velloso reconheceu, no condicionamento e na proibição criada pela Constituição Estadual, relevância no argumento de violação da competência da União com respeito ao serviço de produção de energia nuclear. Deferiu a liminar pleiteada, levando em conta a possibilidade de os dispositivos questionados causarem embaraço na política nuclear da União, enquanto a ação estiver pendente de julgamento.

No entanto, essa compreensão não foi acompanhada pela maioria dos membros do Tribunal, que não vislumbraram, no que diz respeito à exigência de prévia oitiva da população, perigo de dano, eis que não teria sido demonstrada a urgência da construção de uma usina nuclear no Estado<sup>124</sup>.

---

121 Julgada em 02.08.1990, *DJ*, de 30.04.1993.

122 Constituição do Estado do Rio Grande do Sul: “Artigo 256 - A implantação, no Estado, de instalações industriais para a produção de energia nuclear dependerá de consulta plebiscitária, bem como do atendimento às condições ambientais e urbanísticas exigidas em lei estadual. Artigo 257 - É vedado, em todo o território estadual, o transporte e o depósito ou qualquer outra forma de disposição de resíduos que tenham sua origem na utilização de energia nuclear e de resíduos tóxicos ou radioativos, quando provenientes de outros Estados ou países.”

123 Artigos 21, XXIII, 22, XXVI, 177, V, parágrafo 3º, e 225, parágrafo 6º, da Constituição Federal.

124 Inaugurando a divergência, o Ministro Sepúlveda Pertence fez referência ao indeferimento do pedido de liminar, do qual foi relator, formulado na ADI-MC n. 329-1/DF, que tratou de dispositivo estadual praticamente idêntico e que já recebeu julgamento final, como se vê na sequência deste trabalho. Vale anotar que, segundo a data de julgamento indicada nos acórdãos dessas duas medidas cautelares, o julgamento da ADI-MC n. 330-5/DF ocorreu seis dias antes.

Por outro lado, os ministros, por unanimidade, reconheceram ser o caso de deferimento de liminar apenas para afastar a proibição de transporte e deposição de resíduos nucleares no Estado.

Dessa decisão sobre o pedido cautelar, algumas respostas às perguntas formuladas neste trabalho podem ser extraídas. As referências feitas por todos os ministros no sentido da relevância do fundamento da ação indicam ser importante para o Tribunal a qualificação da atividade em questão como uma espécie de serviço público da União. Nessa linha, a competência do titular do serviço foi desde logo resguardada pela fração minoritária do Tribunal que acompanhou o ministro relator, o qual afastou a intervenção encetada pelo Estado federado.

Todavia, na ocasião, a reconhecida relevância desse argumento não foi forte o suficiente para refletir de forma límpida, como dito pelo Ministro Sepúlveda Pertence, a inconstitucionalidade buscada cautelarmente, especialmente porque não configurada urgência, dada a ausência de notícia sobre a iminência da construção de uma usina nuclear no Estado.<sup>125</sup>

Cabe referir que a opção por declarar liminarmente a inconstitucionalidade do dispositivo que proibiu o transporte e a deposição de resíduos nucleares não decorreu de uma identificação mais nítida de eventual violação de competência, mas sim da consideração de que algumas atividades, genericamente consideradas, poderiam ser imediatamente obstadas, de onde defluiu o perigo na demora autorizador da tutela liminar.

Muito embora não tenha sido feita no relatório uma exposição acerca dos argumentos sustentados pela parte passiva dessa ação, não se pode fugir à evidência de que a disposição estadual estaria voltada à proteção contra desastres ambientais decorrentes do mau funcionamento ou de acidentes em usinas nucleares. Ao que parece, esse argumento pesou mais no confronto contra o argumento em defesa da competência do ente federativo

---

<sup>125</sup> Vale anotar que, até o momento, a ação ainda não foi definitivamente julgada e que essa assertiva foi feita em um julgamento ocorrido em agosto de 1990.

titular do serviço público, tirando a “limpidez” dessa arguição, quando da análise do pedido liminar.

Por fim, quanto à última das perguntas lançadas neste trabalho, vale destacar a preocupação manifestada pelo ministro relator acerca da possibilidade de a disposição questionada repercutir em embaraços à política nuclear da União. É, sem dúvida, uma preocupação que ultrapassa as considerações unicamente formais sobre a distribuição de competências constitucionais e antevê a necessidade de proteção da competência do ente titular do serviço público em questão, ao indicar que o exercício de uma competência comum e de abrangência local ou regional na seara ambiental pode ter o condão de obliterar uma política energética nacional.

Por sua vez, mais algumas respostas podem ser extraídas do julgamento da Questão de Ordem em Ação Cível Originária n. 593-4/MG<sup>126</sup>, decorrente de ação cível originária proposta pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e por concessionária de serviço público de energia contra o Estado de Minas Gerais, em razão de lei por esse ente editada que declarou como patrimônio paisagístico e turístico do Estado a Cachoeira do Tombo da Fumaça e criou área de proteção ambiental. Argumentou-se que a criação da referida área de proteção interferiria no aproveitamento do potencial hidráulico existente em trecho do Rio Jequitinhonha, dado que, para a formação dos reservatórios, seriam inundados terrenos colhidos pela lei estadual.

Nesse caso, a ANEEL sustentou sua competência para operacionalizar a política nacional de potenciais hidráulicos para fins de produção de energia elétrica. Aduziu ter licitado a construção de duas usinas geradoras de energia elétrica no Rio Jequitinhonha e que o projeto fazia parte do Plano Decenal de Expansão do Setor Elétrico Brasileiro.

Destacou ainda que os Estados envolvidos foram comunicados do plano e dos benefícios decorrentes da obra, bem como das compensações

---

126 Julgada em 07.06.2001, *DJ*, de 14.12.2001.

aos Municípios alcançados pelos reservatórios. Afirmou também que o empreendimento contou com a aprovação das autoridades ambientais nas instâncias federal e estadual, demonstrando ainda que as unidades federadas concordaram com o empreendimento.

Aportou argumentos no sentido de que, além de o rio envolvido na questão ser da União, dela é a competência para realizar as licitações, regular e fiscalizar as atividades vinculadas à exploração da eletricidade e que essa matéria está exclusivamente sujeita a regulação por lei federal.

Instaurada a questão de ordem em razão de a demanda ter sido proposta originariamente no Supremo Tribunal Federal por ente da Administração indireta, a competência do Tribunal para o caso foi afirmada por seus ministros, que visualizaram efetivo conflito federativo, tendo em conta os dados fáticos e jurídicos trazidos ao debate.

Em que pese esse julgado não estabelecer uma posição quanto ao mérito da competência discutida, é aresto importante para a pesquisa, na medida que a defesa da competência da União é feita fundamentalmente a partir da sua titularidade sobre o serviço público em questão, competência essa que, no caso, opõe-se à competência do Estado para a tutela ambiental local.

Nessa linha, o relator Ministro Neri da Silveira claramente pontuou o confronto entre a competência do titular do serviço público de energia elétrica e a competência do Estado no que tange à proteção ambiental, como se observa do seguinte excerto de seu voto:

“Tenho, no caso concreto, como insuscetível de dúvida que são relevantíssimos os aspectos da demanda, também no que diz com o equilíbrio federativo e, em particular, com as competências da União Federal e dos Estados, acerca do aproveitamento dos potenciais hidráulicos e da realização de obras atingindo rios de curso interestadual e ainda a respeito da partição de competências, no âmbito federativo, sobre a proteção ambiental e os embaraços que Estados possam opor a obras atinentes à geração de energia elétrica.”

Em outros votos, a competência do titular do serviço de energia elétrica é destacada como um elemento capaz de conduzir a compreensão da disputa, como se nota da manifestação do Ministro Nelson Jobim que, afirmando tratar-se de caso claro de fixação de competências, apontou que a ANEEL é a gestora do potencial energético.

Também o Ministro Sepúlveda Pertence destacou que a área de proteção ambiental criada pelo Estado interfere no aproveitamento do potencial hidroelétrico concedido pela União, afirmando estar em causa uma “questão de distribuição de competência: de um lado, da exploração hidrelétrica de um rio que ultrapassa as fronteiras de Minas Gerais; e, de outro, da competência de proteção ambiental outorgada ao Estado”.

O Ministro Marco Aurélio também destacou que a causa versava sobre a disputa entre a competência comum para legislar sobre proteção do meio ambiente e a competência da União para explorar recursos energéticos, afirmando:

“Ninguém desconhece que compete concorrentemente aos Estados, ao Distrito Federal e à União legislar sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição. De outro lado, cabe à União a exploração, até mediante concessão, dos recursos energéticos.”

Mesmo tendo o acórdão se adstringido à questão de ordem suscitada<sup>127</sup>, fica evidente a presença do conflito para o qual este estudo se volta, sendo apto a indicar respostas para algumas das perguntas formuladas. Isso porque não escapou do Tribunal, como um elemento apto a configurar

---

127 Segundo extrato de andamento processual, o caso não teve o seu mérito julgado em razão da revogação da lei estadual mineira que havia instituído a área de proteção ambiental, repercutindo na perda de objeto do pedido.

o conflito federativo e a indicar possível solução do caso, a qualificação da atividade como serviço público e a competência regulatória do seu titular.

Por outro lado, foi um elemento também tomado em conta pelo Tribunal a competência comum dos entes federativos para a proteção ambiental, de fato sustentada pelo Estado que editou a norma combatida.

Apesar da já referida ausência de decisão sobre o mérito da ação, os arrazoados das autoras oferecem indicativos de que a segurança jurídica e a unidade na conformação regulatória que incide sobre o serviço público, notadamente o que demanda grandes investimentos, é sobremaneira importante. Isso porque, fazendo uso de diversos elementos fáticos, apontaram que a lei estadual combatida punha em risco um procedimento licitatório complexo, um plano decenal de expansão do setor elétrico voltado a garantir o abastecimento nacional, além da execução do próprio contrato firmado com o consórcio vencedor.

Caso semelhante ao tratado no primeiro acórdão analisado nesta subseção<sup>128</sup> foi veiculado na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 329-1/SC<sup>129</sup>, na qual o Procurador-Geral da República suscitou a inconstitucionalidade de dispositivo da Constituição do Estado de Santa Catarina<sup>130</sup>, que estabeleceu que a implantação de instalações industriais para a produção de energia nuclear no Estado deveria, além de atender às condições ambientais e urbanísticas, ser precedida de autorização prévia da

---

128 Seguindo o padrão eleito para o trabalho, os julgados são apresentados de acordo com a data do julgamento, de molde a oferecer ao leitor uma linha temporal que permita conhecer a evolução entendimento do Tribunal sobre o tema estudado. Assim, justifica-se a ordem de apresentação estabelecida, dado que o julgamento final da ADI n. 329-1/SC (e também da cautelar) ocorreu posteriormente ao julgamento da ADI-MC n. 330-5/DF, valendo lembrar que esta ainda não foi definitivamente julgada.

129 Julgada em 01.04.2004, *DJ*, de 28.05.2004.

130 Constituição do Estado de Santa Catarina: "Artigo 185 - A implantação de instalações industriais para produção de energia nuclear, no Estado, dependerá, além do atendimento às condições ambientais e urbanísticas exigidas em lei, de autorização prévia da Assembleia Legislativa, ratificada por plebiscito realizado pela população eleitoral catarinense." (Dispositivo revogado pela Emenda Constitucional n. 38 de 24.12.2004).

Assembleia Legislativa do Estado, ratificada por plebiscito da população eleitoral catarinense.

Assim como no aresto anteriormente estudado, o requerente arguiu, referindo aos mesmos dispositivos da Constituição Federal, a inconstitucionalidade da norma com base na usurpação de competência da União sobre serviço que lhe é próprio.<sup>131</sup>

A Assembleia catarinense sustentou a constitucionalidade da norma com base na necessária defesa da sua população, além de afirmar que não vedou a exploração do serviço, mas apenas o condicionou ao atendimento de exigências ambientais e urbanísticas.

Após o indeferimento do pedido liminar pelo então relator<sup>132</sup>, a relatora Ministra Ellen Gracie, citando precedentes do Supremo Tribunal Federal anteriores à Constituição de 1988 e com base em seus dispositivos, reconheceu a competência exclusiva da União para legislar sobre as atividades associadas à energia nuclear, competência essa que, segundo a ministra, a União efetivamente exercitou, com a edição de diversos diplomas normativos.

Por tais razões, o Tribunal, por unanimidade de votos, julgou procedente a ação direta de inconstitucionalidade proposta.

Em que pese não ter havido desenvolvimento mais intenso sobre o argumento, é possível dizer que a qualificação da atividade como um serviço público não foi esquecida, tanto em razão da menção expressa ao artigo 21, XXIII, da Constituição Federal, quanto pela afirmação de que a norma questionada violava a competência material da União estabelecida nesse dispositivo.

Muito embora a questão trazida a julgamento tenha versado sobre a instalação e localização de indústria produtora de energia nuclear, vale

---

131 Artigos 21, XXIII, 22, XXVI, 177, V, parágrafo 3º, e 225, parágrafo 6º, da Constituição Federal.

132 Ministro Sepúlveda Pertence, que fez referência ao julgamento da ADI-MC n. 330-5/DF em seção plenária anterior.

ainda anotar que, identificada a titularidade da União, não foi cogitada qualquer possibilidade de atuação legislativa paralela por parte de ente público não detentor dessa qualidade.

Em outras palavras, não foi encampado o argumento de que a lei estadual estaria preordenada à defesa da população e ao resguardo de exigências ambientais e urbanísticas. Também não se tentou qualquer distinção quanto ao objetivo das normas, no sentido de dizer que apenas aquelas que diretamente regulam o desempenho dos serviços públicos estariam no campo de competência reservado ao seu titular, ao contrário do que ocorreria com disposições com incidência apenas reflexa ou de caráter geral.

Sobre a disputa a que se dedica esta seção do trabalho, apenas esses acórdãos podem ser trazidos à colação, sendo que, em todos, foi possível identificar ter restado presente a consideração de que se qualificava como serviço público a atividade sobre a qual incidia a atuação legislativa ou material questionada.

Por outro lado, a identificação do titular do serviço público como ponto fundamental para a definição da competência regulatória apenas constituiu razão de decidir em um dos acórdãos, mas exatamente no mais recente e no qual houve efetiva manifestação final sobre o mérito.

Os entes federativos que editaram normas incidentes sobre serviços públicos dos quais não detinham a titularidade o fizeram sob o argumento de que estavam atuando sob o pálio de competência constitucional comum, na defesa do meio ambiente, e não propriamente sobre a regulação do serviço. Tal distinção apenas logrou algum amparo na primeira decisão relatada nesta seção, na qual se reconheceu um objetivo de proteção contra desastres ambientais decorrentes do mau funcionamento ou de acidentes em usinas nucleares. No entanto, no único aresto que efetivamente decidiu sobre o mérito, e que também tratou de intervenção do Estado sobre a produção de energia nuclear, essa tese foi rechaçada e a competência do titular do serviço público foi protegida.

Por fim, é fato ter estado presente alguma preocupação com a higidez da política nuclear da União no voto vencido do acórdão que não deferiu medida cautelar no primeiro caso analisado. Da mesma forma, também se referiu, no caso da criação de área de proteção ambiental estadual, à operacionalização de uma política nacional de aproveitamento de potenciais hidráulicos para fins de produção de energia elétrica, às licitações realizadas e a um plano decenal de expansão do setor elétrico. Porém, especialmente no último caso, no qual houve decisão final sobre o mérito, fundamentais foram os argumentos de ordem formal, ligados à distribuição constitucional de competências, para conferir ao titular do serviço público a exclusividade da tarefa regulatória.

### **3.4 Intervenções para ordenação urbana**

As decisões a serem abordadas nesta seção do trabalho versaram sobre interferências na regulação dos serviços públicos, com o objetivo de adequar a sua prestação a condicionamentos voltados à ordenação urbana.

Sobre essa questão, tratou o aresto proferido nos Embargos de Divergência no Recurso Extraordinário n. 107.337-3/RJ<sup>133</sup>, recurso interposto contra acórdão que julgou improcedente o pedido de concessionária municipal do serviço de transporte coletivo que se opôs a ato de autoridade estadual que permitiu que concessionária estadual do serviço de transporte intermunicipal estendesse o seu itinerário no território do Município.

Nessa ação, a concessionária municipal argumentou com a violação da exclusiva competência do Município para regular a prestação do serviço público de transporte coletivo dentro do seu território, aduzindo ainda que o ato da autoridade estadual repercutiu em concorrência ruinosa dentro da área do Município, por força da coincidência de itinerários entre as linhas municipal e intermunicipal.

Na verdade, como se verá, muito embora tenha a concessionária municipal autora da ação pretendido que se declarasse que o Município tem competência

---

133 Julgados em 20.02.1992, *DJ*, de 08.06.2001 (republicação).

para também regular o serviço de transportes intermunicipais quando eles adentram no seu território, a discussão travada no acórdão partiu do reconhecimento da titularidade e da competência do Estado, para então passar a investigar se a Municipalidade poderia, de alguma forma, estabelecer regramentos, como itinerários, pontos de parada, pontos inicial e final, dentre outros.

No Recurso Extraordinário<sup>134</sup> de que decorre o julgado acima indicado, o Tribunal considerou que não viola a autonomia municipal a fixação de linhas intermunicipais no território do Município porque, com isso, não se estaria a tratar de interesse meramente local, dado que afeta mais de um Município. Nesse caso, também se consignou que a presença de interesse próprio de região metropolitana condiciona e limita as competências municipais.

Superado o único voto que entendeu presente violação da competência municipal<sup>135</sup>, é possível identificar nos votos que sustentaram a tese vencedora no recurso extraordinário uma tentativa de sopesar a defesa da competência do titular do serviço público de transporte coletivo intermunicipal e as competências do Município para tratar de determinações gerais próprias dessa unidade local.<sup>136</sup>

---

134 O RE n. 107.337/RJ foi julgado em 20.05.1988, antes do advento da Constituição Federal de 1988, e é aqui tratado, em razão do limite temporal retroativo deste trabalho, apenas para que melhor se compreenda o acórdão dos embargos de divergência obtido na pesquisa por termos realizada no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

135 Para compreensão da posição do Ministro Moreira Alves, confira-se: “[...] há violação da autonomia municipal, pois a Prefeitura não foi ouvida para concordar, ou não, com a alteração de itinerário, de paradas ou de terminal [...]”. E mais, citando o precedente RE n. 70.958: “[...] a concessão da linha intermunicipal é feita pelo Estado, mas o trajeto dentro dos municípios, inclusive os pontos de parada, ambos são da competência desses municípios [...]”.

136 Segundo o Ministro Octavio Gallotti: “Na hipótese – que é a presente – de linha intermunicipal, extravasa-se esta peculiaridade e só o Estado torna-se capaz de compor o interesse dos usuários das localidades abrangidas pelo percurso, sem prejuízo da competência das respectivas Prefeituras para fixar, por exemplo, os pontos de parada e a mão de direção a ser observada, mantida, todavia, a competência do poder concedente estadual, para determinar a extensão do percurso, que é condição essencial da permissão, dada em função da conveniência geral das coletividades favorecidas”. Para o Ministro Oscar Correa: “Óbvio que se não de respeitar as determinações gerais dos municípios – no que disser respeito ao seu peculiar interesse – senão se levar ao extremo a obediência a normas que acabem por significar entrave ao próprio desenvolvimento desse tráfego essencial.”

No julgamento dos embargos de divergência, já sob a égide da Constituição Federal de 1988, é notável a importância da qualificação da atividade tratada como serviço público, sendo certo que tal constatação conduziu o raciocínio empreendido pelos julgadores. Isso fica claro a partir da precisa distinção, muitas vezes ignorada, feita pelo relator Ministro Célio Borja entre legislar sobre trânsito (da competência da União) e prover sobre o serviço público (no caso, transporte coletivo).

No curso do acórdão, verifica-se que os ministros ocuparam-se principalmente da divisão da competência entre os serviços públicos de transporte coletivo intra e intermunicipais, cabendo aos Municípios prover e disciplinar a primeira espécie e aos Estados a segunda. À luz dessa divisão, o caso foi julgado no sentido da improcedência da pretensão da concessionária de combater o ato do Estado, eis que o serviço em questão é intermunicipal e sobre ele não se pode cogitar de atribuição municipal, mesmo na parte do itinerário inserida dentro do Município.

Nessa linha, cabe destacar excerto do voto do Ministro Sepúlveda Pertence que, considerando a atual realidade de concentração urbana no país, afirmou que “seria fazer absoluta ilusão da competência, indiscutivelmente estadual, para prover o serviço de transporte coletivo intermunicipal, impedir-se o Estado até de fixar o ponto inicial e o ponto final de uma linha”.

Parte dos ministros não fez outras considerações além dessas – sendo que o Ministro Sepúlveda Pertence<sup>137</sup>, expressamente, asseverou não ser o caso – mas outros procuraram traçar limites para as imbricações de competências entre o titular do serviço público em análise e a competência municipal para a ordenação urbana.

Do voto do Ministro Célio Borja se extrai o entendimento de que ao titular do serviço público deve ser conferida competência plena, quando

---

137 Considerando que questão da fixação de pontos finais das linhas representaria complexa imbricação de competências, afirmou o Ministro Sepúlveda Pertence: “Não enfrento, porque desnecessário, outros problemas que podem surgir nessa demarcação delicada de até onde vai a competência estadual e onde começa a autonomia municipal.”

afirma que “a cada um, dentro da esfera de sua competência, cabe definir as linhas, seus pontos inicial e final, extensão, itinerários, tarifas etc.”, complementando seu raciocínio pontuando que “a atividade de competência do Estado não sofre limitações decorrentes do fato de exercer-se em território municipal, assim como a União não tem sua competência inibida, por exercê-la no território de um Estado”.

Já para o Ministro Octavio Gallotti, que também endossou o ato estadual em razão da titularidade desse ente para o serviço público de transporte coletivo intermunicipal, devem ser consideradas hipóteses em que essa competência pode vir a sofrer interferências, como se depreende da seguinte assertiva:

“A fixação do itinerário, pelo qual se chega de um ponto até outro, inclui as paradas intermediárias, é, certamente, da alçada de cada um dos dois Municípios interessados. Mas a fixação do ponto inicial e a do ponto final não podem deixar de competir ao Estado, especialmente quando se trata de Municípios limítrofes.”

Porém, mesmo essa tentativa, um tanto carente de solidez, de permitir interseções de competências em um serviço público não auxiliou a autora da ação, uma vez que ela estava justamente a se insurgir contra a fixação de pontos inicial e final.

Quanto aos demais ministros<sup>138</sup>, a objetividade de seus votos permite inferir que conferiram a competência para regular o serviço público àquele que é o seu titular, razão pela qual a manutenção da improcedência do pleito da concessionária municipal firmada no acórdão do recurso extraordinário foi alcançada por unanimidade.

Outro caso que versou sobre a controvérsia analisada nesta seção do trabalho foi o acórdão proferido no Agravo Regimental no Recurso

---

138 Ministros Paulo Brossard, Marco Aurélio e Neri da Silveira.

Extraordinário n. 549.549-3/RJ<sup>139</sup>, no qual um Município, sustentando sua competência para regrear serviços públicos locais, buscou superar decisão monocrática que negou seguimento a recurso extraordinário que visava à reforma de acórdão de tribunal local que considerou ilegal decreto municipal que impedia que os ônibus intermunicipais embarcassem ou desembarcassem passageiros fora dos terminais.

Em voto bastante sucinto, a relatora Ministra Ellen Gracie, no que tange às investigações que vêm sendo empreendidas neste trabalho, afirmou, indicando alguns precedentes já estudados<sup>140</sup>, que aos Estados-membros compete a exploração e a regulamentação da prestação do serviço de transporte intermunicipal.<sup>141</sup>

Nesse caso não escapou do Tribunal a constatação de que a legislação combatida versava sobre um serviço público específico, sendo que a identificação do respectivo titular implicou na conclusão pela inconstitucionalidade de decreto, através do qual o Município pretendeu estabelecer condicionamentos ao serviço público que não é seu.

Não obstante a objetividade do voto condutor, é possível dizer que a competência do titular do serviço público em questão foi garantida de forma ampla, não sendo considerado o argumento da Municipalidade no sentido de que a ela cumpre curar das repercussões locais do desempenho dessa atividade, tal como a possível desordem urbana gerada pelo embarque e desembarque de passageiros fora dos terminais.

---

139 Julgado em 25.11.2008, *DJ*, de 19.12.2008.

140 ADI n. 2.349/ES e ADI n. 845/AP.

141 É necessário anotar que, sem prejuízo de ter assentado a titularidade dos Estados quanto ao transporte coletivo intermunicipal, a ministra se referiu ao argumento levantado pelo Tribunal a quo no sentido de que como a prestação serviço se dava em uma região metropolitana, essa constatação deveria orientar a interpretação da legislação estadual cuja prevalência, também por essas razões, restou garantida. Todavia, a ministra apenas cita o acórdão recorrido, mas não há uma explicação maior sobre em que medida a autonomia do Município, por encontrar-se em uma região metropolitana, é restringida. De toda forma, como se depreende das perguntas e hipóteses lançadas no capítulo introdutório, essa não é uma discussão abordada neste trabalho.

Também não se identifica qualquer tentativa do Tribunal em estabelecer distinção entre objetivos de uma norma que acaba por atingir o serviço público. Ou seja, não importou se a disposição municipal prescrevia regramentos de ordem técnica e diretamente referidos ao seu desempenho ou se continha preceito dotado de uma aplicação geral, com incidência meramente reflexa sobre os termos da sua prestação.

No âmbito das decisões monocráticas, a pesquisa realizada apresentou a que foi proferida no Agravo de Instrumento n. 219.521/DF<sup>142</sup>, interposto pelo Distrito Federal contra despacho do Tribunal a quo que negou seguimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão que firmou que “a recusa de fornecimento de energia elétrica pela concessionária não pode estar calcada, sob pena de configurar ato arbitrário, em razões outras que não aquelas expressamente previstas na legislação federal expedida pelo poder concedente do serviço público” e que a negativa da concessionária em prestar o serviço não pode estar arrimada no fato de o imóvel do usuário estar situado em loteamento irregular, matéria estranha ao interesse e à competência da concessionária.

Pelo que se depreende da decisão, usuário do serviço público de energia elétrica impetrou mandado de segurança contra a recusa da concessionária local, controlada pelo governo do Distrito Federal, de lhe prestar o serviço. Com a concessão da segurança, o Distrito Federal interpôs recurso extraordinário, alegando ofensa à sua competência para organização dos serviços de interesse local e para a promoção do adequado ordenamento territorial.<sup>143</sup>

Assim, pode-se dizer que, nesse caso, o Distrito Federal, por via da concessionária que controla, pretendeu utilizar a recusa do fornecimento de energia elétrica como instrumento de desestímulo à implantação de loteamentos irregulares no seu território.

---

142 Julgado em 13.08.1998, *DJ*, de 15.09.1998.

143 Artigo 30, V e VIII, da Constituição Federal.

O Ministro Neri da Silveira manteve o despacho que, no Tribunal *a quo*, não admitiu o recurso extraordinário, sob o fundamento de que os preceitos constitucionais alegados como transgredidos sucumbem ao se esclarecer que é a União a detentora de competência para resolver sobre a instalação ou não de energia elétrica<sup>144</sup>, não se identificando na decisão recorrida qualquer violação direta e frontal a dispositivo constitucional.

Em que pese sucinta e ter se sustendo na ausência de pressuposto para o conhecimento do recurso, a decisão indica algumas respostas para as perguntas formuladas neste trabalho, dado que expressamente encampou o argumento do tribunal *a quo*, no sentido de que o fato de se estar a versar sobre uma atividade qualificada como serviço público titularizado por um específico ente federativo, reserva a ele a competência para determinar as regras de sua execução.

Dessarte, restou afastada a pretensão do Distrito Federal, controlador da concessionária contratada pela União, no sentido de utilizar a execução do serviço público de fornecimento de energia elétrica como um instrumento dinamizador da sua política urbana. Em outras palavras, mesmo que a ocupação urbana venha a se dar em desacordo com essa política local, não pode haver recusa do fornecimento de energia elétrica, se não houver regra do ente público titular do serviço com esse teor.

A controvérsia em análise também se fez presente na decisão que deferiu o pedido de Suspensão de Segurança n. 2.257/SP<sup>145</sup>, formulado por Município frente a decisão do Tribunal de Justiça local que concedeu efeito ativo a recurso de apelação interposto por concessionária do serviço público do sistema rodoviário contra sentença que lhe negara segurança impetrada com o objetivo de impedir a Municipalidade de proceder à pavimentação asfáltica de uma estrada municipal.

---

144 Artigo 21, XII, "b", da Constituição Federal.

145 Julgada em 07.10.2003, *DJ*, de 13.10.2003.

Vale referir que, na impetração, a concessionária alegou que a pavimentação da estrada municipal incentivaria a evasão de pagamento de pedágio, dado que se constituiria em uma verdadeira “rota de fuga” dos usuários, rompendo a equação econômico-financeira do contrato de concessão.

Ao julgar o pedido de suspensão de segurança em análise, o Ministro Maurício Corrêa, além de lançar mão de argumentos de ordem processual, considerou presente matéria de índole constitucional a atrair a competência do Supremo Tribunal Federal, visto que o deslinde do *mandamus* exige interpretação do artigo 30 da Constituição Federal, que estabelece a competência dos Municípios.

Para o ministro, o Tribunal *a quo*, ao deferir efeito ativo ao agravo de instrumento, acabou por fazer prevalecer o interesse particular sobre o público, eis que protegeu o interesse da concessionária na manutenção do contrato por ela firmado com o Poder Público estadual. Assim, impediu que a municipalidade viesse a exercer suas competências e atribuições constitucionalmente asseguradas, atributos inerentes à sua autonomia.

Com apoio na doutrina de Celso Ribeiro Bastos, o ministro ressaltou a importância dos Municípios na Federação, anotando que a Constituição Federal outorgou a eles, dentre outros atributos, o mister de promover adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano, razão pela qual deferiu o pedido de suspensão de segurança feito pelo Município, viabilizando a pavimentação da rodovia local.

Nesse caso, muito embora a pavimentação asfáltica de uma via local impacte negativamente a demanda do serviço público rodoviário, considerou-se que o Município não estava, ao menos explicitamente, voltado a interferir diretamente no referido serviço público, mas sim a atuar dentro da sua esfera de competência, na gestão da organização urbana.

Nessa linha de pensamento, o fato de ação municipal atingir, ao menos indiretamente, um serviço público titularizado por outro ente federativo, não foi elemento suficiente para coarctá-la.

Na decisão não foi feita qualquer distinção entre uma atuação preordenada interferir direta e especificamente em um serviço público e ações gerais do Município com impacto meramente reflexo, como se daria com respeito a quaisquer outras atividades econômicas. Nesse caso, em suma, a competência do Município para atuar no campo do interesse local foi afirmada de maneira incisiva.

De toda forma, ao que parece, a concessionária estadual não conseguiu demonstrar que o Município atuou com o propósito específico de alterar as condições do serviço que estava a prestar, motivo pelo qual não se vislumbrou qualquer tentativa de interferência indevida.

Outra decisão importante para este trabalho foi proferida na Ação Cautelar n. 1.104/RJ<sup>146</sup>, que foi intentada por associação de prestadoras do serviço de telecomunicações com o objetivo de lograr a concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário, no qual se sustentou a violação da competência constitucional da União pelo Município, ao instituir tarifas pela utilização de vias públicas para instalação e passagem de equipamentos de telecomunicações.

Sem maior fundamentação, o relator Ministro Eros Grau deferiu a medida liminar para conceder efeito suspensivo ao recurso extraordinário interposto.

Em razão da singeleza da decisão, ela é útil para a pesquisa apenas na medida que dela se pode inferir que a circunstância de atividade atingida ser serviço público de titularidade da União coarctou a exação municipal.

Também versando sobre o tema tratado nesta seção, tem-se a decisão proferida na Ação Cautelar n. 1.346/PR<sup>147</sup>, proposta por concessionárias do serviço de telefonia objetivando concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do

---

146 Julgada em 20.02.2006, *DJ*, de 01.03.2006.

147 Julgada em 04.09.2006, *DJ*, de 13.09.2006.

Estado do Paraná que determinou o cumprimento de lei municipal<sup>148</sup> que dispôs sobre normas gerais para a instalação de equipamentos transmissores de radiação eletromagnética.

148 Lei n. 8.462/2001 do Município de Londrina: “Artigo 1º - Esta lei estatui normas gerais para a instalação, no Município de Londrina, de equipamentos transmissores de radiação eletromagnética. Parágrafo único - Para os fins desta lei, consideram-se transmissores de radiação eletromagnética as antenas de frequência de 3kHz (três quilohertz) a 300 GHz (trezentos gigahertz) e equipamentos afins. Artigo 2º - O pedido de licenciamento deverá ser protocolado por meio de requerimento de exame e estudo de viabilidade técnica na Prefeitura do Município, com os seguintes documentos: [...] Artigo 3º - É vedada a instalação dos equipamentos de que trata esta lei, do eixo da torre num raio de: I - 150 metros de hospitais e centros médicos; Artigo 4º - É vedada a instalação de equipamentos transmissores de radiação eletromagnética nos lotes situados nas seguintes zonas definidas pela Lei de Uso e Ocupação do Solo (Lei Municipal n. 7.485/98): [...] Artigo 5º - Fica permitida a instalação de equipamentos transmissores de radiação eletromagnética nos lotes situados nos seguintes locais e zonas definidos pela Lei de Uso e Ocupação do Solo: [...] Artigo 7º - A instalação de equipamentos transmissores de radiação eletromagnética deverá obedecer, além das exigências contidas nos artigos anteriores, aos seguintes parâmetros urbanísticos: [...] Artigo 10 - Caberá ao Município, por meio dos órgãos competentes, verificar se a instalação dos equipamentos transmissores de radiação eletromagnética está de acordo com o licenciado. Artigo 11 - O controle das radiações eletromagnéticas será de responsabilidade da Autarquia Municipal do Ambiente (AMA). [...] Artigo 14 - Como medida mitigadora, cada empresa desenvolverá e executará anualmente planos de contingência, de comunicação social e educação ambiental aprovados pelo Conselho Municipal do Meio Ambiente, visando à prevenção de riscos, à proteção, à sinalização e à preparação da população para a vigilância da área de instalação dos equipamentos, enquanto durar o licenciamento, e apresentará mensalmente à AMA as informações necessárias à verificação do cumprimento dos planos referidos neste artigo. Artigo 15 - Em cumprimento a disposições legais relacionadas à proteção ao ambiente, à saúde pública e ao consumidor, ficam estabelecidas por este artigo medidas compensatórias pela emissão de radiação eletromagnética enquanto durar o licenciamento. § 1º - Cada empresa de telecomunicação, com exceção das de radiodifusão, fica obrigada a pagar, mensalmente, até o quinto dia útil de cada mês, a quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), atualizados monetariamente de acordo com os índices do Governo Federal, ao Fundo Municipal do Meio Ambiente, para que seja aplicada conforme deliberação do Conselho Municipal do Meio Ambiente, que poderá autorizar a AMA a celebrar convênios com organizações não-governamentais e ambientalistas municipais visando ao monitoramento dos padrões de irradiação de que trata esta lei. § 2º - Cada empresa de televisão e de rádio fica obrigada a franquear cinco e dez minutos, respectivamente, na forma de divulgação mensal de programas de educação ambiental e saúde pública, aprovados pelo Conselho Municipal do Meio Ambiente, distribuídos, alternadamente, nos seguintes horários: [...] § 3º - Cada segmento de empresas emissoras de radiação eletromagnética dispostas no Anexo Único desta lei fornecerá à AMA os aparelhos mencionados para medir a potência por elas emitida, observadas as especificidades, características e quantidades ali constantes, responsabilizando-se, cada qual, equitativa e solidariamente, pela sua manutenção e/ou troca. § 4º - As empresas operadoras de telefonia deverão providenciar postos fixos de recolhimento de baterias de telefones, em locais e quantidades determinados pela Autarquia Municipal do Ambiente (AMA), que sejam de fácil acesso a toda a população do Município de Londrina, com informações periódicas acerca dos endereços dos postos de recolhimento e forma de entrega do material, até o prazo máximo de trinta dias, contados da notificação.”

As concessionárias relataram que, com base na lei questionada, o Município vinha embargando as estações de radiobase (ERB) e exigindo o pagamento do que denominou “medida compensatória pela emissão de radiação”. Nessa linha, insurgiram-se argumentando com a afronta à competência União<sup>149</sup> estabelecida na Constituição Federal para legislar e fiscalizar a atividade de telecomunicações, na medida que impunha a adoção de critérios para a instalação e funcionamento das ERBs absolutamente dissonantes dos previstos pela Anatel.

Após a concessão da segurança na instância inicial, com a declaração incidental de inconstitucionalidade da lei municipal, sobreveio sua reforma pelo Tribunal de Justiça local, que afirmou a constitucionalidade do diploma questionado. Essa conclusão foi alcançada sob o argumento de que a lei em questão não traduzia afronta à competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações, dado que a Municipalidade estaria a legislar e zelar por bens jurídicos cuja proteção também é de sua alçada, como o meio ambiente, a saúde da população e o parcelamento e uso do solo urbano.

Frente ao pedido cautelar incidental ao recurso extraordinário interposto pelas concessionárias, o Ministro Sepúlveda Pertence considerou plausível a alegada inobservância da competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações<sup>150</sup>, motivo pelo qual, agregado ao risco da demora consubstanciado na possibilidade de imposição de multas administrativas, deferiu a liminar para suspender os efeitos do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça estadual.

Essa decisão, em que pese sua objetividade, permite concluir, para fins de responder às perguntas feitas neste trabalho, ter sido dada prevalência à circunstância de a lei municipal incidir sobre um serviço público e ser ele de titularidade de outro ente, a União.

---

149 Artigos 21, IX, 22, IV, e 48, XII, da Constituição Federal.

150 Nessa decisão, o ministro faz referência à ADI n. 3.110/SP, que será analisada na subseção das intervenções com o propósito de controle da atividade, que assim foi classificada porque a lei estadual questionada na mencionada ação não preordena estabelecer regramentos com fundamento da competência para ordenação urbana.

Nessa linha, foi afastada a tentativa de intervenção do Município, mesmo sob o fundamento de tutela da ordem urbana, não cogitando o ministro de qualquer distinção acerca do objetivo da norma, afastando-a peremptoriamente, apenas com a utilização do argumento ligado à distribuição constitucional de competências.

Outra decisão pertinente à discussão em estudo foi a proferida na Suspensão de Liminar n. 142/PR<sup>151</sup>, na qual concessionária de rodovia buscou ordem judicial para que fosse autorizada a proceder à interdição, mediante a colocação de defensas metálicas, do que chamou de acesso irregular à rota de fuga da praça de pedágio. Referida rota de fuga, do que possível deduzir do relatório da decisão, teria surgido a partir do prolongamento de via pública municipal.

Verificando que o pedido de suspensão veicula matéria constitucional, ligada à higidez das contratações administrativas e à prestação dos serviços públicos<sup>152</sup>, a Ministra Ellen Gracie, no exercício da presidência, conheceu do pedido e, em um juízo liminar, entendeu que a decisão do tribunal de origem que determinou o restabelecimento do acesso à rota de fuga da praça de pedágio impôs ônus não previsto no contrato de concessão de rodovia, com potencial risco ao equilíbrio econômico e financeiro previsto na avença.

Nessa linha, anteviu lesão à ordem pública a autorizar a concessão da suspensão, “porquanto eventual desequilíbrio contratual implicará prejuízos não apenas à empresa concessionária, mas também à própria Administração concedente, o que, por conseguinte, será inevitavelmente suportado pelos próprios administrados e usuários daquela rodovia”.

No mais, quanto à proteção da relação contratual firmada entre o ente federativo titular do serviço público e o seu concessionário, trouxe à colação

---

151 Julgado em 14.03.2007, *DJ*, de 26.03.2007.

152 Artigos 37, XXI, e 175 da Constituição Federal.

acórdãos já analisados neste estudo<sup>153</sup>, os quais estabeleceram a impossibilidade de alteração das condições que, previstas na licitação, acham-se formalmente estipuladas no contrato de concessão celebrado.

Dessa decisão, que partiu da consideração de que se estava a tratar de uma relação de serviço público firmada entre o seu específico titular e a respectiva concessionária, destaca-se a notável preocupação com a repercussão econômica negativa na relação contratual que decorre da instalação de uma via local com aptidão de ser usada como rota de fuga de praça de pedágio, assentando ainda que tal impacto certamente viria a ser transferido ao usuário regular do serviço.

É, pois, uma das decisões em que se identifica uma fundamentação que ultrapassa as considerações apenas formais acerca da distribuição constitucional de competências porque também trabalha com elementos atinentes à segurança jurídica e às implicações econômicas das interferências levadas a efeito por ente político que não é o titular do serviço público e que, por isso, não participa da relação contratual em que se transpassa a sua execução para um concessionário.

A controvérsia em estudo também se fez presente na decisão proferida no Agravo de Instrumento n. 752.225/PR<sup>154</sup>, interposto pelo Município de Curitiba com o intuito de viabilizar o encaminhamento ao Supremo Tribunal Federal do recurso extraordinário que interpôs contra acórdão do Tribunal de Justiça local, que afastou a aplicação de lei municipal<sup>155</sup> que proibiu o trânsito de locomotivas e composições de carga no território municipal, no período compreendido entre 22h e 7h.

---

153 ADI-MC ns. 2.299 e 2.337, vistas na seção das intervenções com viés social.

154 Julgado em 26.05.2009, *DJ*, de 08.06.2009.

155 Lei n. 11.405/2005 do Município de Curitiba: “Artigo 1º - Fica proibido o trânsito de locomotivas e composições de carga no município de Curitiba no período noturno. § 1º - Esta proibição não se aplica aos trens de turismo, de passageiros e cuja carga seja perecível. § 2º - Para fins desta lei é considerado período noturno o definido pelo artigo 3º, inciso III, da Lei ordinária municipal n. 10.625/2002 (Lei Municipal do Silêncio), compreendido entre 22h00 às 7h00. Artigo 2º - A transgressão desta lei será punida com as sanções prescritas nos artigos 15 a 21 da Lei Municipal do Silêncio.”

Segundo se depreende do relatório, o Tribunal de Justiça considerou que a lei municipal incidiu diretamente sobre a exploração da atividade econômica à qual se dedica a empresa e que a “Município extrapolou o âmbito de sua atuação constitucional quando, objetivando preservar o interesse local do silêncio noturno, se imiscuiu a disciplinar a atividade de exploração do transporte ferroviário, ainda que dita lei incida exclusivamente nos limites territoriais do Município”.

No recurso extraordinário que interpôs, o Município sustentou a sua competência para editar a lei em questão, com base nas disposições constitucionais que lhe conferem o mister de legislar sobre assuntos de interesse local e de executar política de desenvolvimento urbano, em atenção às funções sociais da cidade e em favor do bem-estar dos seus habitantes.<sup>156</sup>

A decisão monocrática em estudo, proferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski, apenas determina a subida dos autos principais com o recurso extraordinário interposto. Porém, sua referência neste trabalho se justifica porque, além de dar conta de mais uma modalidade de intervenção de ente federativo desprovido da titularidade do serviço público sobre o qual legislou, dela se nota que, até então, a disputa entre a concessionária e o Município se deu apenas com o esgrimir de argumentos em favor do livre exercício da atividade econômica, contra argumentos no sentido da legitimidade das constringências estatais nesse campo.

Assim, o âmbito de competência da União como titular do serviço público de transporte ferroviário restou preservado, porém não exatamente com base nesse argumento, mas sim no entendimento de que a constringência levada a efeito pelo Município é abusiva e impede o bom desempenho da atividade da empresa que a ela se dedica.

De se notar, outrossim, que não é deferida qualquer tutela de urgência em favor do Município, no sentido de viabilizar-lhe exigir o cumprimento

---

<sup>156</sup> Artigos 30, I, e 182 da Constituição Federal.

da lei municipal questionada. Dessa constatação pode-se extrair, ao menos, uma simpatia com a tese vencedora no tribunal de origem.

Outra decisão monocrática da presidência, que muito embora não tenha firmado uma posição acerca do mérito da confluência de competências em estudo, oferece notícia sobre mais uma hipótese em que ela pode ocorrer e da qual é possível, ao menos indiretamente, extrair alguma resposta útil para este estudo, foi a proferida na Suspensão de Segurança n. 3.593/RS<sup>157</sup>. Essa medida foi pedida pelo Município de Porto Alegre, com o objetivo de sustar os efeitos do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que impediu a cobrança, com base em lei municipal<sup>158</sup>, de remuneração mensal como condição para o uso das vias públicas, subsolo ou espaço aéreo, na prestação de serviço público de telecomunicações.

Na ação proposta na instância de origem, afora os argumentos de ordem tributária, a concessionária sustentou que a lei municipal confrontou a competência da União Federal para legislar e fiscalizar em matéria de concessão de serviços públicos.

O Município, por sua vez, e pelo que se depreende do relatório, argumentou fundamentalmente com a possibilidade de comprometimento da ordem administrativa geral e com a legitimidade da sua atuação no controle de seus bens e serviços. Sustentou ainda o risco de advir lesão à economia pública da decisão do Tribunal *a quo*, pela possibilidade de uso desenfreado dos bens públicos municipais.

A decisão em análise não adentrou na discussão acerca da constitucionalidade ou não da lei municipal que instituiu a cobrança de retribuição pelo uso do solo e subsolo das concessionárias de serviço de telecomunicações. Porém, é possível inferir que não identificou na hipótese qualquer risco de dano aos bens a que se preordena proteger o instituto processual

---

157 Julgada em 03.09.2009, DJ, de 11.09.2009.

158 Lei Municipal n. 8.712/2001. "Artigo 1º - A utilização de qualquer bem público municipal para colocação de redes de infraestrutura deve ser remunerada."

da suspensão de segurança, notadamente porque considerou ausente risco de grave lesão à economia pública do Município.

Como dito, muito embora essa decisão da presidência não tenha expressamente tratado do mérito da discussão estudada neste trabalho, a manutenção da decisão proferida pelo Tribunal *a quo* e a afirmação de que a controvérsia tem natureza constitucional permitem deduzir que, em alguma medida, tenha sido resguardada a competência do titular do serviço público, o que, na prática, ocorreu.

O último caso, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, relevante para esta seção do estudo foi objeto da decisão proferida em mandado de segurança que foi convertido, por decisão da instância inicial ordinária, na Ação Cível Originária n. 1.110/DF<sup>159</sup>. Nessa ação, a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) insurgiu-se contra ato da Secretaria de Estado de Governo do Distrito Federal, que determinou a demolição de painéis publicitários nas praças defronte ao Aeroporto Internacional de Brasília, com fundamento em disposição do Plano Diretor de Publicidade.<sup>160</sup>

A Infraero asseverou que firmou contrato para instalação dos painéis publicitários com empresa que se dedica à exploração desse ramo e que o faturamento decorrente é de grande importância para o desenvolvimento aeroportuário. Sustentou ainda que é da União a administração da infraestrutura aeroportuária<sup>161</sup>, cumprindo a esse ente, com exclusividade, a deliberação sobre as atividades publicitárias no aeroporto.

Por sua vez, o Distrito Federal sustentou a legalidade do ato praticado, com fundamento de que a instalação de engenhos publicitários guarda relação com a adequada ocupação do solo urbano, bem como

---

159 Julgada em 24.09.2009, *DJ*, de 30/09/2009.

160 Lei n. 3.035/2002 do Distrito Federal, que dispõe sobre o Plano Diretor de Publicidade das Regiões Administrativas do Plano Piloto.

161 Artigos 21, XII, "c", e 22, I, X, da Constituição Federal.

com a proteção ao meio ambiente e combate à poluição visual, matérias essas de sua competência.<sup>162</sup>

O relator Ministro Joaquim Barbosa, em decisão sobre o pedido cautelar da Infraero, reativou a tutela liminar deferida em primeira instância, que havia determinado a abstenção de qualquer ação com o fim de retirar os painéis publicitários na área do Aeroporto Internacional de Brasília.

Posteriormente, o ministro relator, por não vislumbrar a presença de conflito apto a atingir a harmonia do pacto federativo<sup>163</sup>, acabou por não reconhecer a competência originária do Supremo Tribunal Federal e devolveu os autos à instância ordinária. No entanto, manteve a tutela liminar que deferira, até a reapreciação pelo juiz competente para julgar o feito.

Vale anotar que naquela decisão sobre o pedido cautelar<sup>164</sup>, também apresentada na pesquisa por termos realizada, o Ministro Joaquim Barbosa, referindo-se à necessidade de um próximo e profundo exame por ocasião do julgamento do mérito do mandado de segurança em apreço, manifestou-se de forma bastante sucinta e sem maior fundamentação. Porém, em que pese a advertência de não compromisso com a tese da requerente, é válido inferir que, em alguma medida, reconheceu a juridicidade do argumento que resguarda a competência do titular do serviço público de administração aeroportuária (União Federal), frente à pretensão de intervenção de outro ente político, com base em competência para ordenação urbana.

Passando ao estudo das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça nos casos em que se fez presente o tema ora estudado, cabe iniciar pela análise da que foi exarada no Recurso em Mandado de Segurança n. 11.050/RJ<sup>165</sup>, através do qual usuários do serviço de transporte intermunicipal insurgiram-se contra ato do prefeito de um dos Municípios atendidos, que alterou

---

162 Artigos 30 e 23, VI, da Constituição Federal.

163 Artigo 102, I, “f”, da Constituição Federal.

164 ACO-MC n. 1.110/DF, julgada em 19.12.2007, *DJ*, de 01.02.2008.

165 Julgado em 22.02.2000, *DJ*, de 01.08.2000.

o trajeto dessas linhas. Com esse ato, argumentaram os autores que o serviço tornou-se mais dispendioso, dado que passaram a ter que compor o percurso também com linhas municipais para alcançarem os seus destinos finais.

No Tribunal local foi considerado que o decreto municipal que alterou as linhas intermunicipais constituía ato discricionário e estava inserido na competência municipal para tratar de assuntos de interesse local, eis que versava sobre as condições do tráfego urbano.

A partir de então, o recurso especial manejado pelos usuários foi interposto especialmente com base na violação da competência do Estado, titular do serviço de transporte coletivo intermunicipal, para tratar do itinerário das suas linhas.

Na decisão, a relatora Ministra Eliana Calmon, acompanhada em uníssono, destacou que o decreto municipal se fundou em análises técnicas do movimento da cidade e na identificação da coincidência do trajeto das linhas municipal e intermunicipal. Muito embora as linhas serem intermunicipais, entendeu a ministra ser inconcebível que a Municipalidade não seja competente para estabelecer regras de tráfego dentro dos limites da cidade, não vislumbrando, assim, qualquer vício na lei municipal.<sup>166</sup>

Pesou também na decisão o argumento de que os autores, usuários do serviço público, pretendiam afastar uma decisão administrativa escorada em critérios técnicos, apenas para defender a conveniência pessoal.

Nesse julgado, o fato de se estar a tratar de serviço público de titularidade do Estado não foi elemento importante para conduzir a análise da

---

<sup>166</sup> Compondo a unanimidade que acompanhou o voto da ministra relatora, o Ministro Franciulli Neto argumentou com a intangibilidade das competências municipais, mesmo quando as comunas localizam-se em regiões metropolitanas. Porém, a questão fundamental da violação da competência estadual, na linha das indagações que ora se estuda, está ligada à titularidade do Estado com respeito ao serviço de transporte coletivo intermunicipal, e não em razão da presença de uma região metropolitana porque o referido serviço público não deixa de ser titularizado pelo Estado quando é prestado fora de uma região metropolitana. Por isso, como já referido, esse argumento não é tratado neste trabalho.

competência e indicar algum vício na lei municipal que modificou o itinerário da linha intermunicipal.

Em que pese ter sido reconhecida a titularidade do Estado quanto ao serviço em questão, a competência prevalecente foi a da Municipalidade, para a ordenação urbana. Em verdade, não se estabelece no julgado que a norma municipal questionada regularia especificamente o serviço público do Estado, concluindo apenas que se trata de uma norma ligada à ordenação urbana.

Por fim, o julgado se sustenta em argumentos eminentemente formais acerca da distribuição constitucional de competência, menosprezando, como visto, a esfera de competência do titular do serviço público, para privilegiar a competência do Município sobre urbanismo, não fazendo qualquer questionamento acerca das repercussões nos contratos firmados entre o Estado e as suas concessionárias.

Em outro caso, no Recurso Especial n. 742.528/RJ<sup>167</sup> o Superior Tribunal de Justiça julgou a pretensão de empresa de telecomunicações formulada no sentido de afastar a exigência de contraprestação pecuniária exigida pelo Município, em razão da utilização do subsolo para efetivação do referido serviço público.

Esse pedido logrou provimento na instância inicial, com base no fundamento de que o decreto municipal que veiculou a exigência invadiu competência da União para normatizar o serviço público de telecomunicações.

No entanto, essa tese foi repelida no Tribunal local que, no ponto que é relevante para este estudo, entendeu que o artigo 74 da Lei n. 9.472/97 prevê a submissão das empresas prestadoras de serviços de telecomunicações às leis municipais, inclusive quanto à instalação de cabos e equipamentos em logradouros públicos.

---

167 Julgado em 28.06.2005, *DJ*, de 08.08.2005.

No recurso especial, além dos argumentos de ordem tributária que não têm relevância para este trabalho, sustentou a concessionária que a “retribuição pecuniária” questionada não encontra guarida na Lei n. 9.472/97, que, em seu artigo 74, apenas se refere a normas relativas à construção civil e à instalação de cabos e equipamentos em logradouros públicos. Sustentou ainda que a ocupação do espaço é elemento material indissociável da prestação do serviço de telecomunicação a que se dedica, dada a elementar necessidade de conectar diversos pontos.

A Corte Superior, a partir do voto do Ministro José Delgado, afastando o conhecimento dos argumentos de ordem tributária – dado que não foram abordados pelo tribunal local, que dirimiu questão a partir da tese de que a combatida “contraprestação pecuniária” decorre de simples permissão de uso onerosa e não é tributo – considerou o que o artigo 74 da Lei n. 9.472/97 efetivamente prescreve que a prestadora de serviço deve observar a legislação municipal relativa à instalação de cabos e equipamentos em logradouros públicos.

Por fim, entendendo que a discussão sobre o decreto que instituiu a cobrança também exigia o cotejo com a legislação municipal, o Tribunal não conheceu do recurso, por força de entendimento sumulado<sup>168</sup>, mantendo a decisão do Tribunal local, que deu prevalência à competência do Município para dispor sobre matérias relacionadas à ordenação urbana local e para cobrar pelo uso dos seus bens públicos.

Nesse caso, em que pese não se ter ignorado que a atividade atingida pela legislação municipal é um serviço público da União, essa qualificação não se mostrou relevante para impedir a exigência pecuniária instituída por ente político que não é o seu titular.

Por outro lado, não é possível afirmar que o Tribunal Superior tenha feito uma distinção clara entre a regulação específica do serviço público de

---

168 Súmula n. 280: “Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário.”

telecomunicação e a edição de normas urbanísticas e com aplicação geral a quem quer que venha a pretender instalar cabos no território do Município. Em verdade, foi decisiva a circunstância de que a Municipalidade estava a cobrar pelo uso de um bem público seu e que, até em decorrência disso, a norma combatida vinculava-se ao interesse local, o que a colocaria de acordo com a competência municipal, devendo a concessionária observá-la, em razão do que dispõe a própria Lei Geral de Telecomunicações.

No entanto, o acórdão não estabeleceu um marco para se visualizar um limite para a atuação do ente que não é o titular do serviço público, especialmente quanto se trata de uma peculiaridade ou providência (passagem de cabos) que é inerente ao seu desempenho.

De toda forma, a decisão identifica, a partir da própria Lei Geral de Telecomunicações, um ponto expugnável na competência do titular do referido serviço público e contra o qual o eventual concessionário não poderia se insurgir, ao assentar que a interferência se justifica, inclusive para se exigir prestação pecuniária, em atenção à ordenação urbana, no que tange à instalação de cabos e equipamentos e ao cuidado com os bens públicos locais.

Enfim, vale dizer que não há nessa decisão qualquer menção às eventuais repercussões contratuais e econômicas decorrentes da nova exigência pecuniária, ou mesmo manifestação de preocupação quanto à manutenção da segurança jurídica no campo dos serviços públicos transpassados a particulares. Ou seja, pelo que se decidiu, a superveniência de exigência, tal como lançada pela Municipalidade nesse caso, deverá ser incorporada aos encargos próprios da execução do serviço público, e o seu ônus carreado a quem assim definir o contrato de concessão.

A última decisão, na qual Superior Tribunal de Justiça manifestou-se sobre as imbricações das competências do titular de um dado serviço público com as competências municipais para a edição de normas voltadas à ordenação urbanística, foi exarada por oportunidade do julgamento do Agravo Regimental na Medida Cautelar n. 11.870/RS.<sup>169</sup>

---

169 Julgado em 17.10.2006, *DJ*, de 16.11.2006.

Trata-se de acórdão proferido em recurso interposto pelo Ministério Público contra decisão do ministro relator que havia concedido medida cautelar pedida para conferir efeito suspensivo a recurso especial interposto por concessionária contra acórdão de Tribunal local que determinara, em ação civil pública, o desligamento de estações de radiobase (ERB) de telefonia móvel que não atendessem às especificações de lei municipal quanto à localização.<sup>170</sup>

O Tribunal local, invocando a disposição contida no artigo 74 da Lei n. 9.472/92, firmou o entendimento de que a concessão do serviço de telecomunicação não isenta a prestadora do atendimento das normas de engenharia e das leis municipais relativas à construção civil e à instalação de cabos e equipamentos em logradouros públicos. Nesse sentido, concluiu que deveria ser cumprida a lei municipal que, para a proteção de padrões urbanísticos, paisagísticos e sanitários locais, dispôs sobre o licenciamento de estações de radiobase e equipamentos autorizados pela Anatel.

Vale aduzir que, para o Ministério Público, a lei municipal não teria invadido esfera de competência da União ou da Anatel, uma vez que, em nenhum momento, ela trata de política de concessão do serviço de telecomunicações ou mesmo da concessão em si, configurando-se legítima emanção legislativa municipal, de acordo com a Constituição Federal e com a própria Lei Federal n. 9.472/97 (art. 74).

Nessa linha de raciocínio, o *Parquet* também arrolou, a partir do disposto no artigo 19 da Lei n. 9.472/97, parte das competências da Anatel e afirmou que tais matérias nada têm a ver com a localização das estações de radiobase, matéria que seria de interesse local, já que atinente ao ordenamento do solo urbano.

Cabe referir que a Anatel interveio no feito e, em prejuízo das atribuições do Município no campo urbanístico, sustentou sua competência para dispor

---

<sup>170</sup> Com base na Lei n. 8.896, de 26 de abril de 2002, do Município de Porto Alegre, buscou o Ministério Público que se desligassem as ERBs localizadas a menos de 50 metros de hospitais, escolas de ensino fundamental, médio e pré-escolas, creches, clínicas cirúrgicas e geriátricas e centros de saúde.

sobre condicionamentos de localização das ERB em debate, corroborando as asserções da concessionária e ponderando que aplicação da lei municipal implicaria na interrupção da prestação do serviço a milhares de consumidores.

Uma importante consideração fática carreada aos autos pela concessionária foi no sentido de que a determinação judicial de desligamento das ERB altera toda uma situação da realidade já consolidada, eis que esses equipamentos encontram-se há muito instalados e que, por outro lado, todos os usuários locais ficariam sem o serviço de telefonia celular, afirmação considerada terrorista pelo *Parquet*.

Por sua vez, o relator Ministro Luiz Fux, já quando da concessão da cautelar, afirmou que “o surgimento superveniente de determinação municipal em confronto com ato da agência reguladora impõe análise pormenorizada da proposição técnica, revelando-se temerário o cumprimento de determinação local em detrimento de atividades essenciais e do interesse da coletividade, consoante já nos manifestamos na Medida Cautelar n. 3.982/AC”.

O Tribunal referendou a decisão cautelar do ministro relator, que havia afirmado que “sob o ângulo da razoabilidade não se revela crível que a atividade empreendida há uma década pela requerente, com o beneplácito da agência, tenha a sua continuidade abruptamente rompida por força de novel legislação municipal exarada de órgão administrativamente incompetente, o que nulifica o ato administrativo, mercê do disposto no artigo 19 da Lei federal n. 9.472/97, que atribui competência exclusiva à Anatel para os fins desvirtuados pela decisão atacada”.<sup>171</sup>

---

171 Cabe apenas referir, dado que não traz qualquer consideração sobre o mérito da controvérsia em estudo, que a pesquisa realizada no Supremo Tribunal Federal indicou decisão monocrática exarada em Recurso Extraordinário interposto por outra concessionária de telefonia, em outra ação, contra o Município de Porto Alegre. Nela se questionou a mesma lei municipal, também sob o argumento de violação da competência da União para editar normas sobre os seus serviços públicos. Porém, segundo o relator Ministro Joaquim Barbosa, o recurso não poderia ser conhecido por falta de prequestionamento dos dispositivos constitucionais que consagram a titularidade da União para o serviço público de telecomunicação (RE n. 587.814/RS, j. 15.05.2009, DJ, de 27.05.2009).

Nesse julgado é possível afirmar que a análise da competência para a edição de norma com o objetivo colimado pela Municipalidade foi definida a partir da constatação de que ela incidia sobre um serviço público titularizado pela União, titularidade que reserva a esse ente a competência em questão.

Ao contrário do acórdão analisado imediatamente antes, a arguição do disposto no artigo 74 da Lei n. 9.472/97 não foi considerada para fins de reservar ao Município a competência que esse ente pretendeu exercer para legislar sobre o interesse local, no plano sanitário, urbanístico e ambiental.

Por outro lado, quanto à outra pergunta cogitada neste trabalho, ligada ao teor e fins das normas que acabam por se inserir em zona de confluência de competências, o Tribunal não encampou a tentativa do Ministério Público de distinguir entre normas técnicas que efetivamente estariam preordenadas a regular serviço de telecomunicações, dentro das competências da Anatel, e normas editadas com o fim de atender a interesses locais, sem uma preocupação técnica com a atividade em si, de competência municipal.

Por fim, com respeito ao questionamento que se faz neste trabalho sobre a importância do valor da segurança jurídica e da clareza na definição das esferas de competências no campo dos serviços públicos, deve ser anotado que os argumentos levantados como orientadores da decisão foram fundamentalmente formais. No entanto, a necessidade de um ambiente seguro na regulação não foi totalmente olvidada, tendo em conta a citação do relator a acórdão que expressamente referiu ser o desenvolvimento do setor, que demanda investimentos privados, decorrência da segurança jurídica que vier a se estabelecer.<sup>172</sup>

---

172 Diz a ementa do acórdão proferido no RE n. 572.070/PR: “A regulamentação do setor de telecomunicações, nos termos da Lei n. 9.472/97 e demais disposições correlatas, visa a favorecer aprimoramento dos serviços de telefonia, em prol do conjunto da população brasileira. Para o atingimento desse objetivo, é imprescindível que se privilegie a ação das agências reguladoras, *pautada em regras claras e objetivas, sem o que não se cria um ambiente favorável ao desenvolvimento do setor, sobretudo em face da notória e reconhecida incapacidade do Estado em arcar com os eventuais custos inerentes ao processo.*” (grifo nosso).

Para o encerramento desta seção, oportuna é a apresentação da consolidação dos resultados parciais da pesquisa, sempre a partir das pautas firmadas pelas perguntas lançadas na parte introdutória deste trabalho.

De tudo que foi visto, infere-se que o Supremo Tribunal Federal, na ampla maioria das decisões<sup>173</sup>, não deixa de notar quando a atividade em questão é um serviço público e, a partir dessa constatação, formula sua linha de argumentação para identificação do ente competente para edição de norma sobre ele incidente. Essa identificação, vale anotar, sempre recaiu sobre o ente político detentor da titularidade do serviço especificamente considerado.

Nos casos tratados, as tentativas de interferência sobre o campo de competência dos entes titulares dos serviços públicos foram feitas a partir da arguição do exercício de uma competência própria por parte dos Municípios, ligada ao resguardo dos interesses locais e à ordenação da ocupação territorial.

Sobre outra indagação feita neste trabalho, deduz-se dos julgados que, ressalvada uma manifestação isolada<sup>174</sup>, o Tribunal não acolheu ou estabeleceu qualquer distinção entre normas que estariam voltadas a regular tecnicamente o serviço público – que são de competência do seu titular – e normas com o escopo distinto, como o regramento de aspectos urbanísticos – que estão na esfera de competência dos Municípios – ou com impacto meramente reflexo sobre o seu desempenho. Por outras palavras, em todos os casos em que foi tomada em conta a titularidade do serviço público para a definição da competência regulatória, ela foi resguardada, proscrevendo-se totalmente as pretensões de intervenção.

Por fim, cabe afirmar que, ressalvada uma decisão<sup>175</sup> na qual forte foi a preocupação com as repercussões econômicas negativas na relação

---

173 Exceções identificadas na SS n. 2.257/SP e no AI n. 752.225/PR.

174 Ministro Octávio Gallotti, RE-ED n. 107.337-3/RJ.

175 SL n. 142/PR.

contratual entre concedente e concessionário, as conclusões acerca das imbricações de competências presentes nos casos tratados nas decisões analisadas acima foram alcançadas a partir de argumentos fundamentalmente formais, ligados à distribuição constitucional de competências.

Muito embora tenham sido em número menor as decisões colhidas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, vale dizer que as respostas para as perguntas feitas neste trabalho apresentaram um resultado, no aspecto quantitativo, oposto ao Supremo Tribunal Federal. Porém, também é certo que a decisão do Superior Tribunal de Justiça mais recente sobre essa questão foi proferida em consonância com o que vem entendendo o Supremo Tribunal Federal.

De fato, duas<sup>176</sup> das três decisões analisadas não tiveram em consideração a circunstância de que a atividade tratada se qualificava como serviço público e que a competência para a sua regulação poderia ter sido definida a partir de critérios distintos dos utilizados em outras atividades econômicas, nas quais não há uma titularidade especificada na Constituição Federal. Nessa linha, essas decisões não reconheceram a competência exclusiva do titular para a edição de disposições regulatórias, conclusões contrariadas apenas no acórdão mais recente proferido pela Corte Superior.<sup>177</sup>

Também nas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, as investidas sobre os serviços públicos titularizados por outros entes políticos foram feitas pelos Municípios com base na alegação de exercício de competência para ordenação urbana. A partir de então, em apenas uma decisão que reconheceu essa competência municipal foi feita distinção entre as normas com esse objetivo urbanístico e as normas que estariam voltadas a regular direta e tecnicamente os serviços públicos.<sup>178</sup>

---

176 RMS n. 11.050/RJ e REsp n. 742.528/RJ.

177 MC-AgrR n. 11.870/RS.

178 RMS n. 11.050/RJ.

Por fim, vale dizer que também no Superior Tribunal de Justiça as soluções para as confluências de competências ora versadas foram alcançadas com o manejo de argumentos fundamentalmente ligados à distribuição constitucional de competências, sem maior referência às repercussões fáticas contratuais e atinentes às preocupações ligadas à manutenção da segurança jurídica no campo regulatório.

### **3.5 Intervenções na conformação das tarifas**

Nas decisões tratadas nesta seção do trabalho, serão abordados casos em que se fizeram presentes prescrições emanadas de entes políticos não titulares de um específico serviço público considerado e dotadas de aptidão para interferir na formulação da tarifação determinada pelo poder concedente.

Esse tema pode ser tido como presente no julgamento da Questão de Ordem no Recurso Extraordinário n. 117.809-4/PR<sup>179</sup> pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se de caso em que concessionária do serviço público de saneamento, por meio de mandado de segurança, insurgiu-se contra ato de prefeito municipal que estabeleceu que lhe competiria fixar e aprovar as tarifas desses serviços públicos, determinando ainda que o valor das tarifas dos serviços de esgotamento sanitário do Município não poderiam ser superiores a 50% do valor das tarifas de água.

Argumentou a concessionária que Lei federal n. 6.528/78, no bojo do Plano Nacional de Saneamento (Planasa), atribuía à União a fixação de normas gerais de tarifação, aos Estados a realização de estudos para a fixação das tarifas no serviço de saneamento e a um Conselho Interministerial de Preços a aprovação dos reajustes tarifários, disposição que confronta com a lei municipal questionada.

No caso, a questão de ordem ora em análise foi instaurada para que se resolvesse a arguição de que, com o advento da Constituição Federal de

---

179 Julgada em 14.06.1989, *DJ*, de 04.08.1989.

1988, o feito deveria ser remetido ao Superior Tribunal de Justiça, dado que estaria em causa a análise da validade de uma lei local frente a uma lei federal. Porém, o Supremo Tribunal Federal admitiu sua competência para julgar o caso, pois se estava a investigar se a lei federal em questão violava ou não a autonomia dos Municípios para fixar tarifas de seus serviços públicos.

Em que pese esse julgado apenas versar sobre a questão de ordem suscitada<sup>180</sup>, dele é possível extrair elementos importantes para a pesquisa que é levada a efeito neste trabalho, porque restou definido que a análise da lei federal em que se apoia a concessionária para tentar coarctar o ato da Prefeitura municipal, cuja titularidade do serviço público de saneamento não foi questionada, será feita a partir da aferição de infringência da competência regulatória desse ente sobre os serviços que lhe outorgou a Constituição Federal.<sup>181</sup>

Assim, o julgado é apto a responder, ao menos parcialmente, as duas primeiras questões formuladas neste trabalho. A uma, porque fixa a importância da qualificação da atividade tratada como serviço público para a resolução da sobreposição de competências e, a duas, porque estabelece a relevância da identificação de um titular específico para a aferição da constitucionalidade ou não de uma lei federal que interfere na autonomia municipal para estabelecer tarifas dos seus serviços públicos.

Por sua vez, em julgado também ligado à disputa tratada nesta parte do trabalho, o Recurso Extraordinário n. 191.532-3/SP<sup>182</sup> foi alçado ao Supremo Tribunal Federal para o julgamento de caso em que concessionária do serviço público de transporte coletivo urbano insurgiu-se contra recusa do prefeito municipal, fundado no advento do congelamento estabelecido pelo Plano

---

180 Segundo o extrato de acompanhamento processual do Tribunal, o recurso extraordinário ainda não recebeu decisão sobre o mérito.

181 O relator Ministro Sepúlveda Pertence esclareceu: “Na espécie, recorde-se, a aplicação da Lei n. 6.528/78 foi afastada, em favor da lei municipal em contrário, porque ofensiva, a norma federal, à autonomia dos Municípios para fixar tarifas de seus serviços públicos.”

182 Julgado em 27.05.1997, *DJ*, de 29.08.1997.

Verão em 1989, em reajustar as tarifas com os mesmos índices aplicados na capital do Estado de São Paulo, nos termos do que prescrevia o contrato.

Nesse caso, a competência municipal para regular a prestação dos serviços públicos de que é titular foi suscitada para defesa de fins diversos. De um lado, a concessionária sustentou que essa competência, especialmente para a definição de tarifas, não poderia ser obstada pela edição de uma norma federal que estabeleceu congelamento de preços. Tal argumento foi reconhecido como correto quando do julgamento na primeira instância<sup>183</sup>, muito embora tenha o pedido sido julgado improcedente com fundamento na nulidade da cláusula de reajuste, uma vez que não prevista no edital do certame licitatório.

Por outro lado, após a reforma da sentença, sob o argumento de ausência da nulidade referida, a municipalidade interpôs o recurso ora estudado, inquinando de inconstitucional a cláusula de reajuste em debate. Afirmou que ela macularia a sua competência para definir os termos da prestação do serviço público de que é a titular, aduzindo ainda que as tarifas deveriam ser fixadas de acordo com os custos locais.<sup>184</sup>

No julgado, o relator Ministro Sepúlveda Pertence, considerando relevante a tese da Municipalidade, referiu-se à necessidade de que a fixação de tarifas se dê com a observância das circunstâncias do segmento social em que é prestado o serviço e com o respeito ao imperativo de manutenção da viabilidade econômico-financeira do empreendimento do concessionário, anotando que, por essas razões, tenderia a dar provimento ao recurso do Município.

---

183 Afirmou o juiz de primeira instância: “[...] em se tratando a política tarifária relativa a transportes públicos de assunto de peculiar interesse municipal, não poderia o diploma legal antes citado, editado pelo Governo Federal, alcançar matéria que não de sua competência. Congelados estiveram os preços em geral, como corolário da competência da União para legislar sobre sistema monetário e política de crédito. De forma idêntica, estanques estiveram as tarifas relativas aos serviços públicos afetos à União. Mas não os preços e tarifas públicas referentes aos serviços de peculiar interesse dos Municípios.”

184 Afirmou a Municipalidade recorrente: “Indexar tarifa de um Município à tarifa de outro é afrontar os princípios de repartição de competências de iguais entes federados. É negar ao usuário do serviço público de Jaboticabal o direito público subjetivo de pagar o preço desse serviço, é cobrar-lhe o preço da Capital [...]”

Porém, constatou o ministro que a questão da nulidade da cláusula de reajuste não poderia ser tomada em consideração pelo Tribunal para a solução do caso, pois no ato administrativo que negou o reajuste pretendido pela concessionária, a Municipalidade justificou-se apenas com base no congelamento federal, e não na eventual nulidade da cláusula.

Assim, exatamente em respeito à competência municipal para regular o serviço público de que é titular, firmou o Supremo Tribunal Federal que o reajuste não poderia ser obstado com base na norma federal que determinou o congelamento.

Pelo que se depreende desse aresto, o Tribunal responde positivamente à indagação quanto à relevância da qualificação da atividade como serviço público, dado que, ao contrário das demais atividades econômicas, o congelamento de preços determinado pela União não poderia incidir sobre a definição da tarifa do serviço público municipal.

Disso decorre a conclusão no sentido de que a titularidade do serviço público reserva àquele que a detém um espectro exclusivo para a sua regulação, inclusive no que diz respeito à fixação da política tarifária. Em outros termos, para o que é importante para o estudo que é feito neste trabalho, pode-se dizer que a competência própria da União para a definição de uma política econômica não pode interferir nas atribuições regulatórias do Município, inclusive com respeito à fixação de tarifas.

Com respeito a outro questionamento, nesse aresto não se empreendeu qualquer tentativa de distinção entre normas preordenadas a regular especificamente o serviço público (fixar tarifas) e outras que estariam a incidir sobre a generalidade das atividades econômicas (política econômica), distinção esta que, se efetivada com sucesso, poderia viabilizar, também sobre os serviços públicos, o congelamento de preços instituído pela União Federal.

Por fim, necessário aduzir ainda que, ao mesmo tempo que se referiu à necessidade de manutenção da competência do titular do serviço público, ficou evidente no julgado a disposição de negar eficácia a uma cláusula

contratual pela qual o próprio titular comprometeu-se a reajustar as tarifas em índices iguais aos que viessem a ser aplicados na capital, o que, por certo, não é consideração que fortalece a segurança jurídica no campo das contratações administrativas.

Ainda no âmbito do Supremo Tribunal Federal, vale uma breve referência à decisão monocrática da presidência proferida na Medida Cautelar em Ação Cautelar n. 2.394/CE<sup>185</sup>, por via da qual a União Federal e a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) buscaram eximir os representantes dessa agência do comparecimento a sessão ou a qualquer outro ato ligado a procedimento referente à denominada CPI do Aumento da Tarifa de Energia Elétrica, instaurada pela Assembleia Legislativa do Estado do Ceará.

Segundo as requerentes, a instalação da CPI, apesar de ter sido formalmente justificada pela necessidade de “investigar práticas abusivas e lesivas aos direitos dos consumidores e usuários dos serviços de distribuição de energia elétrica realizados pela Companhia Energética do Ceará (COELCE)”, estaria, na verdade, voltada a investigar os reajustes e revisões tarifárias autorizados pela ANEEL.

Ainda segundo as requerentes, a CPI estadual estaria preordenada a tentar exercer controle sobre a atuação da ANEEL, que tem a competência para atuar, na forma da lei, nos processos de definição e controle de preços e tarifas dos serviços públicos de energia.

Muito embora a ação em análise refira-se à obrigação ou não de representantes da agência comparecerem a uma CPI estadual, depreende-se que a decisão proferida, ainda que em caráter liminar, pautou-se em considerações acerca da competência para regulação do serviço público de energia elétrica.

Segundo o presidente Ministro Gilmar Mendes, as circunstâncias fácticas descritas nos autos e nos documentos a ele acostados indicavam, à

---

185 Julgada em 07.07.2009, DJ, de 05.08.2009.

primeira vista, que o objeto da CPI, em verdade, abrangia a investigação dos reajustes tarifários de competência exclusiva da Agência Nacional de Energia Elétrica. A partir de então, considerou plausível o argumento das requerentes de que existia, no caso, violação às regras constitucionais de distribuição de competências entre os entes federativos porque, segundo jurisprudência da Corte, os poderes das comissões parlamentares de inquérito são delimitados pelos poderes (competências) do ente federativo a que pertence. Nessa linha, o parlamento estadual atuou em campo que não é de sua competência, pois, como afirmou o ministro, “a União possui competência legislativa privativa sobre energia (art. 22, IV, da CF/88) e competência administrativa exclusiva para explorar os serviços e instalações de energia elétrica (art. 21, XII, ‘a’, da CF).”

Por essas razões foi deferida a medida liminar pleiteada para desobrigar os representantes da ANEEL do comparecimento a qualquer ato da denominada CPI do Aumento da Tarifa de Energia Elétrica, instaurada na Assembleia Legislativa do Estado do Ceará.

Como se vê, a constatação de que a comissão parlamentar de inquérito estadual estava voltada ao controle das tarifas de um serviço público titularizado pela União foi o vetor que orientou a decisão, que proscreveu a tentativa da casa legislativa local de controlar a atuação da ANEEL, notadamente no que tange aos reajustes e reposicionamentos tarifários.

Assim, em que pese o número reduzido de decisões localizadas sobre a controvérsia destacada nesta subseção, foram identificadas algumas respostas importantes para os fins a que se dedica este trabalho porque, em todas essas decisões ficou clara a relevância da qualificação da atividade como serviço público para a definição da competência, bem como que a específica titularidade confere àquele que a detém um espectro de atribuições regulatórias no campo da política tarifária que não pode ser contrastado por outros entes políticos.

Não se identificou nos julgados qualquer tentativa de distinção entre os fins das normas e dos atos que interfeririam na fixação das tarifas dos

serviços públicos, sendo que, como já dito, esse campo ficou totalmente reservado aos específicos titulares.

Mais uma vez, não se identificou nos julgados manifestações incisivas com respeito às indagações ligadas à segurança jurídica no campo da regulação lançadas neste trabalho. Porém, como já referido em um dos acórdãos tratados<sup>186</sup>, muito embora se tenha argumentado em favor da manutenção da unidade da competência regulatória sobre os serviços públicos, ficou clara a disposição de negar eficácia a uma cláusula do contrato administrativo pela qual o ente público se comprometia com uma certa sistemática de reajuste de tarifas. Tal disposição não foi concretizada apenas porque a Municipalidade não havia arguido a aventada nulidade quando da edição do seu ato administrativo que negou acolhimento à pretensão da concessionária. De toda forma, é uma posição que em nada fortalece o valor em questão.

### **3.6 Imbricações diversas de competências sobre o serviço público**

Nos acórdãos e decisões monocráticas que serão tratados nesta subseção do trabalho, a confluência de competências está presente em diferentes aspectos e fundamentada em diversificadas razões.

Como se verá, assim como existem casos em que um ente político estranho a uma específica relação de serviço público editou norma sobre ele incidente, há casos em que a norma regulatória editada pelo próprio titular – com o objetivo de estabelecer padrões de qualidade, segurança, adstrição ao contrato e combate à atuação clandestina – foi contrastada, sob o argumento de imbricar com outra ordem de competências.

Também serão vistos casos em que foram discutidas, em razão da constatação de outras competências, limitações para a criação de serviços públicos por parte daquele que, em tese, seria o seu titular, assim como

---

186 RE n. 191.532-3/SP.

também será abordado caso em que a imbricação de competências se deu pelo próprio entrelaçamento, quando da execução, de serviços públicos distintos e com titulares diversos.

Na pesquisa realizada no Supremo Tribunal Federal, o acórdão mais antigo encontrado sobre esse tema foi o proferido na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 874-9/BA<sup>187</sup>. Nesse caso, a Confederação Nacional do Transporte discutiu a constitucionalidade de lei do Estado da Bahia<sup>188</sup> que impôs a instalação de cinto de segurança nos veículos de transporte coletivo de passageiros que operam em seu território. O pedido da autora fundou-se na alegação de violação da competência da União para legislar sobre trânsito e transporte.<sup>189</sup>

O Tribunal, na linha do assentado pelo relator Ministro Néri da Silveira, considerou inconstitucional a lei estadual com base exatamente na alegação de violação da competência da União Federal para legislar sobre trânsito e transporte. Afastou também o argumento de que a norma questionada poderia inserir-se na competência comum dos entes políticos<sup>190</sup>, por entender que a lei baiana não visava a estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.

O único voto divergente em favor da legislação estadual foi lançado pelo Ministro Marco Aurélio que, além de considerar a matéria incluída na

---

187 Julgada em 19.05.1993, *DJ*, de 20.08.93.

188 Lei n. 6.457/93 do Estado da Bahia: “Artigo 1º - Ficam obrigadas as empresas de transporte coletivo de passageiros, que operam no território do Estado da Bahia, a instalarem cinto de segurança na totalidade dos veículos que compõem as respectivas frotas. Parágrafo único - As concessionárias referidas no *caput* deste artigo terão o prazo de 120 (cento e vinte) dias a contar da data de publicação desta Lei, para cumprirem esta determinação. Artigo 2º - Findo este prazo, fica o órgão estadual responsável pelo poder de polícia viária, a aprisionar o veículo. Artigo 3º - Decorridos 120 (cento e vinte) dias da publicação desta Lei, nenhum veículo poderá ser matriculado nem terá a sua matrícula renovada, sem o integral cumprimento do estipulado no artigo 1º. Artigo 4º - As empresas concessionárias farão afixar, no interior dos veículos, mensagens alertando os passageiros da disponibilidade em sua respectiva poltrona do mencionado equipamento de segurança e da obrigação do seu uso. Artigo 5º - Esta Lei entrará em vigor na data da sua publicação, revogadas as disposições em contrário.”

189 Artigo 22, XI, da Constituição Federal.

190 Artigo 23, XII, da Constituição Federal.

competência material comum dos entes federativos, por versar sobre política de educação para a segurança do trânsito, também sacou o argumento de que a lei questionada instituiu uma norma voltada a proteger a higidez das pessoas, o que a colocaria no campo da competência legislativa concorrente, por tratar de proteção e defesa da saúde.<sup>191</sup>

Esse argumento foi contraposto pelo Ministro Carlos Velloso, segundo o qual, mesmo que tivesse esse objetivo, a Constituição Federal reservou à União a edição de normas gerais e aos Estados e Distrito Federal a edição de normas específicas, sendo certo que a disposição questionada estaria qualificada entre as primeiras, com o que concluiu por sua inconstitucionalidade.

Infere-se dos votos lançados que a circunstância de atividade tratada pela lei baiana ser uma espécie de serviço público e, ao menos no que pertine ao transporte coletivo intermunicipal, de titularidade dos Estados, não impressionou os julgadores, não tendo sido sequer suscitada.

O fato é que, segundo se depreende dos termos da lei estadual combatida, ela foi editada para incidir tanto sobre o serviço público de transporte coletivo intramunicipal, de titularidade dos Municípios, quanto sobre o intermunicipal, titularizado pelos Estados.

Nesse julgado, a definição da competência para editar norma preordenada a estabelecer condições de segurança para o desempenho do específico serviço público tratado foi levada a efeito como se estivesse a versar sobre qualquer outra espécie de atividade econômica, desconsiderando o campo próprio de atribuições normativas do ente federativo titular.

Caso o Tribunal tivesse trabalhado com essa ordem de ideias, poderia ter entendido que a lei questionada apenas seria inconstitucional no aspecto em que incide sobre o serviço público de competência dos Municípios,

---

191 Artigo 24, XII, da Constituição Federal.

ao passo que constitucional seria ao versar sobre a regulação do serviço intermunicipal, eis que estaria legislando para fins de ordenar serviço público que Constituição Federal atribuiu aos Estados.

Porém, como visto, optou o Tribunal por alçar a competência da União para legislar sobre trânsito e transporte como dado fundamental para considerar inconstitucional a lei estadual questionada, restando prejudicadas, com as respostas negativas às primeiras indagações deste trabalho acerca da relevância de se estar a tratar de serviço público e de se identificar o seu titular para a definição da competência regulatória, as questões subsequentes.

Posteriormente, outra decisão em que se discutiu a competência em termos semelhantes foi proferida na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 903-6/MG<sup>192</sup>. Nessa ação, a Confederação Nacional do Transporte arguiu a inconstitucionalidade de lei estadual mineira<sup>193</sup> voltada a compelir as concessionárias do serviço de transporte coletivo intermunicipal a promover adaptações nos ônibus para facilitar o acesso e a permanência das pessoas portadoras de deficiência física e daquelas com dificuldade de locomoção.

---

192 Julgada em 14.10.1993, *DJ*, de 24.10.1997.

193 Lei 10.820/92, do Estado de Minas Gerais: “Artigo 1º - As empresas concessionárias de transporte coletivo intermunicipal ficam obrigadas a promover adaptações em seus veículos, a fim de se facilitar o acesso e a permanência de portadores de deficiência física e de pessoas com dificuldade de locomoção. § 1º - As adaptações de que trata o *caput* do artigo consistem: I - na instalação de elevadores hidráulicos para o acesso à parte interna do veículo; II - na colocação de portas largas; III - na eliminação de obstáculos internos que dificultem o acesso a portadores de deficiência física, inclusive usuários de cadeira de rodas. § 2º - Por pessoas com dificuldades de locomoção entendem-se o idoso, a gestante, o obeso e aquele que apresente coordenação motora deficiente. Artigo 2º - As empresas a que se refere o artigo anterior deverão, no prazo de 1 (um) ano, a contar da data da publicação desta lei, promover as alterações previstas no parágrafo 1º do supracitado artigo, em pelo menos 10% (dez por cento) da frota de cada itinerário. Parágrafo único - Findo o prazo estabelecido no *caput* do artigo, os coletivos intermunicipais, para serem postos em circulação, deverão vir, de fábrica, ajustados às exigências desta lei, até que toda a frota esteja adaptada. Artigo 3º - Cada empresa deverá estipular e tornar públicos os horários de circulação dos veículos já adaptados, enquanto os ajustes previstos no parágrafo 1º do artigo 1º não tiverem sido processados nas respectivas frotas. Artigo 4º - O descumprimento das normas previstas nesta “lei será punido com multa equivalente a 500 UPFMG (quinhentas Unidades Padrão Fiscal do Estado de Minas Gerais).”

Tal arguição de inconstitucionalidade também foi feita sob o argumento de invasão da competência da União para legislar sobre trânsito e transporte, dado que, segundo a autora, estaria a criar um novo tipo de carroceria, e o então vigente Código Nacional de Trânsito previa que a instalação de equipamentos obrigatórios nos veículos deveria seguir determinação do Conselho Nacional de Trânsito.

Decidindo sobre o pedido liminar apresentado no período de recesso do Tribunal, o Ministro Sepúlveda Pertence ponderou que a competência privativa da União para versar sobre trânsito e transporte haveria de ser temperada pela competência concorrente dos Estados para dispor sobre a proteção e a integração social das pessoas portadoras de deficiência<sup>194</sup>. Porém, concluiu naquela oportunidade pela prevalência da competência da União, tendo em conta os precedentes da Corte.<sup>195</sup>

Levando o caso a julgamento pelo plenário, o relator Ministro Celso de Mello considerou, em suma, que a questão estaria ligada ao exercício pelo Estado da competência plena para legislar sobre a proteção e a integração social das pessoas portadoras de deficiência, dada a ausência de lei federal sobre o tema. Com tais fundamentos, foi acompanhado pela maioria do Tribunal.

Os que votaram em sentido contrário, julgando inconstitucional a lei estadual, também entenderam que o Estado atuava no exercício de competência suplementar, mas consideraram que aspectos materiais das prescrições instituídas – como a necessidade de reconstrução do veículo e não a simples adaptação<sup>196</sup>, e ainda ser desproporcional a obrigação de instalar elevador em um transporte interurbano<sup>197</sup> – não recomendavam a

---

194 Artigo 24, XIV, da Constituição Federal.

195 ADI ns. 403 e 874.

196 Ministro Moreira Alves.

197 O Ministro Francisco Resek considerou que, por se estar a tratar de transporte coletivo intermunicipal, o tempo despendido pelo deficiente para entrar no veículo seria ínfimo em comparação com o tempo total da viagem. Ou seja, para o ministro, a entrada mais demorada do deficiente nesse trajeto pouco repercutiria, proporcionalmente, no tempo total da viagem. Segundo argumentou, a medida seria até razoável no transporte urbano, que demanda embarques mais rápidos.

imposição de tais obrigações aos concessionários, dado que impactariam negativamente o equilíbrio econômico-financeiro.

Nesse julgado, o fato de a lei estadual incidir sobre um serviço público de titularidade do próprio Estado não foi sequer lembrado para a aferição da competência para sua edição, preferindo o Tribunal trabalhar com a fórmula da distribuição de competências concorrentes prevista na Constituição Federal.<sup>198</sup>

Dessa forma, apenas respondendo negativamente às indagações sobre a relevância para a definição de competência regulatória, da noção de serviço público e do círculo de poderes do ente político que o titulariza, certo é que esse julgado não pode responder diretamente às demais perguntas formuladas neste trabalho.

De toda forma, no que tange às preocupações atinentes à segurança jurídica e aos efeitos econômicos de uma nova norma reguladora, necessário transcrever, muito embora sem estar ligado à manutenção da unidade da competência do titular do serviço público, parte do voto do Ministro Carlos Velloso que, contrapondo-se àqueles que se preocuparam com os aspectos materiais da execução do contrato, e deixando transparecer alguma irritação com a reconsideração de alguns votos, afirmou que “questões de conveniência ou de inconveniência, a questão do encarecimento dos preços que vão ser pagos pelas concessionárias, não me interessam, Senhor Presidente! Cumpro a Constituição.”

Parece claro o entendimento do ministro no sentido de que a análise da constitucionalidade de uma norma não deve se prender a considerações outras que não as ligadas à sua adequação formal às disposições constitucionais, opondo-se, pois, ao menos nesse caso, a uma compreensão consequencialista das decisões judiciais.

A mesma questão se fez presente na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.751-4/RJ<sup>199</sup>, na qual, a governadora do Estado, também argumentando

---

198 Artigo 24 da Constituição Federal.

199 Julgada em 31.08.2005, *DJ*, de 24.02.2006.

com a violação da competência da União para legislar sobre trânsito, questionou a constitucionalidade de lei do próprio Estado<sup>200</sup> que autorizou o Poder Executivo estadual (via Detran) a apreender e desemplacar os veículos irregulares de transporte coletivo, não cadastrados ou não autorizados pelo órgão competente para o exercício da atividade, bem como aqueles que não atendessem às exigências da respectiva concessão ou permissão.

Olvidando-se do argumento de que, em parte, estava-se a tratar de serviço público do Estado, a Casa Legislativa estadual sustentou que a lei editada não violaria competência da União, mas sim se voltaria ao cumprimento do Código de Trânsito Brasileiro, guardando atenção com as especificidades locais.

O relator Ministro Carlos Velloso fez uma ponderação inicial um tanto inconclusiva, no sentido de que a lei questionada não é propriamente de trânsito, mas de direito administrativo, pertinente à Administração. Considerou ainda que a lei foi editada no âmbito do poder de polícia do Estado, visando a reprimir o transporte clandestino de passageiros, atividade ilícita que vem ocorrendo em diversos Estados, motivos pelos quais julgou im procedente a ação direta proposta.

Em seu voto-vista, o Ministro Joaquim Barbosa levantou a questão de que a competência estaria ligada à identificação do titular do serviço público, ao ponderar que “[...] a lei abrange tanto o transporte coletivo municipal como o intermunicipal, mas ela não distingue a competência. O poder de polícia, em se tratando de transporte coletivo municipal, é do Município; no caso de intermunicipal, é do Estado; se é federal, é da União.”

Essa ponderação não foi acolhida por vários ministros, os quais reafirmam que o emplacamento é de competência do Estado<sup>201</sup>, que o dispositivo

---

200 Lei n. 3.756/2002, do Estado do Rio de Janeiro: “Artigo 1º - Fica o Poder Executivo autorizado a apreender e desemplacar todos os veículos coletivos de passageiros, em situação irregular, não cadastrados ou não autorizados pelos órgãos competentes ao exercício da atividade, bem como em desacordo com as exigências da respectiva permissão ou concessão, caso existam. Artigo 2º - A penalidade prevista no artigo 1º será aplicada pelo órgão controlador (Detran/RJ), no prazo de 5 (cinco) dias úteis da apreensão do veículo.”

201 Ministro Nelson Jobim.

questionado não entra na permissão ou na concessão e que pressupõe ausência desses atos de outorga ou desacordo com exigências firmadas em contrato<sup>202</sup>. Nessa linha, o Ministro Eros Grau afirmou que “a competência para emplacar é mais ampla que uma outra competência do Estado, quando se trata de serviço de transporte intermunicipal. Esta já vem com a própria permissão. O Estado é poder concedente ou permitente. O que importa, no caso, é a competência mais ampla”.<sup>203</sup>

Ainda é importante relatar, para que se tenha uma boa noção do debate estabelecido nesse julgado, que esses argumentos não foram suficientes, naquele momento, para convencer o Ministro Joaquim Barbosa – o qual não havia deixado de perceber que a lei questionada teria incidência sobre a questão das vans clandestinas – que ainda se questionava se o Estado poderia proceder à fiscalização com esse fim no plano municipal.

Mesmo com a colocação desse argumento, seguiram os demais ministros afirmando que se o serviço de transportes é irregular, deve o Estado desemplacar os veículos, reiterando a supremacia da competência estadual nesse mister, superando qualquer atribuição do Município no controle do seu serviço de transporte coletivo urbano.

Ao devolver o caso ao Plenário, após vista dos autos, o Ministro Joaquim Barbosa abandonou suas cogitações iniciais acerca da importância da titularidade do serviço público em questão para a solução do caso e, partindo da competência legislativa da União para legislar sobre trânsito, consignou que esse ente delegou os Estados o poder de executar a fiscalização de trânsito, autuar e aplicar medidas administrativas e penalidades previstas no Código de Trânsito Brasileiro, enquanto que aos Municípios cabe a fiscalização das infrações de circulação, estacionamento e parada. Nessa linha de pensamento, concluiu que a aferição da regularidade dos

---

202 Ministro Carlos Velloso.

203 Segundo o que se entende possível inferir do voto do Ministro Eros Grau, a competência do Estado para emplacamento permite o exercício do poder de polícia sobre serviço público de transporte público que não é seu.

veículos é atribuição dos Estados, sendo, pois, constitucional a lei, no que se refere à apreensão de veículos, mas inconstitucional quanto à instituição de penalidade não prevista na lei federal, qual seja, o desemplacamento.

O questionamento quanto à interferência do Estado em um serviço público municipal foi retomado pelo Ministro Carlos Britto, ocasião em que se estabeleceu um debate sobre o fato de a lei incidir tanto sobre os serviços de transporte coletivo municipal quanto sobre os serviços de transporte intermunicipal.

Firmado que a lei estaria preordenada a incidir sobre ambas as espécies de serviço de transporte, o Ministro Nelson Jobim chegou a afirmar que, mesmo em se tratando de serviço municipal transporte, o Município não poderia exercer o poder de polícia, no sentido de verificar quem atende aos requisitos da sua concessão<sup>204</sup>, porque emplacamento é matéria que pertenceria ao Estado.

Tendo o Ministro Carlos Britto demonstrado que ainda não estava convencido da não interferência do Estado no serviço público municipal nesse caso, afirmou o Ministro Nelson Jobim que a lei estadual questionada, em verdade, daria eficácia aos contratos municipais, eis que confere ao Estado apenas o poder de verificar se o veículo que faz o transporte municipal está atendendo aos requisitos da concessão. Nisso foi acompanhado pelo Ministro Cezar Peluso, que afirmou: “Não interfere, só verifica se está ou não de acordo.”

Nesse julgado, que ao final considerou constitucional a lei estadual questionada, é possível dizer que o fato da atividade por ela impactada ser uma das espécies de serviço público de transporte coletivo, e com respeito ao que se dá apenas dentro do Município, ter um titular distinto daquele que a editou, não foram elementos aptos a balizar a definição da competência

---

204 Disse o ministro: “O emplacamento é do Estado. Se o concessionário municipal não está atendendo aos requisitos da concessão municipal, quem pode exercer o poder de polícia nesse caso? É o Estado, porque é ele quem desemplaca. Caso contrário não tem quem exerça.”

regulatória. Em verdade, ou foram expressamente afastados por alguns ministros, ou foram abandonados, com alguma hesitação, por outros.

Como visto, forte foi o argumento de que o Estado tem a competência para proceder ao emplacamento de veículos, o que englobaria tanto os destinados ao uso pessoal quanto os destinados ao serviço público de transporte coletivo. Ocorreria então, como sustentou o Ministro Eros Grau, a sobreposição da competência do titular do serviço público pela competência de emplacamento para o exercício do pertinente poder de polícia.

Destaque-se que, nesse caso, a competência fiscalizatória dos Municípios, como titulares do serviço público de transporte coletivo urbano, sobre os quais repercute negativamente a atuação clandestina ou sem respeito às regras de sua outorga a particulares, foi expressamente negada.

Mais não pode ser extraído desse julgado, no que diz respeito às perguntas feitas no presente trabalho, valendo apenas perquirir, justamente em razão da retirada da atribuição fiscalizatória do ente titular do serviço público, se dele também não teria sido retirada a capacidade de garantir a qualidade do serviço, bem como a de manter as condições de recompensa financeira previstas no ato de outorga ao concessionário regular, o que, não se duvida, depõe contra a manutenção de um ambiente seguro nas contratações administrativas, intimidando inversões privadas nos serviços públicos.

A mesma questão esteve, em alguma medida, presente nos julgamentos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 3.135-0/PA<sup>205</sup> e 3.136-8/MG<sup>206</sup>, nas quais, reeditando o argumento de violação da competência da União para legislar sobre trânsito e transporte e instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano<sup>207</sup>, a Confederação Nacional do

---

205 Julgada em 01.08.2006, *DJ*, de 08.09.2006.

206 Julgada em 01.08.2006, *DJ*, de 10.11.2006.

207 Artigos 22, IX, e 21, XX, da Constituição Federal.

Transporte questionou, respectivamente, a constitucionalidade das leis estaduais paraense<sup>208</sup> e mineira<sup>209</sup>, que versaram sobre a prestação de serviço de transporte individual com o uso de motocicletas.

Ambas as ações foram julgadas procedentes, a partir do argumento sustentado pela autora, apoiando-se em precedente da Corte<sup>210</sup>, segundo o qual uma lei estadual não poderia autorizar o transporte de passageiro por motocicleta, por ser modalidade que ainda tinha previsão em lei federal.

Em que pese o julgamento ter-se dado em termos semelhantes, vale distinguir, com o intuito de extrair algumas respostas às perguntas feitas neste trabalho, que a lei paraense procurou estabelecer algumas regras específicas para a prestação de um serviço público que, em razão da notável presença de interesse local, seria objeto de concessão municipal.

---

208 Lei n. 6.103/1998 do Estado do Pará: “Artigo 1º - Os serviços de transporte individual de passageiros, prestados por ciclomotores, motonetas e motocicletas, que tenham sido objeto de precedente concessão ou permissão municipais observarão em sua operação as normas que, nesse âmbito, estão definidas na presente lei. Artigo 2º - Compete ao Poder Público Estadual estabelecer regras para condutores e passageiros, treinando os primeiros, bem assim fiscalizando, através do Detran, a perfeita execução de tais serviços obedecidas, ainda, as seguintes condições: I - Ser motociclista com pelo menos 20 (vinte) anos de idade, habilitado pelo Detran, com experiência mínima de 1 (um) ano; II - Ser proprietário de motocicleta destinada ao serviço de táxi; III - Não possuir antecedentes criminais; IV - Não possuir registros de acidente de trânsito conduzindo veículos automotores. Artigo 3º - Fica estabelecido o prazo máximo de 5 (cinco) anos, contados de sua fabricação, para os veículos utilizados neste tipo de serviço. Artigo 4º - Os veículos poderão ser equipados com *side-car* fixado em sua lateral direita, mediante especificações de segurança a serem estabelecidas pelo poder concedente. Artigo 5º - Cada veículo utilizado nesse tipo de serviço somente poderá conduzir um único passageiro, além do condutor. [...]. Artigo 6º - Fica instituída a obrigatoriedade de seguro contra acidentes, para garantia dos passageiros e do condutor. Artigo 7º - As motocicletas utilizadas no serviço de moto-táxi serão identificadas mediante cor padronizada definida pelo poder concedente, e deverão ter nas duas laterais do tanque de combustível o dístico ‘taxi’. Artigo 8º - Os condutores terão uniformes e capacetes em cores padronizadas definidas pelo poder concedente.”

209 Lei n. 12.618/97 do Estado de Minas Gerais: “Artigo 1º - Ficam autorizados o licenciamento e o emplacamento, pelo Departamento de Trânsito de Minas Gerais (Detran-MG), de motocicleta destinada ao transporte remunerado de passageiro, mototáxi. Artigo 2º - O licenciamento e o emplacamento a que se refere esta Lei ficam condicionados à prévia regulamentação da atividade, por lei municipal, na localidade onde o serviço será oferecido. Artigo 3º - Somente será licenciada e emplacada para o transporte remunerado de passageiros a motocicleta que satisfizer as condições previstas no artigo 43 do Código Nacional de Trânsito, observado o disposto no artigo 2º desta Lei.”

210 ADI n. 2.606/SC.

No entanto, não se nota do julgado qualquer referência ao fato de que o Estado teria – ao estabelecer, dentre outras prescrições, a idade mínima para o condutor, a exigência de que ele seja o proprietário da motocicleta ou a ausência de antecedentes criminais e de registro de acidentes de trânsito – usurpado competência do Município, eventual titular do serviço público em exame.

Muito embora a referência ora mencionada possa ser tida como desnecessária para a conclusão final a que chegou o acórdão, sua ausência pode indicar, na busca de respostas às indagações propostas neste estudo, que a qualificação de uma atividade como serviço público e a identificação de um específico ente político como seu titular não foram elementos relevantes para a definição de competência para a respectiva regulação, caso houvesse previsão da modalidade de transporte em questão por lei federal.

Em outras palavras, é de se notar que a inconstitucionalidade da lei estadual em exame também poderia ter sido declarada em razão da previsão de especificações para a prestação do serviço público que somente competiriam aos Municípios, dado o interesse local a que atende. Por isso, é lícito concluir pela falta de relevância, nesse caso, da caracterização da atividade como serviço público, para definição da competência.<sup>211</sup>

Com respeito à ação declaratória de inconstitucionalidade proposta contra a lei mineira, vale dizer que ela se distingue da lei paraense porque não procurou estabelecer maiores especificações para o exercício do serviço público em questão, mas apenas autorizou o licenciamento e emplacamento pelo Detran de motocicletas destinadas ao transporte remunerado de passageiros.

Nesse sentido, deve ser dito que, segundo se depreende do relatório dessa decisão, o próprio Estado, além de afirmar que possuía competência

---

211 Essa conclusão é reforçada pelas decisões monocráticas proferidas nos Recursos Extraordinários ns. 338.378-7/ES (19.04.2005, DJ, de 10.05.2005) e 558.057/RS (30.07.2008, DJ, de 13.08.2008), da lavra do Ministro Cezar Peluzo, nas quais, pelas mesmas razões, foi reconhecida a inconstitucionalidade de lei municipal que instituía o serviço de mototáxi.

para editar a norma nos termos em que o fez, também consignou que a regulação desse específico serviço ficaria a cargo dos Municípios.

No entanto, assim como no julgado anterior, a lei estadual foi tida por inconstitucional por versar sobre modalidade de transporte ainda não prevista em lei federal.

Dos votos lançados, cabe referir, porque aborda o tema deste trabalho, o voto da Ministra Cármen Lúcia – posteriormente corroborado pelos Ministros César Peluso e Sepúlveda Pertence – que expressamente vedou aos Municípios criarem uma espécie de serviço de transporte não previsto em lei federal.<sup>212</sup>

É importante frisar que, em que pese o destaque dado com o fim de identificar respostas importantes a este estudo, a ênfase dos votos recaiu não sobre a falta competência para o estabelecimento de regras para o desempenho de um serviço público da seara dos Municípios, mas sim sobre a constatação de que as leis estaduais estabeleciam modalidade de transporte que ainda não havia recebido regulamentação da União.

De toda forma, esses dois acórdãos apontam para uma limitação do ente público local, que seria o titular do serviço público em questão, no sentido de que sua eventual criação depende da previsão da modalidade como um dos meios de transporte autorizados legislativamente pela União.

Por fim, como não se mostrou relevante a circunstância de se estar a tratar de um serviço público, restaram prejudicadas eventuais respostas às demais questões formuladas neste trabalho.

No âmbito das decisões monocráticas do Supremo Tribunal Federal, a mais antiga identificada na pesquisa sobre o tema tratado nesta subseção

---

212 Disse a ministra: “A circunstância de os Municípios estarem a legislar sobre essa matéria ou sobre a matéria de um tipo de transporte coletivo, que não é criado pela legislação nacional, realmente não os autoriza.”

do trabalho foi a proferida na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.110/SP<sup>213</sup>, proposta pelo Procurador-Geral da República contra a lei do Estado de São Paulo<sup>214</sup> que dispôs sobre a instalação de antenas transmissoras de telefonia celular no Estado.

O autor fundamentou o seu pedido na incompatibilidade da lei estadual com a Constituição Federal, que fixa a competência da União para legislar privativamente sobre telecomunicações<sup>215</sup>, competência essa que, para os fins colimados na lei questionada, foi efetivamente exercida pela União<sup>216</sup>. Ademais, vale anotar que o pedido cautelar fundou-se no alegado perigo de a lei questionada “dificultar a fiscalização da execução das transmissões, bem como propiciar a não padronização das redes de telecomunicações no Estado”.

Como exposto no relatório do julgado, a norma atacada visa a estabelecer condições para a instalação de antenas transmissoras de telefonia celular,

---

213 Julgada em 13.01.2004, *DJ*, de 03.02.2004.

214 Lei n. 10.995/2001 do Estado de São Paulo: “Artigo 1º - As concessionárias responsáveis pelas instalações de antenas transmissoras de telefonia celular no Estado de São Paulo ficam sujeitas às condições estabelecidas nesta lei. Artigo 2º - Estão compreendidas nas disposições desta lei as antenas transmissoras que operam na faixa de frequência de 30 kHz (trinta quilohertz) a 3 GHz (três gigahertz) e emitem radiação não ionizante. Artigo 3º - Toda instalação de antenas transmissoras deverá ser feita de modo que a densidade de potência total, considerada a soma da radiação preexistente com a da radiação adicional emitida pela nova antena, medida por equipamento que faça a integração de todas as frequências na faixa prevista por esta lei, não ultrapasse 435  $\mu\text{W}/\text{cm}^2$  (quatrocentos e trinta e cinco microwatts por centímetro quadrado), em qualquer local passível de ocupação humana (Organização Mundial de Saúde). Artigo 4º - O ponto de emissão de radiação da antena transmissora deverá estar, no mínimo, a 30 (trinta) metros de distância da divisa do imóvel onde estiver instalada. Artigo 5º - A base de sustentação de qualquer antena transmissora deverá estar, no mínimo, a 15 (quinze) metros de distância das divisas do local em que estiver instalada, observando-se o disposto no artigo anterior. Parágrafo único - Os imóveis construídos após a instalação da antena que estejam situados total ou parcialmente na área delimitada no *caput* serão objeto de medição radiométrica, não havendo objeção à permanência da antena se estiver sendo respeitado o limite máximo de radiação previsto no artigo 3º. Artigo 6º - Os parâmetros e exigências estabelecidos nesta lei para a instalação de antenas transmissoras não prejudicam a validade de outros eventualmente estabelecidos na legislação de uso e ocupação do solo e em outras leis que possam aplicar-se a essas instalações. Artigo 7º - Será de responsabilidade da Secretaria da Saúde fiscalizar o cumprimento do disposto nesta lei.”

215 Artigo 22, inciso IV, da Constituição Federal.

216 Artigo 19, XII e IV, da Lei federal n. 9.472, de 16.07.1997.

preocupando-se fundamentalmente com a fixação de distanciamentos seguros e aptos a proteger a coletividade de radiação prejudicial à saúde.<sup>217</sup>

Decidindo no exercício da presidência do Tribunal, o Ministro Maurício Correa considerou relevante a matéria, eis que situada na disputa entre a competência “para a normatização de critérios e parâmetros que envolvem a instalação de antenas de telefonia celular que emitem radiação” e a competência do Estado para cuidar de aspectos ligados à órbita da saúde pública. No entanto, o ministro não deferiu a medida cautelar pleiteada, submetendo o caso diretamente ao Tribunal, a fim de que a decisão viesse a ser tomada em caráter definitivo.

Muito embora tenha se aplicado o rito mais célere para o processamento da ação, o fato é que, passados seis anos, essa ação não recebeu, até então, julgamento definitivo, o que implica na manutenção da vigência de uma lei estadual que interfere no serviço público de telefonia móvel, definindo critérios para a instalação de antenas.

Com o decurso de tanto tempo para uma decisão acerca da constitucionalidade da lei questionada, solidifica-se um estado de fato de difícil reversão e é possível dizer que a decisão monocrática em exame conferiu limitada relevância à circunstância de um ente político ter editado uma lei reguladora de serviço público sem ser aquele para o qual a Constituição Federal atribuiu a sua titularidade. Em outros termos, no plano dos fatos, acabou por prevalecer, nesse caso, a competência comum da qual participa o Estado, no sentido de legislar em favor da proteção da saúde da população.

Outra decisão monocrática relevante para o estudo foi proferida no Recurso Extraordinário n. 389.314-9/SP<sup>218</sup>, que foi interposto pelo Ministério Público do Estado contra acórdão que considerou constitucional lei

---

217 Não há na lei estadual uma expressa preocupação com respeito à ordenação urbana ou à preservação do meio ambiente, mas sim com a saúde da população, razão pela qual a decisão está classificada nesta seção.

218 Julgado em 25.04.2005, *DJ*, de 06.05.2005.

municipal<sup>219</sup> que regulou a apreensão de veículo em razão de transporte irregular de passageiros. Isso porque, segundo o Tribunal a quo, não estaria a tratar de trânsito ou de transporte em geral, mas sim do serviço público de transporte coletivo no Município, estabelecendo penalidades de retenção e multa para quem explore irregularmente tal atividade, com o que teria se adstringido ao campo de suas atribuições e não invadiria a esfera de competência da União.

Vale dizer que o recorrente sustentou que a matéria seria da competência da União por versar sobre trânsito e transporte, uma vez que, muito embora a Constituição tenha conferido ao Município competência para organizar e prestar os serviços públicos de interesse local, aí incluído o de transporte coletivo urbano, não o autorizou a definir e a punir a concorrência ruínosa da atividade remunerada de transporte coletivo de passageiros sem a delegação, a licença ou a autorização do Poder Público, o que seria matéria própria do Código de Trânsito Brasileiro.<sup>220</sup>

Na decisão monocrática, o Ministro Carlos Velloso, com base em entendimento sumulado, negou conhecimento ao recurso, por entender que o caso não prescindira do exame de normas infraconstitucionais, com o confronto da lei questionada e o Código de Trânsito Brasileiro.

Em que pese fundar-se em questões de ordem processual, e por isso restarem prejudicadas as respostas para as perguntas formuladas neste trabalho, vale a menção a essa decisão porque, na prática, acaba resguardando a competência do Município para coibir a atividade irregular que prejudica a organização e prestação do serviço público de que é o titular. Por outro lado, esse julgado também não encampou tese, outrora vitoriosa, no sentido de que qualquer disposição incidente sobre veículos de transporte adentraria na competência constitucional da União.

---

219 Lei n. 933/97 do Município de Praia Grande.

220 Artigo 231, VIII.

Outro caso apresentado na pesquisa e que merece referência foi a decisão proferida na Suspensão de Liminar n. 72/CE<sup>221</sup>, decorrente de pedido formulado pela Companhia Energética do Ceará (COELCE) contra decisão do Tribunal de Justiça local que negou acolhimento à sua pretensão de obter autorização para utilizar as faixas de domínio de rodovias estaduais e federais delegadas ao Estado do Ceará, independentemente da celebração do termo de permissão ou pagamento da remuneração anual que passou a estar prevista em lei estadual.<sup>222</sup>

Argumentou a requerente que a imposição instituída pela lei estadual representaria afronta ao princípio federativo, dado que implica em permitir que o Estado do Ceará imponha condições à implementação de serviço público de competência da União. Aduziu ainda que teria havido violação ao direito adquirido decorrente do contrato de concessão celebrado entre a concessionária e a União, no qual o Estado do Ceará participou como interveniente, que previu a utilização das faixas de domínio em rodovias estaduais. Alegou também a ocorrência de lesão à ordem econômica, em razão da inevitável desestabilização do equilíbrio econômico-financeiro

---

221 Julgada em 15.07.2005, DJ, de 01.08.2005.

222 Lei n. 13.327/2003 do Estado do Ceará: “Artigo 1º - Esta Lei disciplina o uso das faixas de domínio das rodovias estaduais e rodovias federais delegadas ao Estado e de terrenos adjacentes a rodovias, de modo a resguardar a segurança do trânsito rodoviário, o meio ambiente e o patrimônio rodoviário. Artigo 2º - *Considera-se faixa de domínio, para os efeitos desta Lei, a área sobre a qual se assenta uma rodovia, constituída pelas pistas de rolamento, canteiros centrais, obras de arte, acostamentos, sinalizações e faixas laterais de segurança, podendo vir a ser utilizada de acordo com as normas estabelecidas nesta Lei, mediante o pagamento de remuneração anual, para os seguintes fins:* I - instalação de dispositivos visuais, por qualquer meio físico, destinado ao informe publicitário, de propaganda ou indicativo, cuja informação possa ser visualizada pelo usuário da rodovia correspondente; II - ocupação de faixas, transversais ou longitudinais, ou de áreas, para a instalação de: a) *linhas de transmissão ou distribuição de energia ou de comunicação;* b) redes de adução, emissão ou distribuição de água e esgoto, gasodutos e oleodutos; e c) bases para antenas de comunicação. Artigo 3º - Compete ao Departamento de Edificações, Rodovias e Transportes (DERT) autorizar, permitir ou expedir licença para o uso da faixa de domínio das rodovias estaduais e rodovias federais delegadas ao Estado, nas hipóteses mencionadas nos incisos do artigo 2º. [...] § 2º - No caso de utilização das faixas transversal ou longitudinal, por empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas de serviço público ou diretamente pelo Poder Público, a contratação se dará de forma direta, nos termos do caput do artigo 25 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, mediante a formalização de termo de permissão de uso especial.” (grifo nosso).

do contrato de concessão, o que, ao fim, poderia gerar aumentos de tarifa a serem suportados pelos consumidores residentes no Estado do Ceará.

A Ministra Ellen Gracie, no exercício da presidência, conhecendo do pedido, anotou a presença de óbices atinentes à utilização do instrumento da suspensão de segurança, como a tentativa de utilizá-la como sucedâneo recursal e a falta de demonstração de ocorrência de grave lesão à ordem e à economia públicas. Porém, ao consignar também a ausência de ofensa à ordem pública, afirmou deduzir da análise dos autos que “a decisão hostilizada, proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, não afastou a aplicação de texto expresso de lei, mas, ao contrário, em conformidade com preceitos da legislação vigente, vale dizer, alínea ‘a’ do inciso II do artigo 2º e parágrafo 2º do artigo 3º da Lei estadual n. 13.327/2003, assegurou ao Departamento de Edificações, Rodovias e Transportes do Estado do Ceará (DERT) o direito de cobrar remuneração pela utilização das faixas de domínio das rodovias estaduais e federais e de celebrar termo de permissão de uso especial, nos moldes do artigo 25 da Lei n. 8.666/93, em perfeita consonância com o princípio da legalidade”.

Esse é um caso em que o problema da confluência de competências no campo dos serviços públicos se maximiza, pois ela é questionada a partir do confronto da titularidade distinta sobre serviços públicos distintos. De um lado, a concessionária de energia elétrica sustenta que não pode se submeter à legislação estadual e, de outro, o Estado sustenta a sua competência para legislar sobre o uso das rodovias de seu território.

Muito embora não se tenha propriamente adentrado ao mérito, em razão do não adimplemento das hipóteses de admissão da suspensão de segurança, é possível deduzir, dado que foi argumento expressamente levantado pela requerente, que a constatação de se estar a tratar de serviços públicos não foi olvidada. Porém, o fato de o serviço de fornecimento de energia elétrica ser titularizado a ente distinto daquele que estava a exigir a contraprestação pelo uso da rodovia não foi elemento apto a conduzir conclusão pela violação de uma competência constitucional.

Em outras palavras, ao ter a decisão monocrática em análise consignado que a exação atendia às exigências do princípio da legalidade, implicitamente negou relevância ao argumento de invasão da competência da União como titular do serviço público de fornecimento de energia elétrica.

De outra parte, muito embora não tenha sido um fundamento expressado na decisão, foi preservada a competência do Estado para regular o uso dos espaços das rodovias dedicados a esse serviço público que lhe compete.

Assim, especialmente em casos como o tratado na decisão em análise, no qual a competência do titular de um serviço público confronta com outra ligada à titularidade de serviço público distinto, é possível inferir a impossibilidade de se afirmar a inexpugnabilidade do campo de regulação de um pelo outro.

Por fim, ainda dentro das balizas consubstanciadas nas perguntas feitas neste trabalho, vale anotar a não consideração dos argumentos da concessionária no sentido da proteção do contrato que celebrou com a União e com a interveniência do Estado, contrato no qual, segundo afirmou, haveria previsão da utilização das faixas de domínio das rodovias estaduais. Nessa linha, também não foi considerada a arguição de ser inevitável a desestabilização do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, cuja recomposição seria suportada pelos consumidores residentes no Estado do Ceará por meio do aumento de tarifa.

Outro julgado em que se fez presente imbricação de competências sobre um dado serviço público foi o tratado no Agravo de Instrumento n. 703.097/SP<sup>223</sup>, interposto por concessionária estadual contra decisão que, na origem, não admitiu recurso extraordinário que atacou julgado que considerou o Município competente para instituir tarifa pelo uso de plataforma de embarque e desembarque de terminal rodoviário, mesmo quando do desempenho do transporte intermunicipal e interestadual de passageiros.

---

223 Julgado em 08.05.2008, *DJ*, de 20.06.2008.

A concessionária agravante sustentou que houve indevida invasão da esfera de competência estadual, uma vez que decreto municipal não poderia dispor acerca de transporte intermunicipal.

A relatora Ministra Cármen Lúcia conheceu do agravo e a ele deu provimento para determinar a sua conversão em recurso extraordinário e posterior submissão ao procedimento de repercussão geral.

Em razão da objetividade dessa decisão monocrática de ordem predominantemente processual, maiores conclusões não podem ser extraídas para os fins deste trabalho. Porém esse julgado merece ser referido porque dele se depreende que o argumento de interferência do Município no campo de competência do Estado para tratar do serviço público de transporte intermunicipal foi considerado importante o suficiente para suscitar a recepção do recurso extraordinário. Entretanto, também é de se notar que não foi concedida qualquer tutela de urgência quanto ao provimento jurisdicional pedido, o que, de certa forma, mitiga a intensidade da conclusão anterior.

Também merece ser trazida à colação a decisão monocrática exarada no Agravo de Instrumento n. 717.917/SP<sup>224</sup>, interposto pelo Município de São Paulo, com o fim de lograr admissão do recurso extraordinário que interpôs contra acórdão que, em que pese reconhecer a competência do Município para regular o transporte coletivo urbano e, assim, a sua aptidão para apreender veículo que realizava transporte irregular de passageiros, considerou que o valor da multa exigida para a liberação do veículo era excessivo e deveria observar tabela editada pelo do Departamento Estadual de Trânsito, segundo as normas do Conselho Nacional de Trânsito.

Em seu recurso, a Municipalidade sustentou que o aresto do Tribunal de Justiça limitou a sua competência sobre o serviço público em questão<sup>225</sup> e superdimensionou a competência da União para legislar sobre trânsito e transporte<sup>226</sup>. Argumentou ainda que, “ao limitar quaisquer valores pelo

---

224 Julgado em 30.09.2008, *DJ*, de 13.10.2008.

225 Artigo 30, V, da Constituição Federal.

226 Artigo 22, XI, da Constituição Federal.

Município, afronta-se diretamente, a competência municipal, dada pela Constituição Federal, de regulamentar o transporte coletivo de passageiros”.

A Ministra Cármen Lúcia negou conhecimento ao recurso porque a alegada violação a dispositivo constitucional, se existente, seria reflexa, uma vez que Tribunal *a quo* não teria negado a competência municipal para legislar sobre assuntos de interesse local, dentre eles o transporte coletivo. Para a ministra, o Tribunal de origem apenas reconheceu o excesso dos valores cobrados na remoção e na estadia do veículo apreendido, conformando-os aos valores de tabela do Departamento Estadual de Trânsito de São Paulo, segundo as normas do Conselho Nacional de Trânsito.

No caso, muito embora tenha sido reconhecida, desde o Tribunal de origem, a prerrogativa do Município para apreender veículos com o quais se realizava de maneira irregular serviço público, e não tenha havido qualquer tentativa positiva do Estado em intervir, certo é que a confluência de competências se manifestou pela opção judicial de tomar como baliza para os valores da multa os fixados por órgão estadual para as autuações próprias.

Nessa linha de considerações, é possível inferir que a constatação de que se estava a tratar de um serviço público não foi apta a garantir, ao ente político detentor de sua titularidade, a plenitude regulatória para fixação do valor da multa que entendeu adequada para coibir a iniciativa daqueles que viessem a exercê-lo de maneira irregular ou clandestina.

A controvérsia ora estudada também permeou as discussões estabelecidas em caso levado ao Supremo Tribunal Federal por via do Agravo de Instrumento n. 715.347/RS<sup>227</sup>, interposto pelo Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem do Estado do Rio Grande do Sul (DAER) contra decisão que não admitiu o recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça daquele Estado que afastou a resolução editada pelo referido órgão no sentido de limitar, para o transporte coletivo intermunicipal, o percurso dos veículos proporcionalmente à “idade” dos respectivos chassis.

---

227 Julgado em 06.10.2009, DJ, de 28.10.2009.

No acórdão recorrido, afirmou-se que a autarquia teria instituído limitação não prevista em lei estadual e que, por isso, estava a atuar além de sua competência<sup>228</sup>. Ademais, em asserção relevante para este trabalho, asse-ntou que a norma da autarquia estadual teria adentrado na competência da União para legislar sobre trânsito e transporte.<sup>229</sup>

No recurso extraordinário, a autarquia sustentou que não desbordara de sua competência, uma vez que a disposição que editou não tratava de matéria relativa a trânsito, mas sim do exercício do poder de polícia que estava dotada como órgão regulamentador das condições de segurança e trafegabilidade do transporte de passageiros, no âmbito intermunicipal.

A relatora Ministra Cármen Lúcia negou seguimento ao agravo, em primeiro lugar, porque acolheu o argumento do Tribunal *a quo* no sentido de que a análise do ato normativo da autarquia dependeria de confronto com a legislação local, a fazer incidir óbice sumular. Em segundo lugar, porque a norma constitucional que daria respaldo ao argumento de defesa da competência regulatória do Estado sobre o serviço público de transporte coletivo intermunicipal (art. 25, § 1º) não foi objeto de debate e decisão prévios no Tribunal de origem, não tendo sido, portanto, prequestionada.

Com efeito, essa decisão monocrática não contribui diretamente para o alcance de respostas às perguntas formuladas neste trabalho. A sua menção apenas se justifica porque, ao final e no aspecto fático, acaba por negar ao Estado o exercício de sua competência para regular o serviço público do qual é o titular segundo a Constituição Federal, uma vez que a norma questionada tinha por objeto a prestação adequada e segura do transporte intermunicipal de passageiros.

---

228 Em que pese o argumento, consta do relatório da decisão analisada, que remete ao acórdão do Tribunal *a quo*, que a Lei estadual n. 11.090/98 que reorganizou o DAER previu: “Artigo 1º - São áreas de competência do Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem (DAER), criado pela Lei n. 750, de 11 de agosto de 1937, como autarquia estadual responsável pela gestão do transporte rodoviário do Estado do Rio Grande do Sul, vinculada à Secretaria dos Transportes: [...] V - concessão, permissão e autorização, gerência e planejamento e fiscalização do transporte coletivo intermunicipal e de rodovias, observado o disposto na Lei n. 10.931, de 9 de janeiro de 1997.”

229 Artigo 22, XI, da Constituição Federal.

Em outras palavras, sem embargo da referência à falta de prequestionamento, o fato de se estar a tratar de serviço público não foi elemento importante para a ministra relatora reconhecer a presença de uma infringência direta à Constituição Federal decorrente do afastamento pelo Tribunal *a quo* da competência do Estado para editar a norma voltada ao controle do serviço de sua titularidade.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, sobre a controvérsia tratada nesta seção do trabalho, a pesquisa empreendida apresentou como resultado o acórdão proferido no Recurso em Mandado de Segurança n. 575-0/RJ<sup>230</sup>. Esse recurso foi interposto pelo Sindicato das Empresas de Transporte de Passageiros do Município do Rio de Janeiro contra acórdão do Tribunal de Justiça que denegou a ordem mandamental pedida, com o fito de coarctar a imposição de multas pela municipalidade com base no Código Disciplinar do Sistema Municipal de Transportes por Ônibus. Argumentou o recorrente, no que é fundamental para este estudo, com a violação da competência da União para legislar sobre trânsito.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso, por considerar que a legislação questionada, ao apenar a prestação inadequada do serviço público de transporte urbano, permaneceu dentro dos limites da competência municipal para organizar os serviços públicos locais, no resguardo dos interesses do cidadão.

Segundo o Tribunal, problemas ligados à circulação dos coletivos, às áreas de estacionamento, aos pontos de parada, aos horários, à concessão e aos percursos estão compreendidos nas atribuições das autoridades municipais, sem que isso importe em invasão da competência estadual ou federal.

Vale destacar, no acórdão ora analisado, a observação do relator Ministro Hélio Mosimann, no sentido de que as infrações que se pretendia ver afastadas não estavam ligadas a matéria de trânsito ou transporte porque, a uma, versavam sobre a manutenção da adequação e qualidade do serviço

---

230 Julgado em 24.06.1992, *DJ*, de 17.08.1992.

público – como a ausência da plaqueta interna indicativa da linha, motor sem vedação acústica, falta de informação gráfica obrigatória, etc. – e, a duas, porque a punição estava dirigida à empresa, e não ao condutor do veículo.

Cotejando o aresto com as perguntas formuladas neste trabalho, tem-se presente que a qualificação da atividade como serviço público foi o ponto fundamental para a definição da competência municipal no caso, conferindo-se ao seu titular as atribuições próprias para o controle dos termos do seu desempenho.

Ao contrário do que se pode depreender de boa parte das decisões do Supremo Tribunal Federal que trataram de casos sobre o serviço público de transporte, a competência da União para versar sobre trânsito e transporte, suscitada pelo sindicato de concessionários, teve o seu espectro bem apartado da competência regulatória do titular do serviço público de transporte coletivo urbano, o que permitiu a conclusão pela prevalência desta no caso em exame.

Em que pese não haver nesse acórdão uma referência direta à necessidade de resguardo da competência do titular do serviço público como instrumento para a garantia de um ambiente de segurança jurídica para o seu desempenho, ficou expressa a preocupação no sentido de coibir a desorganização do serviço público com a defesa das prerrogativas do ente titular.

Do que foi visto nesta seção do trabalho, é possível dizer que a qualificação como serviço público das atividades tratadas em cada um dos julgados, bem como a identificação dos seus específicos titulares, não constituíram dados fundamentais para a definição da competência para a edição de atos regulatórios.

É de se notar, principalmente nos casos em que se estava a discutir a competência no âmbito dos serviços públicos de transporte, uma grande influência de precedentes que consagraram a competência da União para a edição de normas sobre trânsito e transporte. Porém, a adoção desses precedentes não tomou atenção ao fato de que neles não se tratou do estabelecimento de regras para a prestação do serviço público, mas sim, por exemplo, de normas direcionadas a todos os motoristas, como a que determina o uso de cinto de segurança.

Nessa linha, aqueles que pretendiam afastar normas regulatórias editadas pelos titulares de serviço de transporte público sempre suscitaram a competência da União para legislar sobre trânsito em transporte, logrando sucesso no Supremo Tribunal Federal.

A única exceção dentre as decisões colacionadas foi identificada, como visto, em acórdão do Superior Tribunal de Justiça que procurou distinguir a competência da União para tratar de trânsito e transporte da competência do ente político titular do serviço público de transporte coletivo.

Assim, é possível antever nesse campo uma dificuldade de fixação de uma unidade regulatória em favor do titular do serviço público, sendo imprescindível, para a busca de reversão do posicionamento assentado no Supremo Tribunal Federal, a colocação dessa questão no mesmo esquadro utilizado para resolução das imbricações identificadas nas subseções anteriores deste capítulo.

Além desses casos, percebe-se que a titularidade do serviço público também não foi o norte para a definição da competência nos embates havidos nas outras decisões tratadas, nas quais se deu preferência a outras chaves jurídicas de compreensão.

Por fim, sem esquecer que a objetividade das decisões analisadas nesta parte do trabalho impediram a identificação de respostas diretas e expressas à maior parte das perguntas imaginadas, vale mencionar a quase ausência de referências ao argumento relativo à manutenção da segurança jurídica na regulação dos serviços públicos e às repercussões econômicas e de fomento decorrentes do reconhecimento da possibilidade de intervenções por parte de ente político que não os titulariza. Em verdade, no mais das vezes, os Tribunais trabalharam exclusivamente com argumentos ligados à distribuição formal de competências estabelecida na Constituição Federal.



## CONCLUSÃO

Como exposto já nas linhas introdutórias deste trabalho, a Constituição Federal veicula uma complexa rede de distribuição de competências materiais e legislativas aos entes políticos que compõem a Federação brasileira, na qual competências materiais exclusivas e legislativas privativas convivem com competências materiais comuns e legislativas concorrentes.

Como se depreende de diversos dispositivos, os serviços públicos estão entre as categorias jurídicas com respeito às quais a Constituição procede à expressa designação dos entes políticos competentes para o desempenho de cada uma de suas espécies. Tal designação poderia levar à imediata conclusão de ser entendimento assente que, sempre e em todos os aspectos, o ente político aquinhoado com esse mister também seria o único competente para estabelecer a sua regulação.

Porém, a própria complexidade da distribuição de competências constitucionais pode fazer surgir casos em que o ente federativo que não é o titular de um dado serviço público intente estabelecer regramento ou institua ato material que interfira sobre essa atividade. Essa intenção viria fundamentada no argumento de que estaria a tratar de peculiaridade colhida por outras áreas ou subsistemas do ordenamento jurídico incluídos na sua esfera de competências, atingindo, assim, o serviço público apenas de maneira indireta ou reflexa.

Esse confronto constituiu o eixo fundamental deste trabalho e orientou a formulação das perguntas lançadas na introdução. Ou seja, investigou-se a realidade de tal disputa, se aos Tribunais Superiores são carreados casos em que essa ordem de indagações se faz presente, como são resolvidos e quais elementos fáticos ou chaves teóricas que fazem a diferença na hora de decidir.

Antes do cumprimento da tarefa principal, necessário se fez estabelecer alguns marcos teóricos para a orientação da seleção e da análise das decisões proferidas pelos Tribunais Superiores acerca do tema em estudo. Nesse sentido, foram apresentadas as linhas gerais da distribuição

de competências contida na Constituição Federal de 1988, especialmente no que pertine aos serviços públicos, a noção de serviço público que foi adotada no trabalho, a concepção de regulação dos serviços públicos e, por fim, os fundamentos das discussões acerca da segurança jurídica como elemento impulsionador do desenvolvimento.

Quanto à distribuição constitucional de competências, foram referidas tanto as que a Constituição Federal outorgou, no campo material, de maneira exclusiva ou comum a cada um dos entes federativos, quanto aquelas, no campo legislativo, designadas com o caráter privativo ou concorrente. Foi ainda apresentada a específica distribuição de titularidade feita pela Constituição, com respeito a cada um dos serviços públicos que previu, tudo com o objetivo de permitir a antevisão das hipóteses de confluência de competências tratadas neste trabalho.

Por outro lado, considerando os múltiplos significados do termo e as muitas escolas e teorias que versaram sobre o serviço público, foi necessário estabelecer a noção adotada neste trabalho para essa categoria jurídica. Nessa senda, à luz da Constituição Federal, que não adota um específico conceito de serviço público, firmou-se que se estaria a tratar do serviço público, em seu aspecto objetivo, como uma modalidade de atividade de natureza pública, caracterizada por um vínculo orgânico de titularidade atribuída ao Poder Público.

Ainda quanto à delimitação da noção de serviço público adotada, foram expostas as razões da eleição daquela conhecida na doutrina como restritíssima, que apenas inclui os serviços que são remunerados por taxa ou tarifa e que são de titularidade exclusiva do Estado, somente exploráveis pela iniciativa privada mediante concessão ou permissão. Com efeito, fez-se tal opção porque as indagações e as hipóteses levantadas pressupunham uma atividade que pudesse ser considerada como de titularidade exclusiva de um dos entes federativos para, a partir de então, verificar se essa titularidade poderia sofrer interferências decorrentes do exercício de outras competências por parte de entes políticos distintos.

Necessário ainda se fez apresentar anotação sobre o significado do vocábulo regulação manejado neste trabalho, de molde a assentar que se pretendeu com a sua utilização definir um termo base apto a designar as formas pelas quais os entes federativos interferem, material ou legislativamente, no desempenho dos serviços públicos.

A última baliza teórica estabelecida para a análise dos julgados tratados neste trabalho foi a ligada à relevância do valor da segurança jurídica como um antecedente necessário do incremento dos investimentos imprescindíveis para o alcance dos fins a que se preordenam os serviços públicos e, por consequência, também como um pressuposto do desenvolvimento nacional.

A partir desses pressupostos teóricos, procedeu-se à seleção e à análise das decisões colhidas no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, com o fim de investigar se esses Tribunais se depararam com casos em que presente esteve alguma espécie de confluência de competências nos termos imaginados neste trabalho. Ato contínuo, também se buscou compreender as formas pelas quais esse embate foi solucionado, aferindo se as hipóteses lançadas na parte introdutória deste trabalho lograram ou não confirmação.

A primeira hipótese proposta indicava que a constatação de que a situação concreta de confluência de competências estava a se referir a uma atividade qualificada como serviço público seria um dado sempre presente e se consubstanciaria no norte que conduziria à definição da competência para a edição de norma ou prática de ato regulatório, indicando, por via de consequência, a relevância prática desse instituto para esse fim.

Do que se depreende da ampla maioria dos julgados, essa é uma hipótese que pode ser tida por confirmada. De fato, percebe-se nas decisões que a qualificação da atividade especificamente tratada como serviço público, distinguindo-a daquelas tidas como atividades econômicas em sentido estrito, não foi olvidada pelos julgadores e, efetivamente, orientou a definição da competência regulatória.

Restando os poucos julgados que excetuam essa primeira conclusão indicados ao final de cada subseção em que foram tratados, há que se destacar, em razão de uma notável recorrência, uma circunstância em que essa hipótese não é normalmente afirmada. Trata-se dos casos em que as interseções de competências ocorreram na regulação dos serviços públicos de transporte coletivo.

Em grande parte desses casos, o Supremo Tribunal Federal consagrou a competência da União para editar normas sobre trânsito e transporte. Assim o fez com apoio em precedentes que versaram não sobre qualquer espécie de serviço público, mas sobre aspectos gerais da referida seara, ligados, por exemplo, à segurança do trânsito e dirigidos a todos os motoristas.

Portanto, cabe dizer que, de acordo com a compreensão atual do Supremo Tribunal Federal, as normas voltadas a regular os serviços de transporte coletivo tendem a ter a análise de sua competência vinculada à competência da União para legislar sobre trânsito e transporte. No entanto, vale reeditar a assertiva que se fez no sentido da imprescindibilidade, para a busca de reversão do posicionamento assentado, da colocação dessa questão no mesmo esquadro utilizado para resolução das imbricações de competências identificadas nos outros casos versados neste trabalho.

Outra hipótese foi levantada no sentido de que, nos Tribunais Superiores, a questão da titularidade do serviço público seria sempre suscitada nas discussões dos casos em que presentes estivessem imbricações de competências nessa atividade e que a identificação do ente político detentor dessa qualidade sempre carregaria a ele a competência regulatória.

Como também se infere dos julgados tratados neste estudo, essa hipótese foi, na maior parte das vezes, confirmada conjuntamente com a primeira. Ou seja, partindo os julgadores da constatação de que se estava a tratar de uma atividade qualificada como serviço público, a identificação do respectivo titular, a partir da específica atribuição constitucional, definiu a competência para a sua regulação.

Quanto a essa hipótese, assim como na primeira, de rigor se faz reeditar a ressalva quanto a alguns dos casos que versaram sobre as interseções

de competências havidas na regulação dos serviços públicos de transporte coletivo, nos quais, menosprezada essa qualificação, a titularidade, por decorrência lógica, também não balizou a compreensão da competência.

A terceira hipótese imaginada para o tema em estudo indicou que a atuação regulatória dos entes federativos desprovidos de titularidade com respeito a um dado serviço público se sustentaria em disposições constitucionais que lhes atribuem competência comum ou concorrente – ou mesmo própria – para a tutela de certo bem jurídico. Além disso, considerada a variedade desses bens jurídicos, os Tribunais tenderiam a legitimar com maior frequência as intervenções voltadas a trazer algum benefício imediato aos considerados hipossuficientes, a se comparar com intervenções de ordem predominantemente técnica.

De fato, a pesquisa demonstrou que efetivamente os entes destituídos da titularidade com respeito a um específico serviço público procuraram sustentar as normas que editaram com apoio na outorga de competência comum ou concorrente – e, em alguns casos, própria – que é feita pela Constituição Federal para a defesa do usuário, o fomento à educação e à cultura, a assistência social, a proteção ambiental e a organização urbana, dentre outros.

No entanto, até em decorrência da confirmação das duas hipóteses iniciais, tais arguições, de modo geral e na ampla maioria das vezes, não lograram acolhimento nos Tribunais Superiores, que deram prevalência às atribuições do titular de cada serviço público considerado. Nessa linha, também não foi identificada qualquer diferença relevante na frequência da aceitação de tal argumento pelos Tribunais, quando comparados os diversos bens que os entes destituídos de titularidade sustentaram que estavam a tutelar.

Na verdade, como já dito e ao contrário do que se presumia, o maior número de decisões que afastaram ou limitaram o campo de competência regulatória do titular do serviço público foi identificado não em razão da espécie de bem jurídico tutelado pela norma editada por ente destituído dessa qualidade, mas sim em decorrência da espécie de serviço público que se estava a tratar. Especificamente, o transporte coletivo, pelas razões já anotadas.

Outra hipótese também lançada na introdução deste trabalho indicou que os Tribunais Superiores tenderiam a proscrever qualquer pretensão de interferência específica, direta ou técnica sobre os serviços públicos por parte daqueles entes políticos que não são os seus titulares. Por outro lado, teriam maior complacência quando a interferência viesse a se constanciar em um ato ou em uma norma voltada a incidir indistintamente sobre quaisquer atividades econômicas, atingindo indireta e reflexamente o serviço público especificamente considerado.

A primeira parte dessa hipótese foi, quase que simetricamente às duas primeiras, confirmada pelos resultados dos acórdãos pesquisados. Porém, a parte que se refere à possível maior complacência com intervenções indiretas ou reflexas não teve a mesma sorte. Isso porque, além de os maiores problemas ligados às interseções de competência ocorrerem exatamente sob a arguição de incidência meramente indireta ou reflexa, é fato que os Tribunais não lograram estabelecer com clareza quando uma norma atinge certo serviço público de maneira direta ou indireta. Nesse sentido, as interferências levadas a efeito por ente político não titular foram afastadas sem a distinção imaginada.

Por fim, em hipótese inserida nas investigações acerca da aplicação do direito como propulsor do desenvolvimento, considerou-se que nos julgamentos dos casos em que se fez presente a confluência de competências para a regulação dos serviços públicos, os Tribunais, além de argumentos de ordem formal, fulcrados exclusivamente na distribuição constitucional de competências, fariam considerações consequencialistas. Tais considerações estariam ligadas, por exemplo, ao resguardo de melhores condições para a execução do serviço e à promoção de um ambiente mais seguro para os concessionários, como forma de atrair investimentos, ou ainda à busca de fomento para o desenvolvimento econômico e social do país.

Com a ressalva de algumas poucas decisões em que houve discussões mais robustas, especialmente naquelas em que se tratou das intervenções ligadas à defesa do usuário e se referiu à necessidade de manutenção dos termos firmados no contrato de concessão, a pesquisa indicou que essa

hipótese foi infirmada, dada a predominância de decisões fundamentadas exclusivamente nas regras de distribuição constitucional de competências.

No entanto, vale dizer que tal constatação não indica que o valor da segurança jurídica não possa estar presente no rol de preocupações dos Tribunais, quando da solução do problema aqui abordado, porque, em última análise, esse valor pode ser tido por resguardado com a reserva e a manutenção, para o ente político titular, da unidade na regulação de cada serviço público especificamente considerado, o que, como visto, vem sendo a posição predominante.

Além das respostas que a pesquisa realizada trouxe para as perguntas lançadas na parte introdutória deste trabalho, há outras que podem ser extraídas dos casos tratados, abrindo espaço, inclusive, para investigações futuras.

Em primeiro plano, chama atenção a postura refratária dos chefes dos Poderes Executivos, principalmente dos Estados, às disposições normativas advindas das Assembleias Legislativas das unidades federativas que comandam, que interferem em serviço público de ente político distinto<sup>231</sup>. O que os motiva a defender, em detrimento da competência dos entes federativos que chefiam, a competência de outro?

Muito embora a resposta não se apresente clara em todas as decisões, dessume-se de algumas delas, por exemplo, que os governadores não podem assumir o ônus financeiro que decorre das providências administrativas necessárias para a aplicação prática da legislação interventora, tais como o subsídio às gratuidades e descontos compulsórios instituídos, a designação e treinamento de agentes de fiscalização e a estruturação de procedimentos pertinentes, dentre outras.

Essa constatação é importante porque indica que o impacto de uma ação de intervenção sobre um específico serviço público titularizado por

---

231 ADI-MC n. 2.340-3/SC; ADI-MC n. 2.615-1/SC; ADI-MC n. 3.322-1/DF; ADI n. 3.533-9/DF; ADI n. 3.729-3/SP; ADI-MC n. 2.477/PR; ADI-MC n. 3.847/SC; ADI-MC n. 2.299-7/RS; ADI-MC n. 2.337-3/SC; ADI n. 845-5-AP e ADI n. 2.751-4/RJ. Na ADI-MC n. 1.104-9/DF, o governador expressamente defendeu a norma que interferia no serviço público de outro ente político.

ente político distinto não se adstringe àqueles que figuram como partes no contrato de concessão. Por essa razão, entende-se que não basta considerar suficiente para a solução da controvérsia tratada neste trabalho a condução das partes à recomposição do equilíbrio econômico financeiro do contrato. Isso porque, além de não ser, nos termos em que se viu nas linhas introdutórias deste trabalho, a solução mais consentânea com o valor da segurança jurídica, não dá resposta às pretensões manifestadas pelos autores, em boa parte das ações propostas.

Outra constatação que deflui dos casos julgados é a de que os Tribunais Superiores, quando do trato da controvérsia analisada neste trabalho, não privilegiam, com maior ou menor frequência, a competência do titular do serviço público com base no *status* do ente federativo que detém essa qualidade. Em outras palavras, não se pode dizer que o espectro da competência do titular do serviço público é resguardado com maior vigor quando essa posição é ocupada pela União Federal, quando se compara com casos em que a titularidade é dos Estados ou dos Municípios.

O que se viu foi que, de regra, nos casos em que a titularidade do serviço público é detida pela União, são carreados argumentos de reforço, como a necessidade de uniformidade dos termos da sua prestação em todo território nacional, a importância da garantia da integração dos sistemas (v.g. energia elétrica e telecomunicações), dentre outros. Mas isso não significa, por si só, que os Tribunais consideram mais importante resguardar o âmbito da competência da União do que a competência dos Estados e dos Municípios.

É fato que o maior volume de casos em que a competência do ente titular do serviço público não foi privilegiada ocorreu quando o Município detinha essa qualidade. Porém, isso não decorreu de algum menosprezo a esse ente federado, mas sim, como já visto, da grande influência de precedentes que consagraram a competência da União para edição de normas sobre trânsito e transporte, chamados à colação sem a percepção de que neles não se tratou do estabelecimento de regras para prestação do serviço público.

Por fim, como visto, a pesquisa levada a efeito demonstrou que a qualificação de uma dada atividade econômica como serviço público tende a conduzir as reflexões acerca da definição e da delimitação do campo de competência em favor daquele para o qual a Constituição Federal atribuiu a sua titularidade.

No entanto, como é cediço, existem atividades econômicas em sentido estrito com respeito às quais a Constituição reservou a um dos entes federativos uma competência privativa, como, por exemplo, a ordenação da venda de combustíveis.<sup>232</sup>

Nesses casos, como decidem os Tribunais? A jurisprudência, nos mesmos termos em que o faz quando está em causa um serviço público, protegeria a competência do ente político para o qual a Constituição atribuiu o mister de regular uma atividade econômica em caráter privativo?

Em um primeiro momento, como já afirmou Fernanda Dias Menezes de Almeida<sup>233</sup>, poder-se-ia dizer que devem prevalecer as disposições do titular dessa competência legislativa privativa. Mas em que termos? A própria autora menciona, nas linhas seguintes de sua obra, que essa competência poderia sofrer o influxo de disposições editadas por outros entes, no exercício de competência concorrente suplementar. Isso, como se viu na ampla maioria das vezes, não foi chancelado pela jurisprudência, quando se estava a tratar de serviços públicos.

O fato é que a resposta dos Tribunais Superiores para essa questão não pode ser obtida com total segurança a partir dos julgados relatados e analisados neste trabalho, que se focou em um problema um tanto distinto, embora próximo.

Porém, duas anotações podem ser feitas. A primeira liga-se à constatação de que os Tribunais Superiores, especialmente a partir do que se

---

232 Artigo 238 da Constituição Federal.

233 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes, *Competências na Constituição de 1988*, cit., p. 142.

depreende dos votos dos ministros que não reconheceram uma competência indevassável do ente político titular do serviço público, possuem precedentes nos quais se admitiu, nos termos imaginados neste trabalho, uma confluência de competências normativas dos entes federativos no campo das atividades econômicas em sentido estrito. Vale dizer, exatamente em casos relativos à comercialização de combustíveis.<sup>234</sup>

Por outro lado, e esta é a segunda constatação, há que se ter em vista que a necessidade do resguardo do campo de competência do titular do serviço público foi reconhecida pelos Tribunais Superiores em algumas decisões, também sob o argumento de que importante é o respeito aos termos pelos quais se obrigam o poder concedente e o concessionário, relação que restaria debilitada com a possibilidade de inserção, por entes federativos alheios, de obrigações não previstas em contrato.

Por certo, esse é um argumento que não poderá estar presente quando da análise de casos em que se discute a possibilidade de imbricação de competências nas atividades econômicas em sentido estrito, com respeito às quais a Constituição procedeu à outorga de competência com privatividade, exatamente porque essas atividades não dependem de uma outorga estatal para o seu desempenho. Tal circunstância, como sinalizam os precedentes referidos, poderá repercutir em uma proteção menos intensa do que a conferida para a competência do titular do serviço público. Todavia, reiterar-se, essa é uma resposta que somente poderá ser firmada a partir de um trabalho específico de pesquisa, que ora se sugere.

---

234 ADI ns. 1.980-5/PR e 2.334-9/DF.

## REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. São Paulo: Atlas, 2006.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Competências na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao>>. Acesso em: 12 ago. 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Revogação da gratuidade de ocupação de faixas de domínio de rodovias por linhas de transmissão de energia elétrica conferida pelo Dec. 84.398/80 e sua inconstitucionalidade face ao princípio federativo. In: ANDRADE, Letícia Queiroz de (Org.). *Rodovias: uso da faixa de domínio por concessionárias de serviços públicos: decisões e pareceres jurídicos*. São Paulo: ABCR, 2005. p. 37-54. Disponível em: <<http://www.abcr.org.br/download/Rodovias%20uso%20da%20faixa%20de%20dominio%20por%20concessionarias%20de%20servicos%20publicos.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

FREITAS, Juarez. Agência Nacional dos Transportes Aquaviários – Princípio da segurança jurídica – Exigência da menor precariedade possível das relações de Administração – Terminais portuários de uso privativo: contrato de adesão – Princípio da irretroatividade dos atos normativos – Limites ao poder de modificação unilateral do Estado – Inviabilidade dos atos administrativos autônomos na CF/88 – Princípio da Legalidade. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 20, p. 88-104, 2003.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

PINHEIRO, Armando Castelar. Impacto sobre o crescimento: uma análise conceitual. In: PINHEIRO, Armando Castelar (Org.). *Judiciário e economia no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2000, p. 19-74.

\_\_\_\_\_. Judiciário: propostas de reforma. In: GIAMBIAGI, Fábio; BARROS, Octávio de (Orgs.). *Brasil pós-crise: agenda para a próxima década*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 215-230.

SILVA, Almiro do Couto. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 26 out. 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 17-38.







editoração, ctp, impressão e acabamento

**imprensaoficial**



PGE  
PROCURADORIA GERAL  
DO ESTADO DE SÃO PAULO