



INSTALAÇÃO DE ESTAÇÕES RÁDIO-BASE EM ÁREAS PÚBLICAS E PRIVADAS



***Manesco, Ramires, Perez,
Azevedo Marques
Advocacia***

São Paulo
Av. Paulista, 1274 - 21º andar
01310-100 São Paulo - SP
Tel. (011) 3068.4700 | Fax 3068.4749

Brasília
SAUS, Quadra 1, Bloco N salas 706/707
CEP: 70070-941 Brasília - DF
Tel. (61) 3223-7895 | Fax 3223-7895
www.manesco.com.br



CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO

Mario Cesar Pereira de Araujo (Presidente) | Tim
Ricardo Knoepfelmacher | Brasil Telecom
Luis Cosío | Claro
Luiz Alexandre Garcia | CTBC
Luis Eduardo Falco Pires Correa | Oi
Gabriel Ribeiro de Campos | Sercomtel
Roberto Oliveira de Lima | Vivo

DIRETORIA EXECUTIVA

Emerson Martins Costa (Presidente) | CTBC
Marcus Augustus Martins | Brasil Telecom
Marcelo Laboissiere Camargos | Claro
Gustavo Rocha Amaral | Oi
José Moreira Silva Ribeiro | Telemig Celular e Amazônia Celular
Ludgero Pattaro | Tim
Wanderley Rezende Neiva | Sercomtel
Alberto de Mattos Júnior | Vivo

CONSELHO FISCAL

Paulo Rogério Damasceno | Sercomtel
André Luiz Barbosa Carvalho | Telemig Celular e Amazônia Celular
Guilherme de Oliveira Mendes | Vivo
Renato Rodrigues da Silva | Claro
Neiva Miranda Coelho | CTBC



INSTALAÇÃO DE ESTAÇÕES RÁDIO-BASE EM ÁREAS PÚBLICAS E PRIVADAS

*Manesco, Ramires, Perez,
Azevedo Marques
Advocacia*



FICHA CATALOGRÁFICA

U58s Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques Advocacia.
Instalação de estações rádio-base em áreas públicas e privadas.
- Brasília, ACEL, 2006.

64p.

CDU 621.395
CDD 621.384 56

SUMÁRIO



| | |
|-------------------|---|
| APRESENTAÇÃO..... | 7 |
|-------------------|---|

PARTE I | NORMAS E PROCEDIMENTOS PARA O USO DE BENS PÚBLICOS NA INSTALAÇÃO DE ESTAÇÕES RÁDIO-BASE

| | |
|--|----|
| I – A CONSULTA..... | 11 |
| II – NOTAS PRELIMINARES SOBRE OS BENS PÚBLICOS..... | 12 |
| II.1. A problemática conceituação dos bens públicos..... | 13 |
| II.2. A classificação dos bens públicos..... | 13 |
| II.3. A afetação e a desafetação dos bens públicos..... | 14 |
| II.4. Regime jurídico geral dos bens públicos..... | 15 |
| II.5. A aquisição e alienação de bens públicos..... | 16 |
| III – O USO DE BENS PÚBLICOS POR PARTICULARES..... | 16 |
| III.1. Os tipos de uso..... | 16 |
| III.1.1. Os usos primário e secundário do bem público..... | 17 |
| III.1.2. Os usos comum e especial do bem público..... | 18 |
| III.1.3. Independência das classificações anteriores..... | 20 |
| III.2. Formas de outorga do uso especial..... | 20 |
| III.2.1. Instrumentos jurídicos de direito privado..... | 22 |
| III.3. Questões relativas à isonomia na outorga do uso especial..... | 22 |
| III.3.1. Os fins da licitação..... | 23 |
| III.3.2. A inexigibilidade de licitação..... | 24 |
| III.3.3. A inexigibilidade por atendimento universal dos interessados..... | 25 |
| IV – A GESTÃO DOS BENS PÚBLICOS..... | 27 |
| IV.1. A competência para a outorga do uso e fixação do seu preço..... | 27 |
| IV.1.1. A desconcentração administrativa..... | 27 |
| IV.1.2. O critério da definição do preço público..... | 28 |
| V – CONFIGURAÇÃO E ENFRENTAMENTO DO CASO CONCRETO..... | 29 |
| V.1. A espécie de uso pretendida pelas afiliadas da consulente..... | 29 |
| V.2. A forma de outorga adequada às peculiaridades do caso concreto..... | 29 |
| V.3. A inexigibilidade de licitação..... | 30 |

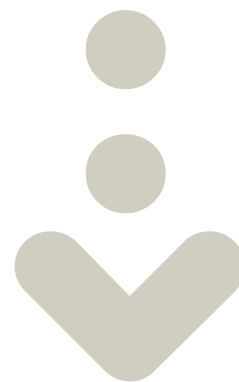


| | |
|---|----|
| V.4. A competência para a gestão do bem público | 31 |
| V.5. O critério para fixação do preço | 32 |
| VI – RESPOSTA AOS QUESITOS OBJETIVOS | 32 |

PARTE II | SOBRE A NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO

| | |
|---|----|
| I – A CONSULTA | 39 |
| II – A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA ORDENADORA DA VIDA PRIVADA | 41 |
| II.1. Considerações introdutórias | 41 |
| II.2. Escorço histórico da noção de “Poder de Polícia” | 42 |
| II.3. A evolução do Estado de Direito | 43 |
| II.4. A proposta de superação: a administração ordenadora | 44 |
| III – A ADMINISTRAÇÃO ORDENADORA BRASILEIRA | 46 |
| III.1. A disciplina constitucional da liberdade e da livre-iniciativa | 46 |
| III.2. A proporcionalidade das medidas restritivas | 47 |
| III.3. A discriminação das competências federativas | 48 |
| IV – AS TÉCNICAS DE ORDENAÇÃO DA VIDA PRIVADA | 48 |
| IV.1. Considerações Introdutórias | 48 |
| IV.2. A criação de situação jurídica ativa por ato administrativo | 49 |
| IV.2.a. O licenciamento | 49 |
| IV.3. O condicionamento administrativo de direitos | 51 |
| V – ANÁLISE DO CASO CONCRETO E DAS QUESTÕES PRÁTICAS | 52 |
| V.1. Considerações Introdutórias | 52 |
| V.2. Necessidade ou possibilidade de licença na ausência de lei | 52 |
| V.2.a. A complexidade do procedimento de instalação e funcionamento das estações de telecomunicações | 54 |
| V.3. Análise do caso concreto do Distrito Federal | 55 |
| V.3.a. A lei complementar nº 388/01 | 56 |
| V.3.b. O Decreto nº 22.395/01 | 57 |
| V.4. Regularidade de hipotética restrição distrital expressa à implantação e funcionamento de Estações Rádio-Base em bens privados | 59 |
| V.4.a. Inconstitucionalidade por usurpação de competência | 59 |
| V.4.b. Inconstitucionalidade por desproporção | 60 |
| VI – RESPOSTA AOS QUESITOS OBJETIVOS | 62 |

APRESENTAÇÃO



A Associação Nacional das Operadoras Celulares – Acel – tem como missão promover, entre suas Associadas, o intercâmbio de informações que visem ao aprimoramento dos serviços por elas prestados e à defesa de seus interesses comuns. Para isso, atua em diversos níveis, representando o conjunto das operadoras do Serviço Móvel Pessoal (SMP) no Brasil perante instituições públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União e dos Estados, prefeituras municipais e câmaras de vereadores, Agência Reguladora e outras entidades relacionadas com os objetivos sociais e com os interesses comuns das Associadas.

Para alcançar seus objetivos, a Acel tem realizado, incentivado e custeado estudos e ações que propiciem o desenvolvimento das telecomunicações no Brasil, em especial o do serviço móvel, ajudando a promover a defesa da livre concorrência e dos princípios da ordem econômica em sua área de atuação.

Esta publicação constitui o quarto volume da série *Cadernos Acel de Telefonia Celular*, coleção que reúne estudos produzidos em diversas áreas de conhecimento, particularmente aquelas que se relacionam aos aspectos tecnológicos, legais e mercadológicos das telecomunicações brasileiras, com foco no SMP. O parecer ora apresentado é de autoria do jurista Floriano de Azevedo Marques, da *Manesco, Ramires, Peres, Azevedo Marques Advocacia*. Trata das questões relativas às normas e procedimentos na utilização de bens públicos e bens privados para a instalação de Estações Rádio-Base, estruturas cuja adequada implantação é essencial ao bom funcionamento do Serviço Móvel Pessoal.

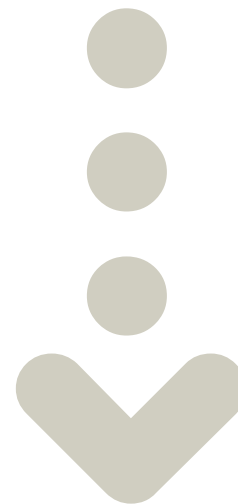
O presente estudo, portanto, aprofunda a reflexão sobre um aspecto de grande relevância não só para as Operadoras, mas também para seus mais de 90 milhões de clientes no Brasil. A Acel segue contribuindo, assim, para a continuidade do diálogo sério, realista e transparente que deve haver na sociedade sobre esse importante serviço, que tem permitido a inclusão dos brasileiros num processo de comunicação moderno, ágil, eficiente e fundamentalmente importante para a universalização das telecomunicações no País.

Emerson Martins Costa
PRESIDENTE EXECUTIVO



***PARTE I | NORMAS E PROCEDIMENTOS
PARA O USO DE BENS PÚBLICOS
NA INSTALAÇÃO DE ESTAÇÕES
RÁDIO-BASE***





A **Associação Nacional das Operadoras Celulares (ACEL)** formula consulta a respeito das normas e dos procedimentos que devem ser seguidos para o uso de bens públicos para a instalação de estruturas necessárias ao oferecimento do serviço de telefonia celular, as chamadas Estações Rádio-Base (ERBs).

Um dos componentes essenciais para a prestação do serviço de telefonia celular, as ERBs são constituídas por uma antena e outros dispositivos que garantem a interface entre as diversas estações móveis (aparelhos celulares), além de uma central de comutação e controle, para permitir a comunicação entre os usuários.

É essa a razão pela qual as operadoras celulares precisam contar com ERBs implantadas em diversos pontos estratégicos do município, a fim de permitir a adequada prestação do serviço em toda a sua área de cobertura. Como é evidente, isso implica a necessidade de utilização de áreas privadas e públicas (normalmente, o terraço de edifícios), para a instalação das antenas e das estações.

Pois bem. Quando, para este fim, se utilizam áreas de propriedade privada, a proceduralização da cessão do uso é bastante mais simples, envolvendo apenas a negociação direta com os particulares que titularizam o bem e o respeito genérico às normas atinentes à instalação e ao funcionamento das estruturas de telecomunicações, bem como às demais disposições aplicáveis em razão das peculiaridades do caso concreto.

A situação muda de figura quando é necessária ou conveniente a utilização de áreas de bens públicos, tais como os terraços dos edifícios de repartições, escolas ou hospitais públicos. Nessa hipótese, outros problemas, específicos do regime de direito público incidente sobre tais bens, se apresentarão.

A consulente informa que a maneira como a utilização desses bens públicos vem sendo feita no Distrito Federal tem dado azo a dúvidas e questionamentos, principalmente perante o Tribunal de Contas dessa unidade federativa. Eis aí a razão pela qual a consulente requer a elaboração deste parecer.

O tema envolve a necessidade de enfrentamento de questões como a possibilidade de outorga de uso privativo de um bem público, a necessidade de licitação, a fixação do preço público, a competência para definir a outorga, a proceduralização do compartilhamento de infra-estrutura etc.

Enfim, parece-nos possível traduzir a consulta através dos seguintes quesitos objetivos:

- (i) Há necessidade de lei específica que autorize a outorga do direito de uso de bem público para instalação de Estações Rádio-Base?
- (ii) A outorga do direito de uso de bem público para instalação de Estações Rádio-Base deverá ser precedida de licitação?
- (iii) Qual é o instrumento administrativo que o Poder Público deve utilizar quando outorgar às operadoras de telefonia celular o direito de uso especial de um bem público para fins de instalação de Estações Rádio-Base?
- (iv) No caso de uso de escolas públicas, a outorga do direito das áreas públicas poderá ser dada pelos próprios diretores dessas entidades?
- (v) Quais os critérios que devem ser utilizados pelo Poder Público para definição do preço cobrado para a outorga onerosa do direito de uso?
- (vi) A quem devem ser pagos os valores referentes aos preços públicos para a outorga onerosa do direito de uso?
- (vii) A operadora celular que pretender instalar uma Estação Rádio-Base em torre já instalada por outra operadora em um bem público precisará obter igualmente outorga do direito de uso?

Para cuidar das respostas a essas indagações, optamos por discorrer inicialmente a propósito dos bens públicos, sua gestão e seu uso por particulares. Isso permitirá que se fixem as bases que darão ensejo às conclusões posteriores. É importante consignar que esta parte teórica será bastante direcionada, para permitir que logo em seguida sejam respondidas as questões objetivas que nos foram submetidas.

Ao trabalho.

II | NOTAS PRELIMINARES SOBRE OS BENS PÚBLICOS

Este primeiro tópico tem como escopo apresentar, de forma bastante sucinta, algumas características e peculiaridades dos bens públicos, as quais serão relevantes para a compreensão das considerações posteriores. Não há pretensão de aprofundar ou problematizar o tema – o enfoque é meramente conceitual.

II.1. A problemática conceituação dos bens públicos

Possivelmente, a primeira questão que se põe àquele que pretenda estudar a regulamentação do uso de um bem público é a própria conceituação de tais bens. Ou seja, qual o traço peculiar que distingue os bens públicos dos bens privados? Em que ponto reside o fator de *discrimen*?

De modo geral, é possível perceber que a doutrina diverge na adoção de um destes dois critérios: o da *dominialidade* (ou subjetivo) e o da *funcionalidade* (ou objetivo). De acordo com o primeiro deles, em grossas linhas, são bens públicos aqueles cuja titularidade couber a uma pessoa jurídica de direito público, sendo bens privados todos os outros.¹ Em consonância com o segundo critério, são públicos todos aqueles bens que estejam submetidos a um regime de direito público, independentemente de sua titularidade. Nesse passo, mesmo o bem de particular pode ser considerado bem público.²

Não sendo possível enfrentar, aqui, essa questão – cuja solução demandaria todo um estudo em apartado – parece suficiente para os fins da consulta a adoção do conceito ofertado pelo Código Civil, em seu artigo 98, que abaixo se transcreve:

Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

Atente-se que a definição legal consagra o critério da dominialidade. Aceitando--a, serão considerados bens públicos aqueles que pertençam à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e às respectivas autarquias. Trata-se de conceituação imperfeita, simplista, que não está imune a críticas. É suficiente, contudo, para o desenvolvimento das considerações deste parecer.

II.2. A classificação dos bens públicos

É também o Código Civil (art. 99) que estatui as espécies de bens públicos, de acordo com a destinação que se lhes dá.

¹ É esta a posição de Hely Lopes MEIRELLES, para quem os bens públicos “em sentido amplo são todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e empresas governamentais” (in *Direito administrativo brasileiro*, 29. ed., São Paulo, Malheiros, 2004, p. 493).

² Assim entende Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, para quem: “Bens públicos são todos os bens que pertencem às pessoas jurídicas de Direito Público, isto é, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público (...), bem como os que, embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público” (in *Curso de direito administrativo*, 15. ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 768).

Assim, são *bens públicos de uso comum* aqueles destinados ao uso de todas as pessoas indistintamente. Nessa categoria se incluem os rios, mares, estradas, ruas e praças, na exemplificação do inciso I do art. 99 do diploma civilista.

Bens públicos de uso especial, por sua vez, são aqueles afetados a um serviço público ou estabelecimento público, onde se realiza alguma atividade pública. Os exemplos legais são os edifícios ou os terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual ou municipal, inclusive os de suas autarquias.

Por fim, *bens públicos dominicais* ou *dominiais* são aqueles que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades, não estando aplicados ao uso comum ou ao uso especial.³

11.3. A afetação e a desafetação dos bens públicos⁴

Ressalvados os bens públicos de natureza dominical, que não estão afetados a qualquer finalidade pública, os bens de uso comum ou especial têm destinação voltada a alguma finalidade de interesse público.

A afetação é a atribuição, a um bem público, de sua destinação específica de uso comum ou especial. Essa finalidade predica um uso específico para o qual o bem está vocacionado e destinado. A desafetação consiste precisamente na retirada dessa destinação pública específica atribuída a um bem.

A afetação do bem de uso comum pode ser originária da própria natureza do bem, como mares, rios e ruas; ou decorrente de lei ou ato administrativo. Já a desafetação é dependente de lei ou ato do Poder Executivo, dentro das determinações e especificações legais.⁵

Compete exclusivamente à pessoa política proprietária do bem público proceder à afetação e desafetação dos mesmos. Dita competência deriva da autonomia outorgada constitucionalmente a cada uma dessas entidades federativas para gerir os bens de sua propriedade.⁶

³ Nas palavras de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, "o critério dessa classificação é o da destinação ou afetação dos bens: os da primeira categoria são destinados, por natureza ou por lei, ao uso coletivo; os da segunda ao uso da administração, para consecução de seus objetivos, como os imóveis onde estão instaladas as repartições públicas, os bens móveis utilizados na realização de serviços públicos (veículos oficiais, materiais de consumo, navios de guerra), as terras dos silvícolas, os mercados municipais, os teatros públicos; os da terceira não têm destinação pública definida, razão pela qual podem ser aplicados pelo Poder Público, para obtenção de renda; é o caso das terras devolutas, dos terrenos de marinha, dos imóveis não utilizados pela Administração, dos bens móveis que se tornem inservíveis" (in *Direito Administrativo*, 17. ed., São Paulo, Atlas, 2004, p. 565).

⁴ Diógenes GASPARINI utiliza a expressão *desconsagração* como sinônimo de desafetação e *consagração* como sinônimo de afetação (in *Direito Administrativo*, 9. ed., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 717).

⁵ É conhecida a observação de Diógenes GASPARINI no sentido de que um fato jurídico também pode tornar um bem de uso especial em dominical, como, por exemplo, na hipótese de uma creche vir a ser destruída por um terremoto (in *Direito Administrativo*, 9. ed., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 717). No entanto, como anota Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, não há unanimidade doutrinária no que diz respeito à desafetação decorrente de um fato (desafetação tácita) e não de um ato de vontade do ente público (desafetação expressa). Para estes, seria sempre necessário o ato formal de desafetação (in *Direito Administrativo*, 17. ed., São Paulo, Atlas, 2004, p. 571). É evidente, contudo, que tal entendimento levará a excessos de formalismos desnecessários.

⁶ Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, 14. ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 717.



11.4. Regime jurídico geral dos bens públicos: a alienabilidade restrita

Em regra, os autores apontam como características básicas do regime jurídico do bem público (i) a inalienabilidade, (ii) a impenhorabilidade e (iii) a imprescritibilidade.

Parece-me mais coerente aludir apenas à “alienabilidade restrita” ou nos termos da lei, da qual as demais características são meras conseqüências. É que o que se pretende é passar a idéia de que a transferência do domínio dos bens públicos só poderá ocorrer em hipóteses excepcionais, disciplinadas por lei. A restrição decorre do fato óbvio de que o administrador é mero gestor da coisa pública – não o seu dono.

Assim, devido ao fato de estarem destinados a uma finalidade pública (afetação), os bens públicos não podem livremente ser objetos de algumas relações jurídicas de direito privado, como a compra e venda e a doação. Eis aí a razão pela qual se diz que os bens públicos são *inalienáveis*.

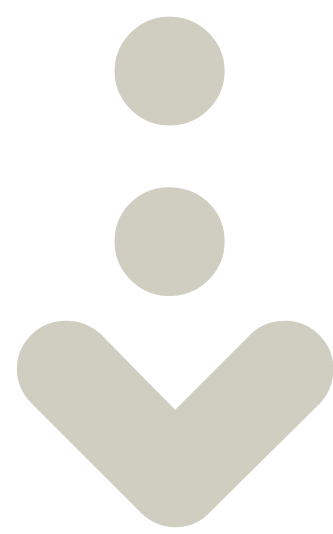
De acordo com o art. 100 do Código Civil, enquanto mantiverem a característica de sua afetação, os bens públicos de uso comum e de uso especial são inalienáveis. A alienação dessas categorias de bens depende de sua desafetação e do trespasse dos mesmos para a categoria de bens dominicais.

Mesmo a alienação de bens dominicais, no entanto, não é livre ao administrador. Ela depende de formalidades previstas em lei, destinadas a comprovar a desnecessidade de sua manutenção no patrimônio público. Em qualquer caso, a alienação de bens públicos deverá ser precedida de avaliação e de licitação pública.

Pois bem. A impenhorabilidade, que alguns autores apontam como característica autônoma, nada mais é do que uma conseqüência dessa alienabilidade restrita antes aludida.

Especificamente, a impenhorabilidade consiste na impossibilidade de incidência de execução forçada (penhora) sobre bens públicos. Essa característica é decorrente do estabelecimento constitucional do regime diferenciado de execução contra a Fazenda Pública (regime de precatório, disciplinado no art. 100 e §§ da CF). Conseqüência da impenhorabilidade é a impossibilidade de gravar os bens públicos com direitos reais de garantia.

A impenhorabilidade dos bens públicos é reconhecida pelo art. 649, I, do Código de Processo Civil, segundo o qual os bens públicos inalienáveis não são sujeitos a penhora.



*Da alienabilidade restrita
decorrem as demais
características básicas do
regime jurídico
dos bens públicos*

Por fim, diz-se que o bem público é imprescritível para designar a característica de que o seu domínio não se extingue pela mera passagem do tempo. Assim, o não exercício das faculdades de usar e fruir por parte de seu titular não dá ensejo à possibilidade de aquisição da propriedade por usucapião.⁷ É o que estabelece o art. 200 do Decreto-lei 9.760/46 e que foi consagrado pelo texto constitucional, nos arts. 183, § 3º, e 191.

Ora, a imprescritibilidade é, também, conseqüência lógica da alienabilidade restrita originária. Parece claro que esta ficaria frustrada se o administrador pudesse contorná-la por sua mera omissão. Por outro lado, a imprescritibilidade serve à proteção do interesse público, protegendo-o inclusive contra a negligência da própria administração Pública.⁸

II.5. A aquisição e alienação de bens públicos

Os bens públicos podem ser adquiridos de três formas: (i) seguindo as formas previstas no Direito Privado, tais como compra e venda, permuta, doação etc; (ii) de acordo com as regras específicas emanadas do Direito Público, como a desapropriação ou a determinação legal; (iii) ou nas chamadas “aquisições imemorais”, relativas aos “bens públicos por natureza”, tais como rios e mares.

Já a alienação de bens públicos só é possível nos termos e na forma prescrita em lei. Além da autorização legislativa, a alienação de bens depende de prévia licitação e avaliação (cf. art. 17 e 19 da lei n. 8.666/93), e da motivação relativa à existência de interesse público na operação.

III | O USO DE BENS PÚBLICOS POR PARTICULARES

III.1. Os tipos de uso

O ponto central desta consulta é a questão atinente ao uso de bens públicos por particulares. O tema nos é particularmente caro, tendo sido objeto de inúmeras manifestações doutrinárias anteriores.⁹

⁷ De acordo com a súmula 340 do Supremo Tribunal Federal, “Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”.

⁸ Cf. Hely Lopes MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*, 29. ed., São Paulo, Malheiros, 2004, p. 493.

⁹ Confirmam-se os nossos artigos: “Utilização de Bem Público para Instalação de Redes Aplicadas à Prestação de Serviços de Telecomunicações”, *Revista dos Tribunais*, ano 88, junho de 1999, volume 764, páginas 97 a 110; “A Possibilidade de Restrição de Acesso a Bens Públicos de Uso Comum por Questões Ambientais e Urbanísticas”, *Revista Trimestral de Direito Público*, Malheiros Editores, Volume 36, 2001, páginas 67 a 87; “Algumas Notas Sobre a Concessão de Rodovias”, *BDA - Boletim de Direito Administrativo*, Editora NDJ, Volume 04, Ano XVII, abril de 2001, páginas 245 a 257; “Publicidade em Faixas de Domínio de Rodovias - Inconstitucionalidade na Lei Estadual Paulista nº. 8.900/94”, *BDA - Boletim de Direito Administrativo*, Editora NDJ, nº. 10, Ano XVII, Outubro de 2001, páginas 769 a 772; “Regime Jurídico dos Bens Públicos Empregados na Geração de Energia”, *Revista de Direito Administrativo*, nº. 232, abril a junho de 2003, Editora Renovar, FGV, páginas 333 a 354; “O Uso de Bens Públicos Estaduais por Concessionárias de Energia Elétrica”, *RDA - Revista de Direito Administrativo*, nº. 236, abril a junho de 2004, páginas 1 a 31.



Fundamental é perceber a existência de diferentes tipos de usos, aos quais se aplicam disciplinas jurídicas dessemelhantes. Para os fins da presente consulta, devemos distinguir entre *uso primário* e *uso secundário*, bem como entre o *uso comum* do bem público e o seu *uso especial*.

III.1.1. Os usos primário e secundário do bem público

É bastante simples a distinção que deve ficar registrada entre *uso primário* e *uso secundário* de um bem público. O diferencial tem relevância para os bens afetados a uma determinada destinação pública.

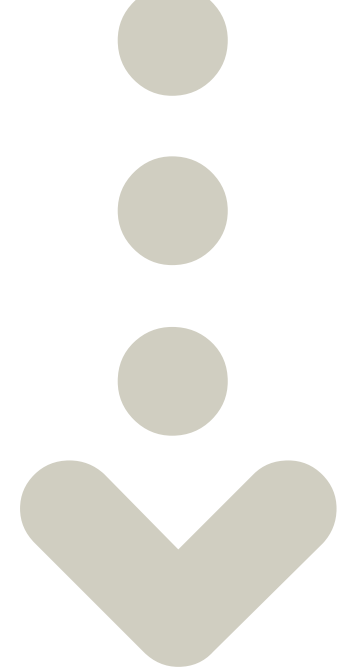
O fato de um bem estar voltado a um uso específico, a uma finalidade primacial, não impede que se lhe dêem outros usos, acessórios, complementares ou mesmo temporariamente excepcionáveis do uso principal. Assim, será feito uso primário de um bem quando se o utilizar para fins consentâneos com o da sua afetação. Tratar-se-á de uso secundário quando esse não for o caso.¹⁰

O uso secundário – a que também se denomina *ancilar*, *compatível*, *acessório* ou *complementar* – visa à utilização das potencialidades marginais ou suplementares de um bem, sem, com isso, comprometer a sua afetação. Deve sempre observar os aspectos regulamentares voltados a proteger o uso primário. Dito de outro modo, o uso secundário não prejudica o uso principal ao qual o bem está afetado. Não implica, portanto, a necessidade de desafetá-lo.

Tome-se o exemplo de um bem integrante do viário municipal. Uma rua ou avenida, que seja. Eis um bem de uso comum do povo, afetado à finalidade de circulação de pessoas ou veículos. Sem afastar o uso (finalidade) principal de uma avenida, pode-se dar a esse bem também um uso acessório quando, mediante permissão, autorização ou concessão, franqueia-se a um particular a possibilidade de dele se utilizar para instalar um quiosque de campanha cívica ou um painel de informações turísticas ou meteorológicas.

Da mesma forma, pode-se dar a esse bem um uso complementar, caso a municipalidade pretenda ver explorado o potencial desse bem para servir de leito para instalações de redes de utilidades públicas subterâneas, cabeamento de fibra óptica ou postes de distribuição de sinais de televisão por assinatura ou energia elétrica. A rua ou avenida continuarão a ser bens de uso comum para deslocamento de pessoas ou coisas, mas

¹⁰ André de LAUBADÈRE, Jean-Claude VENEZIA e Yves GAUDEMET aludem ao “uso normal” e “uso compatível”, para designar os mesmos fenômenos. Na pena dos mestres franceses: “Une seconde classification distingue l’usage normal, conforme à la destination propre de la dépendance domaniale et qui, d’une certaine façon, en réalise matériellement l’affectation (circulation sur les voies publiques, sépulture dans un cimetière) et les utilisations compatibles, qui peuvent être admises, bien que non conformes à la destination du domaine, lorsqu’elles ne compromettent pas cette destination (canalisation, terrasses de cafés, etc)” (in *Traité de droit administratif*, 10. ed., t. 2, Paris, LGDJ, 1995, p. 291).



*O uso secundário não
prejudica o uso principal
ao qual o bem público
está afetado, nem
implica a necessidade
de desafetação*

um outro uso será ensejado, podendo ser facultado a um particular, exclusivamente ou não, explorar esse uso secundário.

Por fim, mesmo num bem de uso comum, como o do exemplo, poderemos ter outros usos, excepcionais, que não aqueles correspondentes à sua finalidade precípua e que, temporariamente, a ela exclua. É o que ocorrerá, por hipótese, quando se admitir, numa data festiva, que tal avenida se preste a uma parada, a um show ou comício, interditando-se, por breve período, mesmo a sua utilização principal.

Ou seja, temos com essas notas que o uso de um bem público não há de ser única ou exclusivamente aquele que integra a sua finalidade ou afetação. Outros usos são admitidos, possíveis e mesmo freqüentes, ainda que a doutrina, por vezes, disso não se aperceba.¹¹

III.1.2. Os usos comum e especial do bem público¹²

O uso comum ou ordinário de um bem público é aquele que reúne duas características principais: (i) não o sobrecarrega ou lhe prejudica a utilidade e (ii) não implica restrições à ação igualitária e concorrente dos demais utentes. O uso comum poderá ser primário, quando corresponder à destinação que lhe foi dada, ou secundário, quando se inclua entre as aplicações acessórias por ele comportadas.

Por força das suas duas características principais antes mencionadas, o uso comum independe de prévia autorização por ato administrativo específico ou comunicação à autoridade responsável pela sua gestão. Nesse sentido, figure-se a situação de um sujeito que pretenda banhar-se nas águas do mar, sentar-se ao banco de uma praça ou passear em um parque público. Não lhe é necessário ter com a autoridade responsável pela gestão do bem para dela obter autorização para fazê-lo.

Eis aí o aspecto “comum” ou “ordinário” que designa a espécie: o utente não detém situação jurídica específica *para usar* ou *nos termos da qual* pode usar o bem público (não detém ele nenhum “título especial”). Fá-lo livremente, sujeitando-se tão somente às normas gerais a todos aplicáveis.¹³

¹¹ Temos cá conosco — e vimos nos dedicando academicamente ao assunto — que o próprio Poder Público, por olvidar esse potencial de usos dos bens que integram seu acervo patrimonial, por vezes gere seu patrimônio ao arrepio do princípio da economicidade. Age com timidez e até mesmo com tibieza, talvez por distração, talvez mesmo por se aferrar a concepções doutrinárias vetustas e ultrapassadas. Mas isso é tema para outras reflexões.

¹² “*Une première classification distingue l’usage commun, exercé par le public collectivement, anonymement (circulation sur les routes, rivières, rivages marins) et les utilisations privatives ou occupations, qui comportent réserve exclusive d’une portion du domaine à un usager individuellement identifié (kiosque de journaux, canalisation sous la voie publique, stalle dans un marché, sépulture dans un cimetière)*” (in André de LAUBADÈRE, Jean-Claude VENEZIA e Yves GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, 10. ed., t. 2, Paris, LGDJ, 1995, p. 291).

¹³ De acordo com a lição de Miguel MARIENHOFF, os usos comuns dos bens públicos “*son los que pueden realizar todos los hombres por su sola condición de tales, sin más requisitos que la observancia de las disposiciones reglamentarias de carácter general dictadas por la autoridad*” (in *Dominio Público*, Buenos Aires, 1955, p. 45).



Ressalte-se, apenas que, por *livre*, aqui, deve-se entender a possibilidade aberta às pessoas de usar o bem público independente de prévia autorização por ato administrativo específico ou comunicação à autoridade responsável pela sua gestão. Não significa, necessariamente, gratuidade.

Assim, por exemplo, daquele que pretenda trafegar por uma rodovia ou assistir a um espetáculo em um teatro municipal não se pode exigir nenhuma autorização específica (pessoal) por parte da autoridade que gere tais bens (é nesse sentido que a utilização é “livre” e que não requer “título especial”), mas se lhe pode requerer o correspondente pagamento dos valores do pedágio ou do ingresso (ao qual, afinal, estão sujeitos todos os demais utentes dos mesmos bens).

Situação muito diversa é aquela que corresponde ao uso especial ou privativo¹⁴ de bem público. Nesse caso, ou bem há uso *extraordinário* do bem (que o sobrecarrega ou lhe prejudica a utilidade), ainda que consentâneo com a sua destinação específica, ou uso que impede a normal utilização concorrente de terceiros (utilização privativa).¹⁵

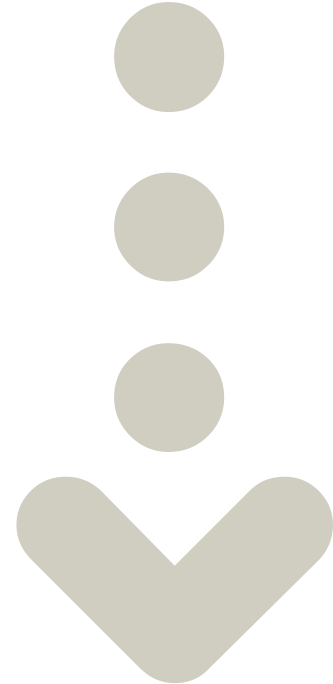
A peculiaridade da situação exigirá que o utente cientifique a autoridade administrativa responsável pela gestão do bem do uso que dele pretende fazer ou que dela obtenha prévia manifestação favorável, por exemplo, através de autorização ou permissão de uso. É que, no caso, a Administração lhe conferirá vantagem particular (título especial individual), constituindo situação jurídica subjetiva peculiar.¹⁶

Daí porque os organizadores de uma passeata ou manifestação em vias públicas devem notificar a autoridade competente de sua pretensão, nos termos do art. 5º, XVI, da Constituição Federal. Cientificada, poderá a Administração vetar tais reuniões desde que possua razões ponderosas para tanto.

¹⁴ “Uso privativo, que alguns denominam de uso especial, é o que a Administração Pública confere, mediante título jurídico individual, a pessoa ou grupo de pessoas determinadas, para que o exerça, com exclusividade, sobre parcela de bem público” (cf. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito administrativo*, 13. ed., São Paulo, Atlas, 2001, p. 549). O termo “exclusividade”, contudo, pode dar azo a interpretações incorretas. O uso privativo não é sempre exclusivo (no sentido de prejudicial ou excludente ao uso de outrem), embora seja essa uma das suas hipóteses. Na acepção aqui utilizada, o uso privativo se aproxima da concepção de exclusividade esposada por Raimundo Nonato FERNANDES que, há quase trinta anos, asseverava que a exclusividade no uso de bem público decorria “de um modo particular de fruição da coisa, que não coincide com o da generalidade dos habitantes, e, por outro lado, do fato da atribuição a terceiro do poder de uso de seu titular originário. O poder de uso deve ser entendido no sentido de gozo das utilidades das coisas, cujo domínio permanece com a entidade concedente. Em alguns casos, o utente exerce também poderes de gestão, como ocorre nas concessões de minas e de obra pública” (in “Da Concessão de Uso de Bens Públicos”, *Revista de Direito Administrativo*, Volume 118, Outubro a Dezembro de 1974, página 2).

¹⁵ Registre-se que estamos tratando aqui de instrumentos de uso privativo que não se confundem com instrumentos de alienação dos bens do domínio público. No direito de uso o particular beneficiário tem em seu favor outorgado um privilégio na utilização do bem público (o que se pode dar por prazo certo ou indeterminado), porém não assume o domínio do bem.

¹⁶ “Así, pues, las utilizaciones de los bienes que constituyen el dominio público pueden ser colectivas o privativas. Las primeras corresponden a los usos comunes, en los cuales el usuario es anónimo, no individualizado (...). En las segundas – las utilizaciones privativas – que corresponden a los usos especiales, el usuario no es anónimo, está individualizado” (in Villegas BASAVILBASO, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, TEA, 1952, p. 211).



*A possibilidade aberta
às pessoas de usar o bem
público independente de
prévia autorização
não significa
necessariamente
gratuidade*

De igual modo, o sujeito que pretenda estabelecer uma banca de revistas na calçada de uma rua, ou outro que tenha a intenção de instalar um quiosque de frutas no Mercado Municipal – uma vez que a permanência de tais usos exclui ou restringe a utilização dos mesmos bens por terceiros – não poderá fazê-lo livremente, mas dependerá, para tanto, de outorga da administração competente, através de permissão de uso.

III.1.3. Independência das classificações anteriores

Não se devem confundir uso primário e uso comum, bem como não cabe baralhar as noções de uso secundário e especial. As classificações são independentes.

Assim, é possível citar exemplos de: (i) *uso primário e comum* (caminhar pela calçada); (ii) *uso primário e especial* (trafegar por uma estrada com veículos excepcionalmente longos ou que transportem carga de peso excessivo)¹⁷; (iii) *uso secundário e comum* (empinar pipa em uma praça pública); (iv) *uso secundário e especial* (realização de uma parada em uma avenida).

III.2. Formas de outorga do uso especial

Acima foi dito que o uso especial de um bem público – aquele que importa uma diminuição de sua utilidade ou implica restrições à ação igualitária e concorrente dos demais utentes – depende de prévia e específica manifestação da Administração Pública. O utente será, então, detentor de situação jurídica específica *para usar ou nos termos da qual* pode usar o bem público.

Essa manifestação administrativa por meio da qual se outorga ao particular a faculdade de usar um bem público pode estar consubstanciada em diferentes atos administrativos, os quais se distinguem entre si pelas características do uso que facultam. Para os fins deste estudo, trataremos de quatro desses atos administrativos: *autorização de uso, permissão de uso, concessão de uso e concessão de direito real de uso*.

Os três primeiros institutos encontram referência no texto Constitucional, de forma assistemática, e tiveram seus contornos inicialmente delineados na doutrina e, mais recentemente, em legislações específicas. O quarto veio tipificado originalmente no Decreto-lei nº 217/67, contando posteriormente com referência na Lei de Licitações (art. 17, I, f).

Malgrado freqüentarem todos os manuais de direito administrativo e a praxe da Administração Pública, esses institutos geram controvérsias e imprecisões. Isso fundamentalmente pelo fato de não ter o direito posi-

¹⁷ O exemplo é de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, 14. ed. São Paulo, Malheiros, 2002, p. 782



tivo precisado (como fez, por exemplo, com a concessão de serviços públicos) os contornos do regime jurídico de cada qual. Na ausência de prescrições no direito positivo, a doutrina cuidou de construir a definição do que seriam os seus regimes.¹⁸ Assentou-se, então, o entendimento que a seguir se admite, para os fins deste parecer.

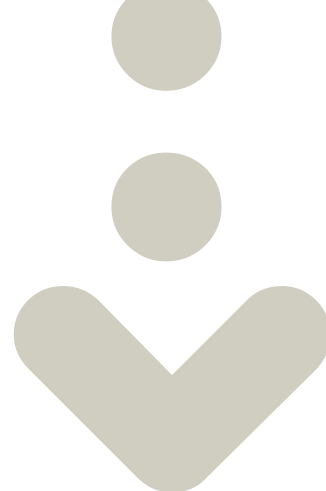
(i) A *autorização de uso* é ato administrativo unilateral, discricionário e precário mediante o qual a Administração Pública, a critério seu, faculta o uso de bem público para desempenho de atividade de curta duração. Veja-se que a autorização de uso permite a utilização *transitória* do bem. A autorização não demanda formalidades especiais, dispensando prévia licitação e lei autorizativa.

Tratando-se de ato precário, pode ser revogado a qualquer tempo, sem importar dever de indenização. Essa característica decorre de que a autorização é normalmente gratuita, não envolvendo contraprestações do particular.

(ii) A *permissão de uso* é ato administrativo negocial, unilateral, discricionário e precário, através do qual se outorga o uso permanente de bem público. É essa a figura administrativa que se utiliza, por exemplo, para permitir a instalação de bancas de revistas em calçadas. Difere da autorização em razão do caráter continuado do uso que faculta.

Por outro lado, a negociabilidade que lhe é característica permite o estabelecimento, por parte da Administração, de condições e do preço público, além de eventual indenização no caso de revogação (que, em regra, ocorre sem ônus para a Administração).¹⁹

(iii) A *concessão de uso* é contrato administrativo (ato bilateral) mediante o qual a Administração Pública pactua com o particular o uso de um bem público para uma finalidade específica, mediante o cumprimento de requisitos estabelecidos. A concessão de uso não tem caráter discricionário (em regra carecedor de prévio certame licitatório) nem precário (pois estabilizado durante o prazo de vigência do contrato) e instaura entre



Na ausência de prescrições do direito positivo, a doutrina cuidou de definir os regimes jurídicos das formas de outorga do uso especial dos bens públicos

¹⁸ Imperativo notar que essas definições vieram construídas na doutrina e se consolidaram sem, contudo, serem patenteadas no âmbito do direito positivo. Sem embargo, a doutrina não é fonte do direito. Por mais que os escólios doutrinários balizem a interpretação da norma e guiem a sua aplicação, a definição doutrinária não tem caráter vinculante ao intérprete. Menos ainda ao legislador. E nos últimos tempos o direito positivo passou a, em algumas legislações específicas, prever regimes especiais de autorização de uso de bem público apta a esvaziar o seu caráter precário e discricionário que lhe era conferido pela doutrina. Assim aconteceu, por exemplo, com a autorização de uso de recursos de radiofrequência pela Lei nº. 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), que expressamente cunhou definição discrepante daquela encontrada na doutrina. Pela Lei nº. 9.472/97 o espectro de radiofrequências é um bem público. E o artigo 163, § 1º, da mesma lei define: “*Autorização de uso de radiofrequência é o ato administrativo vinculado, associado à concessão, permissão ou autorização para prestação de serviço de telecomunicações, que atribui a interessado, por prazo determinado, o direito de uso de radiofrequência, nas condições legais e regulamentares*”.

¹⁹ Evidentemente, não se toleram abusos desta faculdade administrativa.

as partes uma relação jurídica de direito obrigacional (pessoal).²⁰ Por suas características, deve, em regra, ser precedida de licitação.

Tratando-se de contrato administrativo, gera o direito do particular de exigir o respeito ao prazo originalmente previsto. A rescisão antecipada importa dever de indenização por perdas e danos. Vê-se, portanto, que, nessa hipótese específica, o concessionário do uso possui maiores garantias e maior segurança.

(iv) Por fim, a *concessão de direito real de uso*, prevista no art. 7º do Decreto-Lei 271/67, é também contrato administrativo mediante o qual a Administração Pública concede ao particular direito real resolúvel, gratuitamente ou onerosamente, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social. Nesse caso, instauram-se relações de direito pessoal e direito real.²¹ (dando ensejo, pois, ao chamado “direito de seqüela”. Assim como na concessão de uso, a concessão de direito real de uso deve ser precedida de licitação, como regra.

III.2.1. Instrumentos jurídicos de direito privado

As figuras jurídicas estudadas acima podem corresponder à outorga do uso de quaisquer espécies de bens públicos. No caso dos bens dominicais – aqueles que não estão afetados a nenhuma destinação pública – podem-se usar igualmente instrumentos típicos de direito privado, como o arrendamento, a locação e o comodato. Evidentemente, isso implicará certa mitigação publicística do regime destes contratos.

Deve ficar claro, contudo, que esses instrumentos de direito privado só podem ser utilizados para outorgar o uso de bens dominicais – a Administração Pública não pode deles se valer para as hipóteses de bens de uso comum ou especial.

III.3. Questões relativas à isonomia na outorga do uso especial

Questão particularmente interessante é aquela que diz respeito à necessidade de a outorga do uso especial do bem público ser precedida de procedimento licitatório. Acima foi dito que essa é a regra quando se tratar de

²⁰ “A grande diferença entre concessão de serviço [público] e concessão de uso reside na posição jurídica do concessionário. Em um caso, o concessionário desempenha função pública e assume encargos próprios e típicos do Estado. Já na hipótese de concessão de uso, o particular não assume nenhum interesse público específico e definido, até se admitindo que lhe seja facultado valer-se do bem para satisfação exclusiva e privativa de seus interesses egoísticos. Logo, os deveres impostos ao concessionário de serviço público são extremamente mais sérios e graves do que aqueles que recaem sobre o concessionário de uso” (in Marçal JUSTEN FILHO, *Curso de direito administrativo*, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 726).

²¹ “Possui, então, como características inerentes sua imediata adesão à coisa e o chamado direito de seqüela, que enseja a persecução do bem. É exclusivo, vale dizer, sobre o bem em que recai não incidirá outro direito da mesma espécie, e é protegido por ação real, graças ao quê “prevalece contra qualquer que detenha a coisa”. É oponível erga omnes, ou seja, contra todos, pois confere ao titular a prerrogativa de vê-lo respeitado por quaisquer sujeitos, os quais ficam impedidos de opor-lhe qualquer embaraço” (in Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, 14. ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 786).



concessão de direito de uso ou concessão de direito real de uso, enquanto a permissão de uso e autorização de uso independem desse procedimento.

Entretanto, para o desenvolvimento das considerações posteriores, a questão merece uma análise mais detida, especialmente quanto ao tema da inexigibilidade de licitação.

III.3.1. Os fins da licitação

Em trabalho específico sobre a matéria²², já consignamos nosso entendimento acerca da correta colocação do instituto da licitação pública. Tomo a liberdade de reproduzir alguns daqueles raciocínios que julgo serem perfeitamente aplicáveis à matéria em análise.

Pode-se resumir em dois grandes vetores os objetivos da Administração nos procedimentos licitatórios: (i) a proteção ao princípio da isonomia entre os particulares e (ii) a busca da melhor proposta.²³

Esses dois escopos visados com a realização de licitações estão a garantir duas das pedras angulares na polêmica relação público *versus* privado: por um lado, a garantia de que ninguém logrará obter privilégio decorrente de características pessoais e, por outro, a certeza de que o agente público sempre perseguirá o melhor negócio, a melhor oportunidade (entendida no seu sentido amplo), para consagrar o interesse público.

Justamente pela necessidade de realizar esses dois objetivos é que a regra nas contratações do Poder Público é a realização de certame licitatório. Tal exigência consta do próprio texto constitucional, no inciso XXI, do art. 37.²⁴

Veja-se, porém, que o próprio dispositivo constitucional já se inicia reconhecendo a existência de **exceções à regra de licitar**. A carta prevê que a obrigatoriedade de preceder toda contratação promovida pelo Poder Público de processo seletivo admite exceções, remetendo o detalhamento destas hipóteses excepcionais para os casos que a legislação ordinária vier a especificar.

Ou seja, o legislador constituinte reconhece que hipóteses há em que se poderá realizar contratações diretas, sem anterior procedimento licitatório. Tais situações são restritas e visam a agasalhar hipóteses em que a exigência de licitação tornar-se-ia contrária ao interesse público.

²² V. meu "Contratação Direta de Empresas de Engenharia Consultiva por Inexigibilidade de Licitação Pública", *Revista dos Tribunais*, 713, Mar/95, p. 24 e ss.

²³ "A seleção de contratantes privados pela Administração remete (...) a fórmulas de licitação pública com as quais se pretende garantir tanto a igualdade dos particulares quanto a obtenção pela Administração, através da concorrência, das condições mais vantajosas para o interesse público" (in Eduardo GARCÍA DE ENTERRIA e Tomás Ramon FERNÁNDEZ, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, RT, 1990, p. 627).

²⁴ "Artigo 37 (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, a qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".



III.3.2. A inexigibilidade de licitação

Como já vimos, a licitação pública se põe para que a Administração possa buscar a melhor proposta entre as existentes no mundo privado, dispensando a todos os particulares um tratamento isonômico.

*As hipóteses de
inexigibilidade de
licitação se põem
justamente quando
houver inviabilidade
de competição*

Ora, se assim é, parece acaciano que somente deverá ter lugar uma licitação quando estiverem presentes estes dois pressupostos: (i) possibilidade de se comparar as “propostas” disponíveis para se aferir, objetivamente, a melhor entre elas; e (ii) pertinência de se falar em respeito à isonomia entre os particulares.

Inexistindo um desses condicionantes, descaberá falar em licitação, quer porque a lei a declara inexigível, quer porque a sua realização constituiria procedimento ocioso, vazio de finalidade e, portanto, prejudicial para a consumação do interesse público.²⁵

Pois bem. As hipóteses de inexigibilidade de licitação se põem justamente quando houver inviabilidade de competição, nos termos do art. 25 da lei n. 8.666/93.

À diferença do que ocorre com a dispensa (onde se faculta ao administrador licitar ou não) na inexigibilidade a lei reconhece uma impossibilidade objetiva de se promover o certame, afastando mesmo a hipótese de licitar.²⁶ Na inexigibilidade não se trata de deixar ao arbítrio do administrador a realização ou não de um determinado certame. Trata-se, isso sim, dos casos em que o legislador reconhece a **objetiva impossibilidade de se realizar o pleito competitivo**.

Antes de prosseguir, reconheça-se ser impossível antever e expor de forma exaustiva todos os eventos que poderão conduzir a essa inviabilidade de competição. Aliás, não há qualquer dúvida de que o elenco dos incisos do art. 25 da lei n. 8.666/93 é meramente exemplificativo. O próprio dispositivo, ao utilizar a expressão “em especial”, deixa claro que há outras hipóteses além daquelas ali enumeradas.²⁷ Assim, será caso de licitação inexigível *sempre que* a competição seja inviável.

²⁵ De acordo com Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO: “sempre que se possa detectar uma indubitosa e objetiva contradição entre o atendimento a uma finalidade jurídica que incumba à Administração perseguir para bom cumprimento de seus misteres e a realização de certame licitatório, porque esta frustraria o correto alcance do bem jurídico da licitação e, se esta não for dispensável com base em um dos incisos do art. 24, deverá ser havida como excluída com supedâneo no art. 25, caput” (in *Curso de direito administrativo*, 14. ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 500).

²⁶ “Em suma, a inexigibilidade é uma imposição da realidade extranormativa, enquanto a dispensa é uma criação legislativa. Como decorrência direta, o elenco de causas de inexigibilidade contido na Lei tem cunho meramente exemplificativo. Já os casos de dispensa são exaustivos (...) a conclusão acerca da caracterização da inexigibilidade faz-se em momento logicamente anterior ao do reconhecimento da dispensa. Num primeiro momento, avalia-se se a competição é ou não viável. Se não o for, caracteriza-se a inexigibilidade. Se houver viabilidade de competição, passa-se à verificação da existência de alguma hipótese de dispensa” (in Marçal JUSTEN FILHO, *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 10. ed., São Paulo, Dialética, 2004, p. 269).

²⁷ Aliás, deixe-se registrado que várias propostas de reforma da lei de licitações propõem a eliminação dos incisos, por inutilidade.



III.3.3. A inexigibilidade por atendimento universal dos interessados

Fixados os lineamentos supra, cumpre verificar o cabimento ou não de se fazer realizar licitação quando o Poder Público puder contratar com *todos* aqueles que tenham interesse num dado cometimento.

Ora, o instituto da licitação nada mais é do que um procedimento de competição entre particulares voltado à exclusão de todos em favor de um - detentor da melhor proposta – a quem será adjudicado o objeto em disputa. Não erraríamos em afirmar que a licitação é, necessariamente, um procedimento excludente.

Por isso mesmo, **subjaz à idéia de licitação (procedimento seletivo excludente) uma disputa de vários particulares interessados por um benefício único ou escasso.**²⁸ Ou é a obra que só pode ser cometida a uma ou poucas empresas; ou é o bem público que se quer conceder ou permitir o uso privativo a um, e apenas um, particular; ou então é o gênero que se quer adquirir de um (ou alguns) vendedor dentro do mercado; ou ainda é o serviço não singular que se quer obter junto a um prestador qualificado.

Repita-se: a licitação se põe porque há uma *vantagem escassa* que será concedida a um particular por parte da Administração Pública; estes, portanto, precisam disputar entre si para saber a quem ela caberá.

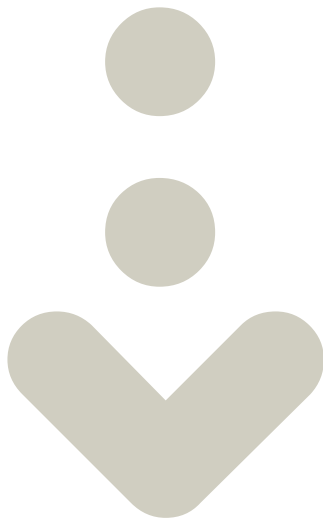
As duas pedras angulares (finalidades) da licitação acima divisadas dependem, em sua gênese, da noção de disputa. **Inexiste privilégio** (e, por conseqüência, ferimento à isonomia) quando se puder atender a todos. **Descabe falar em busca da melhor proposta** (para seleção da qual mister se faz o juízo comparativo) se todas elas puderem ser acolhidas.

Vê-se, portanto, que uma das hipóteses de inexigibilidade de licitação é o *atendimento universal dos interessados*. Aliás, o afastamento da obrigação de licitar por essa razão não é algo exótico. No dia-a-dia do direito administrativo topamos, muita vez sem perceber, com sobejas manifestações suas.

É o que ocorre, por exemplo, no uso de bem público pedagiado e explorado por empresa pública ou sociedade de economia mista. Inegável que todos que trafegam por uma rodovia (que não tenha sido concedida a particular) contratam com o órgão da Administração indireta encarregado da operação daquela estrada o uso de um bem e a fruição de um serviço. Temos certo que esse ajuste dá-se por meio de um contrato de adesão não escrito. E, como aquele bem público (estrada) é aberto a todos que por ele queiram trafegar, incogitável seria exigir licitação para atribuir a alguém o uso que, de per si, seria universal.

Semelhante circunstância ocorre com a utilização de um leito em hospital público. Nesse caso, o cidadão enfermo usa de um bem público de forma exclusiva (ninguém compartilha um leito hospitalar com outrem de

²⁸ Também nesse sentido, é o escólio de Marçal JUSTEN FILHO: “É evidente, ademais, que a licitação somente adquire sentido quando a Administração Pública não puder optar por todas as alternativas, cumulativamente. A licitação é um procedimento destinado a fundamentar a decisão de escolha e de exclusão. O que caracteriza a licitação não é apenas escolher a proposta mais vantajosa, mas também rejeitar outras como não sendo adequadas e igualmente satisfatórias” (in *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 10. ed., São Paulo, Dialética, 2004, p. 269).



forma concomitante). E nem por isso temos o administrador do hospital fazendo realizar uma disputa para eleger o doente que será acolhido. O caráter de universalidade do atendimento à saúde afasta tão desatinada idéia.

Pois bem. **Resta claro que o princípio da licitação somente terá lugar se estiver em pauta a adjudicação de uma vantagem escassa. Ou seja, se for impossível atender a todos os interessados em firmar aquele tipo de ajuste, em condições prévia e isonomicamente fixadas.**

O princípio da licitação

somente terá lugar se

for impossível atender

a todos os interessados

em firmar aquele ajuste,

em condições prévia e

isonomicamente fixadas

Se, ao revés, estivermos diante de uma situação na qual todos os interessados puderem ser igualmente brindados com contratações semelhantes, será hipótese em que a competição é inviável e a licitação é inexigível, porquanto contrária ao interesse público.²⁹

Aliás, sabendo que um procedimento administrativo só pode ser adotado com vistas ao preenchimento das finalidades que lhe foram prescritas pela Lei, parece claro que fazer realizar procedimento ocioso (para dizer o mínimo, pois como vimos aqui licitar bem não escasso seria violar o interesse público, adjudicando a apenas um o que poderia ser outorgado a todos) implica incorrer em desvio de finalidade.³⁰

Resta claro, portanto, que estando caracterizada a desnecessidade de licitação – diante da possibilidade ou do interesse da Administração em outorgar a todos o cometimento, o bem ou o benefício – será o procedimento inexigível à luz do art. 25, *caput*, pois que inviável a competição.

²⁹ Cabe aqui, como se adrede fosse preparado, o ensino de Carlos Ari SUNDFELD: “Se a Administração pretende credenciar médicos ou hospitais privados para atendimento à população e se admite credenciar todos os que preencham os requisitos indispensáveis, não há de falar em licitação. É que o credenciamento não pressupõe qualquer disputa, que é desnecessária, pois todos os interessados aptos serão aproveitados” (in *Licitação e Contrato Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 1994, p. 42).

³⁰ Em trabalho anterior, chegamos a afirmar que “conforme as circunstâncias, a determinação de realização de licitação para outorgar direito de uso não exclusivo de bem não escasso poderia ser, inclusive, caracterizada como ato de improbidade à luz da conduta típica prevista no art. 11, inciso I da Lei 8.429 de 02.06.92. Tal dispositivo determina ser passível das draconianas sanções previstas na Lei de Improbidade a prática “de ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência”. Eis postos os riscos de não se ter a exata compreensão do instituto da licitação” (in “Utilização de Bem Público para Instalação de Redes Aplicadas à Prestação de Serviços de Telecomunicações”, *Revista dos Tribunais*, ano 88, junho de 1999, volume 764, p. 104).



IV | A GESTÃO DOS BENS PÚBLICOS

IV.1. A competência para a outorga do uso e fixação do seu preço

Como decorrência da autonomia conferida constitucionalmente às pessoas políticas, cabe-lhes a competência para exercer todas as atribuições relativas à gestão dos bens públicos de sua titularidade. Dentre essas atribuições está aquela de outorgar aos particulares o uso especial desses bens e de fixar o preço para a outorga onerosa. Compete, assim, em regra, aos Estados a outorga do uso especial de bens estatais, aos municípios o mesmo em relação aos bens municipais, e assim por diante.

IV.1.1. A desconcentração administrativa

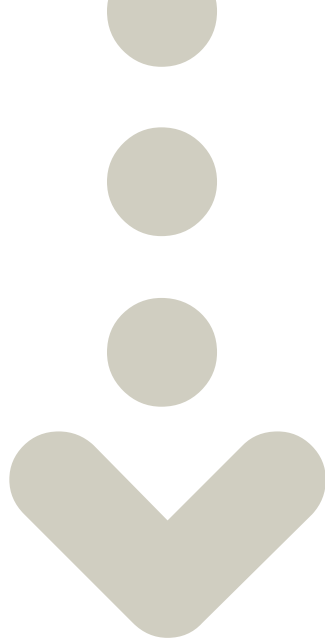
Em razão do grande número de atribuições que compete ao Poder Público, a atividade administrativa é normalmente distribuída entre diferentes órgãos que compõem a estrutura administrativa de uma mesma entidade. A tal fenômeno se denomina *desconcentração administrativa*. É o ato que promove a desconcentração que fixa e define os limites precisos da competência desses órgãos.

Esses órgãos são centros de competências destituídos de personalidade jurídica (sua atuação é imputada à entidade a que pertencem),³¹ que operam como verdadeiros instrumentos da atuação estatal. São exemplos de órgãos uma Secretaria de Estado (órgão estatal) ou um Ministério (órgão da União).

Os atos de desconcentração, em regra, estabelecem a competência de cada órgão para gerir os bens correspondentes ao desempenho de suas atribuições. Assim, poderá caber à Secretaria de Educação de um determinado ente federativo a gestão dos imóveis públicos em que estão instaladas as escolas e faculdades daquele Estado. Cada escola dessas poderá, igualmente, possuir um gestor incumbido dessas atribuições, por meio de outro ato de desconcentração.

Quando esse for o caso, caberá a esse órgão (que atua em nome da entidade política a que pertence, como o Estado-membro) exercer a gestão desses bens públicos, decidindo pela sua outorga aos particulares e sobre a fixação do preço, quando onerosa.

³¹ De acordo com o art. 1º, § 2º da lei n. 9.784/99, órgão é a “unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta”.



*Como toda a atividade
administrativa,
a definição do preço
público deverá
respeitar o dever
de proporcionalidade*

IV.1.2. O critério da definição do preço público

A questão da fixação do preço público para uso especial de um bem público pelo particular é bastante complicada. A atribuição de defini-lo, como já dissemos, é do titular do bem ou de quem, por ato de desconcentração administrativa, lhe faça as vezes. É óbvio, contudo, que tal atribuição deverá ser exercida dentro de certos parâmetros.

Duas considerações introdutórias se impõem. Em primeiro lugar, como toda a atividade administrativa, a definição do preço público deverá respeitar o dever de proporcionalidade. Não se admite a fixação de preços exorbitantes, de maneira a inviabilizar ou dificultar desnecessariamente o uso especial pelo particular interessado.

Depois, quando o bem público constituir a única alternativa para o desenvolvimento da atividade pretendida pelo particular, incidirão na hipótese as implicações do *princípio da modicidade*.

Também esse princípio deverá ser levado em consideração quando o interesse do particular corresponder à realização de uma atividade relevante ao bem comum, como ocorre, por exemplo, quando o uso especial de bem público se destina a viabilizar a prestação de um serviço de interesse público.

Assimiladas essas duas importantes observações iniciais, há dois critérios que podem ser utilizados para a fixação do preço para a outorga do uso de bem público.

O primeiro deles é o critério do *valor de mercado*. Significa a adoção do valor médio para a mesma espécie de bem no mercado. Por exemplo: pesquisa-se o valor da locação do metro quadrado na mesma região em que está localizado o bem cujo uso especial será outorgado e fixa-se o preço público em quantia semelhante, de acordo com a área em que se dará o uso do particular.

O segundo critério é o da cobrança de *valor ressarcitório*. Nesta hipótese, o preço corresponderá à depreciação ou desvalorização do bem (em razão de desgastes ou razões paisagísticas).



V | CONFIGURAÇÃO E ENFRENTAMENTO DO CASO CONCRETO

O parecer, até este ponto, constituiu-se em exposição teórica sobre bens públicos direcionada à resolução da problemática que nos foi trazida à apreciação. Até aqui, foi nosso objetivo estabelecer as bases e os fundamentos sobre as quais se sustentarão os argumentos a seguir relacionados.

Doravante, devemos nos reportar de modo específico ao caso que deu origem à presente consulta: a utilização de bens públicos para a instalação de estruturas necessárias à prestação do serviço de telefonia celular.

V.1. A espécie de uso pretendida pelas afiliadas da consulente

Como se vê, pretendem as afiliadas da consulente fazer uso *secundário* e *privativo* de bens públicos.

Trata-se de uso *secundário* porque não se trata de uso consentâneo com a afetação dos edifícios públicos (não há edifícios cuja finalidade pública seja a instalação de estrutura de telecomunicações). Para fazê-lo, as operadoras celulares utilizarão potencialidades *marginais* de tais edifícios.

O uso pretendido pelas afiliadas da consulente é privativo em razão de exigir título especial. Evidentemente, não podem as operadoras instalar antenas em edifícios públicos sem a prévia manifestação favorável da Administração Pública.

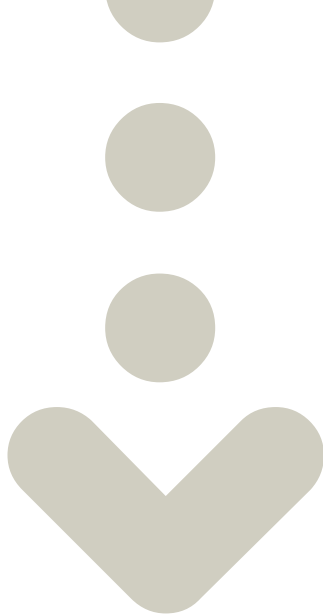
Por outro lado, o uso do terraço de uma repartição pública para a instalação de uma ERB não implica a sua desafetação ou alienação, nem lhe prejudica a finalidade primacial. Por essa razão, a sua outorga enquadra-se nos poderes gerais de gestão da Administração Pública, independentemente de lei autorizativa específica.³²

V.2. A forma de outorga adequada às peculiaridades do caso concreto

Tratando-se de uso *privativo* ou *especial*, exige-se prévia e específica manifestação da Administração Pública, conferindo à operadora de telefonia celular situação jurídica específica para usar e nos termos da qual pode usar o bem público. Como vimos, essa manifestação pode estar consubstanciada em diferentes institutos.

A fim de garantir a adequada prestação dos serviços de telefonia celular, é evidente que interessa aos usuários e às operadoras celulares que a outorga do uso de bens públicos se dê de forma permanente (não temporária) e segura (não precária). A precariedade na outorga é incompatível com os fins para os quais as

³² Nas palavras de Hely Lopes MEIRELLES, “os atos triviais de administração, ou seja, de utilização e conservação do patrimônio público, independem de autorização especial, ao passo que os de alienação, oneração e aquisição exigem, em regra, lei autorizadora e licitação para o contrato respectivo” (in *Direito administrativo brasileiro*, 29. ed., São Paulo, Malheiros, 2004, p. 493).



*Deve ser seguida a
prescrição legislativa de
utilizar a concessão de uso
para fins de instalação
de estrutura de
telecomunicações*

operadoras pretendem utilizar o bem público. Daí porque não são convenientes à espécie os institutos da *autorização de uso* ou da *permissão de uso*.

Para assegurar-lhes que o Poder Público não poderá, a qualquer tempo, revogar a outorga e prejudicar a prestação do serviço de telefonia, é recomendável que se estabeleça uma relação contratual, através dos institutos de *concessão de uso* ou *concessão do direito real de uso*.

Exatamente em razão dessas peculiaridades do uso pretendido pelas afiliadas da consulente e de suas necessidades é que a Lei Complementar distrital 388/01 prescreveu no seguinte no seu art. 8º:

“Art. 8º. São passíveis de ocupação por concessão de uso onerosa, nos termos e condições definidos nesta Lei Complementar e em sua regulamentação as seguintes áreas públicas:

IV – no nível do solo, em subsolo e em espaço aéreo para infraestrutura de energia elétrica, telecomunicações”

Já afirmamos em parecer anterior que a referida Lei Complementar possui diversos dispositivos flagrantemente inconstitucionais por vício de competência. No entanto, não se pode negar a competência distrital para dispor sobre a administração dos bens públicos de sua titularidade (cf., aliás, estabelece o art. 15, V, da Lei Orgânica do Distrito Federal).

Assim, deve ser seguida a prescrição legislativa, impondo-se a utilização da concessão de uso para fins de instalação de estrutura de telecomunicações.

V.3. A inexigibilidade de licitação

A concessão de direito de uso para instalação de equipamento de telefonia celular é hipótese de inexigibilidade de licitação. Trata-se de caso de inviabilidade de competição por atendimento universal dos interessados.

Isso por várias razões conjugadas, dentre as quais destacamos: (i) o pequeno tamanho do equipamento a ser instalado; (ii) o fato de que uma só torre comporta várias antenas; (iii) o pouco número de operadoras de telefonia de celular; (iv) a enorme quantidade de edifícios públicos; (v) o fato de que um mesmo terraço ou empena cega pode comportar algumas torres diferentes.

Ou seja, todas as operadoras de telefonia celular poderiam instalar suas estações em cada uma das torres instaladas, além de ser possível instalar torres em inúmeros edifícios. Assim, não há falar-se em escassez do bem, motivo pelo qual não há razão para promover um certame entre os interessados nele.

Dito de outro modo, a outorga de uso de bem público neste caso não corresponde a concessão de vantagem escassa, que só poder ser cometida a uma ou poucas empresas. Assim, por todos os motivos antes expostos, não há necessidade de prévio procedimento licitatório.

Tampouco se argumente que a violação à isonomia estaria no fato de que feriria o direito de empresários de outros ramos que não a telefonia celular. Primeiro porque não há tantas outras atividades de interesse público cuja realização demande a utilização de terraços de edifícios. Depois porque a possibilidade do Poder Público de escolher para qual fim será utilizado o terraço de um prédio seu é insindivível, por constituir faculdade inerente ao seu poder discricionário.³³ O que não se admite é o favorecimento injustificado a uma pessoa ou empresa isolada, em detrimento de outros que pudessem oferecer a *mesma* prestação que a Administração resolveu contratar.

Na prática, recomendamos, ainda, a adoção de duas medidas. Em primeiro lugar, o órgão ou ente público incumbido da gestão do bem deve observar as regras contidas no art. 26 da Lei 8.666/93. Por este dispositivo, faz-se mister que do processo administrativo que culminará com o reconhecimento da inexistência constem as justificativas para assim proceder e a caracterização da situação fática que lhe enseja.

Além disso, deve constar do contrato de concessão de uso a obrigação do concessionário de compartilhar o uso do bem cedido a preços razoáveis, de modo que outras operadoras de telefonia possam afixar as suas ERBs na torre instalada. Assim procedendo, será ainda menos procedente falar em violação à isonomia e necessidade de licitação.

V.4. A competência para a gestão do bem público

Acima já afirmamos que a competência para administrar os bens públicos é das pessoas públicas que os titularizam.

Por meio de atos de desconcentração, contudo, podem tais competências ser atribuídas a órgãos despersonalizados, como, por exemplo, a Secretaria de Educação do Distrito Federal ou a diretoria de cada escola pública. Quando esse for o caso, caberá a esse órgão (que atua em nome da entidade política a que pertence)

³³ Nada mais evidente. Se assim não fosse, a *toda e cada* contratação da Administração Pública, empresários de ramos não contemplados poderiam opor resistência argumentando que a Administração não deveria, por exemplo, adquirir tal coisa, mas aquela outra, que lhes é favorável (já que, afinal, o orçamento não permitirá contratações para cada setor da economia).

exercer a gestão desses bens públicos, decidindo pela sua outorga aos particulares e sobre a fixação do preço, quando onerosa.

Registramos, contudo, que não nos foram consignados documentos que permitam afirmar com segurança a existência ou não da competência dos diretores destas escolas ou hospitais para decidir pela concessão de seus próprios e definir-lhe o preço.

V.5. O critério para fixação do preço

Nas considerações teóricas anteriores, fizemos algumas observações a respeito das pautas que devem ser seguidas na fixação do preço da outorga onerosa do uso do bem público.

Cumpre adicionar que, no Distrito Federal, o Decreto nº 22.395/01 (que regulamenta a Lei Complementar nº 388/01) estabelece, nos seus arts. 29 a 31, critérios bastante objetivos para a fixação do preço público, os quais devem ser atentados pela Administração Pública.

Aproveitam, também aqui, as considerações anteriores a propósito da aplicabilidade da Lei Complementar nº 388/01. O fato de alguns dispositivos do decreto que a regulamenta serem inconstitucionais por vício de competência não prejudica a utilização de outros, não inquinados pelos mesmos vícios.

VI | RESPOSTA AOS QUESITOS OBJETIVOS

Concluído o presente parecer, passamos a responder os quesitos objetivos adrede formulados:

(i) Há necessidade de lei específica que autorize a outorga do direito de uso de bem público para instalação de Estações Rádio-Base?

Não. O uso do terraço de um edifício público não implica a sua desafetação ou alienação, nem lhe prejudica a finalidade primacial. Por essa razão, a sua outorga enquadra-se nos poderes gerais de gestão da Administração Pública, independentemente de lei autorizativa específica. Atente-se, contudo, que há, no Distrito Federal, lei autorizadora da concessão de uso de bens públicos para instalação de estrutura de telecomunicações (v. art. 8º da Lei Complementar 388/01).

(ii) A outorga do direito de uso de bem público para instalação de Estações Rádio-Base deverá ser precedida de licitação?



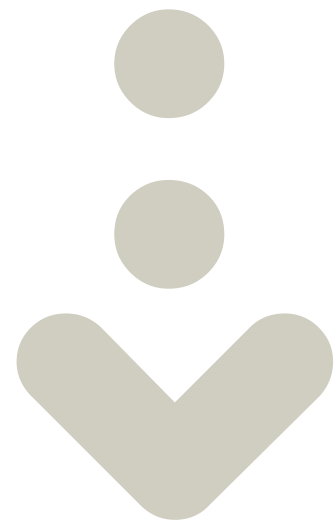
Não. A concessão de direito de uso, em regra, requer prévia licitação, conforme afirmado acima. Contudo, no caso específico da instalação de Estações Rádio-Base, há inexigibilidade de licitação por atendimento universal dos interessados. Tendo em vista (i) o pequeno tamanho do aparelho a ser instalado; (ii) o fato de que uma só torre comporta vários deles; (iii) o pouco número de operadoras de telefonia de celular; (iv) a enorme quantidade de edifícios públicos; e (v) pelo fato de que um mesmo terraço pode comportar algumas torres diferentes, não há escassez do bem cujo uso se concede, motivo pelo qual não há razão para promover um certame entre as operadoras celulares.

(iii) Qual é o instrumento que o Poder Público deve utilizar para outorgar às operadoras de telefonia celular o direito de uso especial de um bem público para fins de instalação de Estações Rádio-Base?

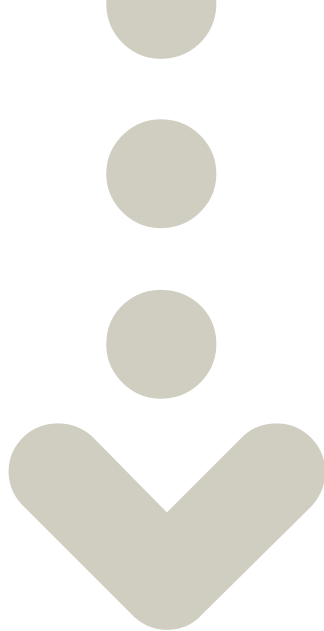
A outorga ao particular da faculdade de usar um bem público pode estar consubstanciada em diferentes atos administrativos (tais como autorização de uso, permissão de uso, concessão de direito real de uso, concessão de uso), os quais se distinguem entre si pelas características do uso que facultam. As peculiaridades inerentes à pretensão das afiliadas da consulente (instalação de estrutura de telecomunicações) indicam a necessidade de utilização de um instrumento não precário, tais como a concessão de uso e a concessão de direito real de uso, que possuem natureza contratual. No caso específico do Distrito Federal, a Lei Complementar nº 388/01 estabelece que a ocupação de áreas públicas para instalação de infra-estrutura de telecomunicações se dará através de *concessão de uso onerosa* (art. 8º, IV).

(iv) No caso de uso de escolas públicas, a outorga do direito das áreas públicas poderá ser dada pelos próprios diretores destas entidades?

Depende. Como foi visto acima, as competências relativas à gestão do bem competem, em regra, à pessoa política que os titulariza (como parte da autonomia que lhes foi constitucionalmente atribuída). Através da desconcentração administrativa, no entanto, pode ser atribuídos aos diretores de órgãos à competência para gerir bens específicos. Assim, se houver (e apenas se houver) diploma normativo de desconcentração que atribua aos diretores da escola pública os poderes de gestão



No Distrito Federal, lei complementar estabelece que a ocupação de áreas públicas para instalação de infra-estrutura de telecomunicações se dará por meio de concessão de uso onerosa



*A oneração
desnecessária das
operadoras conduz à
oneração dos próprios
usuários ou à perda de
qualidade do serviço*

dos bens respectivos, a negociação da outorga poderá ser feita diretamente perante eles.

(v) Quais os critérios que devem ser utilizados pelo Poder Público para definição do preço cobrado para a outorga onerosa do direito de uso?

De modo geral, pode-se afirmar que a autoridade administrativa responsável pela definição do preço cobrado para a outorga onerosa do direito de uso de bem público poderá utilizar o critério do *valor de mercado* ou o critério do *valor resarcitório*, tal como exposto acima. Afora isso, a autoridade deverá atentar para o dever de proporcionalidade que informa todos os atos administrativos e para o princípio da modicidade, em razão de que a utilização de bem público, nesse caso específico, tem em vista a prestação de um serviço de bastante relevância pública (a telefonia celular). A oneração desnecessária das operadoras conduz à oneração dos próprios usuários ou à perda de qualidade do serviço.

Atente-se que, no caso específico do Distrito Federal, o Decreto nº 22.395/01 (que regulamenta a Lei Complementar nº 388/01) estabelece, nos seus arts. 29 a 31, critérios bastante objetivos para a fixação do preço público, os quais devem ser seguidos pela Administração Pública desse ente federativo.

(vi) A quem devem ser pagos os valores referentes aos preços públicos para a outorga onerosa do direito de uso?

Tratando-se de outorga onerosa de *bem público*, o pagamento do preço que lhe corresponde deverá seguir as normas e o regime de direito público. Os valores, portanto, deverão ser depositados na Conta do Tesouro, a menos que haja autorização *legal* para que o pagamento seja feito a outra entidade, como, por exemplo, a Associação de Pais e Mestres. Tal autorização há no art. 2º, § 4º lei distrital 1.951/98, mas essa lei trata especificamente da outorga de uso de área de escolas da rede pública para cantinas ou lanchonetes, não sendo aplicável na outorga para instalação de estrutura de telecomunicações.

(vii) A operadora celular que pretender instalar uma Estação Rádio-Base em torre já instalada por outra operadora em um bem público precisará obter igualmente outorga do direito de uso?

Não. Se aquela área pública específica já foi concedida para o uso de uma operadora de telefonia celular, outra empresa que pretenda instalar ERBs na mesma localidade deve tratar diretamente com

a primeira, pagando-lhe o justo valor correspondente. Essa primeira empresa obteve o direito sobre todo aquele espaço, não cabendo à Administração outorgar novos direitos sobre a mesma área, nem cobrar novos valores sobre áreas já concedidas onerosamente.

É recomendável, contudo, que a empresa que obteve a outorga do direito de uso comunique ao Poder Público o eventual compartilhamento da torre de telefonia celular com outras operadoras e a instalação de novas ERBs naquele espaço. No caso de transferência da concessão, a expressa anuência do poder concedente é exigência legal (art. 5º, § 6º da Lei complementar distrital nº 388/01).

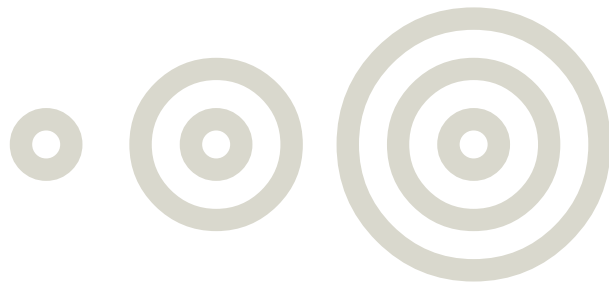
É este o nosso parecer.

São Paulo, 14 de junho de 2005.

Floriano de Azevedo Marques Neto

PROFESSOR DOUTOR DE DIREITO ADMINISTRATIVO DA
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

***PARTE II | SOBRE A NECESSIDADE DE
AUTORIZAÇÃO DO PODER
PÚBLICO***



I | A CONSULTA

Consulta-nos a **Associação Nacional das Operadoras Celulares (ACEL)** a respeito de polêmica que envolve a utilização de áreas privadas para a instalação de estruturas necessárias ao oferecimento do serviço de telefonia celular, as chamadas Estações Rádio-Base (ERB).

Informa a consulente que, diante da existência de diversos processos de autorização para implantação de estações de telecomunicações em áreas privadas, a Secretaria de Coordenação das Administrações Regionais (SUCAR) formulou consulta à Procuradoria-Geral do Distrito Federal (processo nº 020.000.032/2002).

Na consulta, expõe a SUCAR que a Lei Complementar Distrital nº 388/01 e o Decreto Distrital nº 22.395/01 disciplinam a implantação e o funcionamento das estruturas de telecomunicações apenas em áreas públicas. Assim, questiona se seria possível proceder ao licenciamento das obras em áreas privadas, em virtude da inexistência de lei específica a regulamentá-las, ou, ainda, se seria possível conceder um licenciamento provisório, até que se promova a elaboração desse diploma legal específico.

Em resposta, a Procuradoria-Geral do Distrito Federal aprovou, em 27/08/2003, o parecer de nº 090/2002 – PROMAI, da lavra da Procuradora Izabela Frota Melo, no qual restou consignado o posicionamento que a seguir se resume.

Com fundamento no *princípio da legalidade*, sustenta a ilustre Procuradora que “*não é possível autorizar, mesmo que em caráter provisório, a instalação de antenas ou qualquer equipamento congênere de telecomunicações em área privada, pelo fato de não existir lei no ordenamento jurídico que preveja tal atuação administrativa*” (fl. 29). Observa que a Lei Complementar nº 388/01 e o Decreto nº 22.395/01 referem-se apenas à utilização de áreas públicas para a instalação dos equipamentos.

Fundamentando o seu parecer, ainda, no *princípio da precaução*, assevera a eminente Procuradora que “*a instalação da infra-estrutura para telecomunicações demanda a análise de uma série de fatores técnico-científicos, pertinentes à interferência das radiações ou ondas eletromagnéticas na saúde do homem e à sua influência nos aspectos urbanísticos e ambientais*” (fl. 31). Entende que toda atividade a ser licenciada “*deve ser cercada de todos os cuidados oriundos da sua própria natureza, com pronunciamento dos experts e adoção das medidas de segurança inexoravelmente necessárias ao desenvolvimento da atividade sem maiores impactos ao homem e ao meio em que vive, posto que os prejuízos sentidos a posteriori são, em regra, de difícil reparação*” (fl. 31).

Com base nessas razões, a conclusão do parecer é pela impossibilidade de serem instaladas ERBs em áreas privadas, bem como pela irregularidade daquelas que aí já estejam instaladas, até que isso venha a ser possibilitado pela edição de legislação específica.

O parecer acima sumariado foi adotado pela SUCAR, que o publicou através da Circular nº 177/2003. Com base nesse documento, o Tribunal de Contas do Distrito Federal tem instado diversas regiões administrativas distritais a seguir a sua orientação, inclusive com a remoção das estações de telecomunicações que estejam instaladas em áreas privadas.

Diante desse estado de coisas, a consulente questiona se a tese de impossibilidade de instalação por falta de lei que a regule condiz com o princípio da livre iniciativa e com os demais ditames constitucionais a respeito do exercício de atividade econômica e do direito de propriedade ou se, ao contrário, os vilipendia. Pergunta, ainda, se é legítima a atuação da Administração Pública de restringir a atuação dos particulares à falta de lei que lhe confira essa atribuição.

A consulente informa que suas afiliadas, na qualidade de prestadoras de serviços de telecomunicações, sempre obedeceram, quando da instalação das referidas estações, todas as normas vigentes e pertinentes, tais como as prescrições da Lei Federal nº 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações), a regulamentação expedida pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e a regulamentação genérica distrital a respeito das construções civis, relativas a aspectos de urbanismo e engenharia civil.

No seu entender, tendo sido respeitados os limites impostos pela normatização efetivamente existente, a atuação dos particulares é livre e independente de lei específica que a fundamente.

Nesse sentido, a consulente solicita que seja abordada a questão geral da disciplina jurídica do exercício de atividade econômica e de sua limitação por parte do poder público, bem como a matéria relativa à ordenação administrativa da vida privada e do direito de propriedade. Sendo possível, ainda, que a este parecer sobrevenha legislação distrital a respeito da matéria, assim como para possibilitar a sua utilização em outras entidades federativas nas quais suas afiliadas se deparem com problemas semelhantes ao que hoje ocorre no Distrito Federal, pede-se que o tema seja atacado de forma teórica, com expressa alusão aos limites de uma regulamentação superveniente a respeito, especificamente, da vedação à instalação de ERBs em bens privados. Isto não implicará, no entanto, a omissão de uma análise específica do caso distrital.

Enfim, é possível exprimir a consulta por meio dos seguintes quesitos objetivos:

- (i) Do ponto de vista da atuação do Poder Público, é possível licenciar (ainda que a título provisório) a implantação e funcionamento de estações de telecomunicações em áreas privadas, na ausência de lei que regule a matéria?
- (ii) Do ponto de vista da atuação e do exercício de atividade econômica por parte das operadoras de telefonia móvel, é necessário obter licenciamento específico para a implantação e funcionamento de estações de telecomunicações em áreas privadas?



(iii) A lei complementar distrital nº 388/01 e o Decreto nº 22.395/01 vedam a instalação e o funcionamento de Estações Rádio-Base em áreas privadas?

(iv) Que limites devem ser observados por atos normativos regionais (de Estados, do Distrito Federal ou de Municípios) no que se refere à regulamentação da instalação e funcionamento das estações transmissoras de radiocomunicação nas áreas privadas?

Assim expostos os quesitos objetivos, passamos a respondê-los.

II | A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA ORDENADORA DA VIDA PRIVADA

II.1. Considerações introdutórias

O enfrentamento da problemática relatada na consulta demanda considerações teóricas introdutórias bastante mezinhas, mas absolutamente fundamentais, a respeito da legitimidade do exercício do chamado “poder de polícia”.

Numa aproximação preliminar, a expressão reúne as atividades estatais de disciplina da autonomia privada, mediante a precisão dos contornos jurídicos dos direitos de liberdade e propriedade por parte do Poder Público.¹ A questão que deve ser resolvida nesta parte inicial é a seguinte: em qual medida pode o Estado atuar na regulação da vida privada, interferindo na aquisição, exercício e extinção de direitos?

Para cumprir esse fim, parece-nos conveniente iniciar com uma rápida incursão histórica, apresentando, em breves linhas, a evolução do conceito de “poder de polícia”. Isso será importante para compreender as razões de sua superação e de sua incompatibilidade com o contexto jurídico atual.² Trata-se de noção ainda deveras impregnada de características autoritárias, como a consagrar uma atribuição estatal (“poder”) diferenciada das demais e dissociada da lei.

¹ A lição clássica é a de que o poder de polícia é atribuição à Administração para “limitar e condicionar” os direitos privados. Rigorosamente, contudo, não se *limitam* os direitos, dá-se-lhes os contornos exatos, já que suas expressões jurídicas só se têm após esses condicionamentos. Nesse sentido, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO afirma que: “*não há limitações administrativas ao direito de liberdade e ao direito de propriedade — é a brilhante observação de Alessi — uma vez que estas simplesmente integram o desenho do próprio perfil do direito. São elas, na verdade, a fisionomia normativa dele. Há, isto sim, limitações à liberdade e à propriedade*” (in *Curso de direito administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 693).

² Nesse mesmo sentido, Agustín GORDILLO argumenta que: “*En el caso de la noción de poder de policía, será necesario remontarnos a sus orígenes históricos, primero, para luego ver evolutivamente cómo sus supuestos caracteres han ido desapareciendo uno a uno a través del tiempo, hasta llegar a la nada en el presente*” (in *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Macchi, 1991, p. XII-3).

A noção de poder de polícia está impregnada de características autoritárias, como se estivesse dissociada da lei

II.2. Escorço histórico da noção de “Poder de Polícia”

A noção de “poder de polícia” tem fundamento em concepções jurídicas muito antigas³, mas ganhou especial relevo a partir do final da Idade Média, durante o período absolutista. Falava-se, então, em “Estado-Polícia” para designar as atribuições estatais ilimitadas de autoridade e controle da sociedade, através de ordenação e coação. Ainda a atuação estatal não conhecia limites: *the king can do no wrong*, eis a expressão que melhor traduz a concepção absolutista.

Tem-se, contudo, drástica alteração desse panorama com a implantação do Estado de Direito. De um lado, instaura-se a supremacia da lei, donde também a Administração a ela se submete. A atuação estatal passa a ser condicionada por lei, sendo necessariamente *secundum legem*.⁴ Em suma, a partir do Estado de Direito, os cidadãos se submetem ao chamado governo das leis (*government by law*).

De outro lado, os particulares passam a titularizar direitos oponíveis ao próprio Estado, que deve respeitá-los. São os direitos subjetivos públicos, dentre os quais a propriedade e a liberdade. Como consequência, a limitação e o condicionamento de direito passa a depender de previsão legal. Perde-se a autonomia antes característica do poder de polícia. Não mais se admitem restrições abstratamente fundadas na preservação da “boa ordem da coisa pública”, por uma razão bastante simples: num Estado de Direito, esta boa ordem só pode consistir na ordem estabelecida pelas normas legais.

De acordo com a lição de Agustín Gordillo: “para saber si una determinada limitación que el Estado pretende imponer a un derecho es o no válida, no podremos invocar simplemente el ‘poder de policía’ como si estuviéramos en los tiempos del Estado absoluto: debemos buscar el concreto fundamento normativo de la restricción y a él solo podremos encontrarlo en el juego de las normas constitucionales y legales de nuestro sistema”.⁵

A legalidade, aliás, atua como garantia da liberdade. Primeiro porque opera como um fator de equilíbrio nos conflitos entre direitos individuais superiormente protegidos nas constituições⁶; depois, porque toda ação administrativa que force um cidadão a suportar o que a lei não permite não é apenas uma ação ilegal, é também uma agressão à sua liberdade.⁷

³ A doutrina registra que já na Antiguidade o termo era usado, embora para referir-se, indiscriminadamente, a todas as atividades estatais (cf. Georges VEDEL e Pierre DELVOLVÉ, *Droit administratif*, Paris, PUF, 1992, p. 677).

⁴ De acordo com Renato ALESSI, “la funzione amministrativa è subordinata alla funzione legislativa. Tale subordinazione va intesa anzitutto in senso negativo: vale a dire nel senso che l’attività amministrativa trova un limite formalmente insuperabile nella legge (...), in senso positivo: (...) l’amministrazione, particolarmente per quanto concerne l’attività di carattere giuridico, può fare soltanto ciò che la legge consente” (in *Sistema istituzionale del diritto amministrativo*. 3. ed. Milano, Giuffrè, 1960, p. 8).

⁵ Agustín GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, Buenos Aires, Macchi, 1991, p. XII-18.

⁶ É a lição clássica do Barão de MONTESQUIEU: “la liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent; et si un citoyen pouvoir faire ce qu’elles défendent, il n’auroit plus de liberté parce que les autres auroient tout de même ce pouvoir” (in *De l’esprit des lois*, Paris, Garnier, s.d, p. 151).

⁷ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1988, v. 2, p. 48. É a expressão clara do art. 5º da Declaração dos Direitos do Homem, de 1793: “tudo o que não está proibido pela lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser obrigado a fazer o que ela não ordene”.



Veja-se que, na concepção liberal clássica, o poder de polícia é simples processo de contenção de excessos de individualismos.⁸ Nesta acepção, o Estado atua na vida privada estritamente para garantir a liberdade dos particulares — daí porque não lhe é permitido impor mais do que deveres de abstenção. E tal imposição só poderá ser efetivada se autorizada pela lei.



11.3. A evolução do Estado de Direito

Outras mudanças decorrem da evolução do Estado de Direito liberal clássico para o Estado de Direito Democrático e Social característico do século XX. De uma parte, da incorporação desse aspecto constitucional democrático, emanam limites materiais à própria atuação legislativa. Nem toda restrição estatal, *porque prevista e fundamentada em lei*, é juridicamente válida.

Tratando-se a liberdade de um valor jurídico, sua limitação só é aceitável quando se destine à consecução de interesse público real, importante e claramente identificado e, mais, quando tenha sido feita na exata medida para que este fim seja atingido. Eis aí a tradução do *princípio jurídico da mínima intervenção estatal na vida privada*.⁹

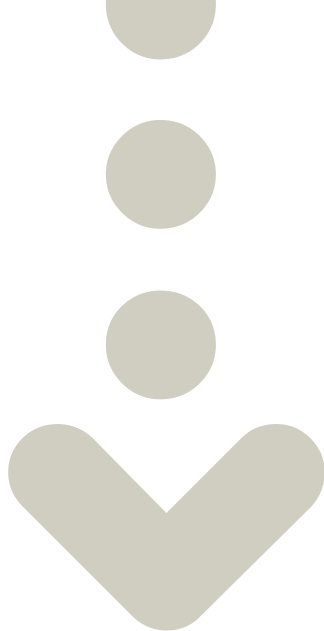
Não se admitem restrições inapropriadas. Impõe-se a proporcionalidade da medida restritiva, que se desdobra na exigência de três propriedades.

Em primeiro lugar, a restrição deve ser *adequada*. A adequação é um juízo a respeito da conformidade dos meios escolhidos para o fim desejado. Em outras palavras, a medida é adequada quando possui aptidão para a prossecução dos fins nela invocados. A inadequação é característica dos meios que não produzem o resultado esperado.

*Nem toda
restrição estatal,
porque prevista e
fundamentada em lei,
é juridicamente válida*

⁸ Caio TÁCITO, “Poder de polícia e polícia do poder”, RDA 162/2.

⁹ “O poder de polícia compreende a utilização da força e a estruturação de um aparato estatal destinado à coerção dos particulares. Propicia a intervenção estatal na órbita individual e no âmbito subjetivo. Trata-se de limitar o exercício de liberdades, o que propicia uma atividade estatal dotada de grande potencial antidemocrático. Por isso, o poder de polícia se encontra sujeito aos princípios constitucionais e legais disciplinadores da democracia republicana. Não se admite que as competências de poder de polícia administrativa sejam utilizadas de modo antidemocrático. É indispensável condicionar a atividade de poder de polícia à produção concreta e efetiva da realização de direitos fundamentais e da democracia” (in Marçal JUSTEN FILHO, *Curso de direito administrativo*, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 386). Em se tratando de limitação estatal a liberdades públicas, a preocupação é justificável. De acordo com Georges VEDEL e Pierre DELVOLVÉ: “si l’on ne peu évidemment pas dire qu’à chaque menace à l’ordre public, appréciée concrètement, correspond une mesure de police donnée qui serait seule légale à l’exclusion de toutes autres, il ne demeure pas moins que le juge de l’excès de pouvoir, suivi d’ailleurs par la chambre criminelle de la Cour de Cassation, vérifie non seulement que la mesure est nécessaire, mais encore qu’elle est adaptée aux besoins de l’ordre public ou, en d’autres termes, qu’elle est proportionnée à ceux-ci.” E mais adiante: “Les réglementations doivent être limitées à ce qui est nécessaire pour obtenir le résultat d’ordre public et ne pas aller au-delà” (in *Droit administratif*, Paris, PUF, 1992, p. 706).



*O problema não é
que a noção
de poder de polícia
já não tem conteúdo,
mas que possui
conteúdo incerto*

Em segundo lugar, a restrição deve ser *necessária*. Isso significa que o meio escolhido para o atingimento do fim desejado é aquele que resulta na menor violação de direitos. A necessidade é a propriedade da restrição que indica ter sido ela imposta na exata medida daquilo que era exigido para a produção do resultado esperado. Uma medida desnecessária é uma medida excessiva, que violou mais profundamente os direitos de terceiros do que seria exigível para a realização do fim.

Por fim, a restrição deve ser *proporcional em sentido estrito*. Com essa exigência se pretende que as vantagens sociais decorrentes do ato devem superar as desvantagens dele decorrentes. Nesse sentido, uma medida pode estar apta a realizar os fins desejados com a menor violação de direitos possível, mas ser, ainda assim, inconstitucional, porque a restrição operada supera em relevância o resultado a ser obtido.

De outra parte, a incorporação do aspecto social, revelador de um Estado interventor e promocional, que supera o “Estado Mínimo”, implica a derrocada da idéia de que a ordenação da vida privada dependeria apenas da estatuição de deveres de abstenção aos particulares.¹⁰ Abandona-se francamente a concepção liberal rígida, em que a disciplina estatal da autonomia privada só se justifica em casos extremos, e passa-se a aceitar uma considerável amplitude de fins do Estado que legitimam a sua ação.

Por todas essas razões, já não se justifica a manutenção do signo “poder de polícia”, vez que (i) o termo remete a poder de regulação *autônoma* da atividade privada de que a Administração não mais dispõe; (ii) está ligada ao modelo do Estado liberal clássico, que só devia impor deveres de abstenção aos particulares (nunca lhes devia impor *positivamente* condutas); (iii) supõe existência de poder discricionário implícito para interferir na vida privada.¹¹

II.4. A proposta de superação: a administração ordenadora

Vê-se que o problema não é que a noção de poder de polícia já não tem qualquer conteúdo, mas que possui conteúdo extremamente incerto.¹² De um lado, remanescem aspectos já indesejados de autoridade autônoma. De

¹⁰ Veja-se, por exemplo, a imposição de construção de saídas de emergência em prédios públicos.

¹¹ Cf. Carlos Ari SUNDFELD, *Direito administrativo ordenador*, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 17.

¹² “La noción de poder de policía, pues, es innecesaria, y además perjudicial porque da lugar a una serie de dificultades para su comprensión y aplicación, precisamente por su misma ambigüedad e indefinición” (in Agustín GORDILLO in *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, Buenos Aires, Macchi, 1991, p. XII-18).



outro lado, dificulta-se a incorporação de outros aspectos cuja relevância os faz imprescindíveis na compreensão atual da atividade de ordenação estatal da vida privada. Dessas inclusões e exclusões simultâneas é que resulta a absoluta fluidez do conceito e, por isso mesmo, a inconveniência de sua permanência na ciência jurídica. Nada além da inércia, da comodidade e da ortodoxia a justifica.

A solução mais plausível parece ser a de enquadrar as competências administrativas que a noção encerra em um dos setores da ação administrativa, compreendendo-o, assim, como uma específica função administrativa. Na proposta de Carlos Ari Sunfeld, trata-se de conceber a chamada “Administração Ordenadora”, que traduziria “*parcela da função administrativa, desenvolvida com o uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo de atividades que lhes é próprio*”.¹³

Sobre servir a fins didáticos de sistematização da atividade administrativa, a identificação dessas funções diversas permite a assimilação das correspondentes características. A cada uma delas ligam-se peculiaridades que justificam a divisão. Em última análise, isso contribui para o controle de sua legitimidade e legalidade.

Anote-se, a propósito, que a exigência de atuação fulcrada no princípio da legalidade é ainda mais rígida na administração ordenadora, por duas razões principais.

Em primeiro lugar, porque implica intervenção na autonomia privada e, portanto, restrição de direitos e liberdades, havendo maior risco de graves violações por abuso de poder.¹⁴ Em segundo lugar, porque, encerrando poderes genéricos frente a particulares, a Administração “*só os exercerá se previstos em lei, como previstos e através dos instrumentos expressamente conferidos*”.¹⁵ Ao contrário, numa relação específica com algum particular (um servidor público ou concessionário de serviço público, por exemplo) concebe-se mais facilmente que a Administração possua poderes de mando e fiscalização independentemente de previsão legal *expressa*.

¹³ Cf. Carlos Ari SUNDFELD, *Direito administrativo ordenador*, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 16. O professor da PUC-SP entende que ao lado da função administrativa ordenadora, perfilham-se a *administração de gestão* e a *administração fomentadora*. O que distingue a administração ordenadora da administração fomentadora é o exercício da autoridade; e o que a dissocia da administração de gestão é a atuação em atividade própria da vida privada.

¹⁴ Nesse sentido, Georges VEDEL e Pierre DELVOLLÉ chamam atenção aos “aspectos particulares da legalidade nas medidas de polícia” (in *Droit administratif*, Paris, PUF, 1992, p. 699-700).

¹⁵ Carlos Ari SUNDFELD, *Direito administrativo ordenador*, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 25.

III | A ADMINISTRAÇÃO ORDENADORA BRASILEIRA

III.1. A disciplina constitucional da liberdade e da livre-iniciativa

A análise do ordenamento jurídico brasileiro revela os limites que, entre nós, possui a função administrativa ordenadora – extraindo, portanto, as restrições a que a Administração possa, por exemplo, exigir licenciamento para o desenvolvimento de uma atividade ou estabelecer restrições ao exercício de direitos privados.

De início, deverão ser observadas as pautas constitucionais. Nesse sentido, para comprovar a aplicação das considerações tecidas anteriormente, seria já bastante constatar que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático e Social de Direito, de acordo com as solenes enunciações do preâmbulo e do art. 1º da Constituição Federal. Assim, toda atuação administrativa deve encontrar amparo direto na lei (cf. art. 37, *caput*, CF).

Por isso mesmo, cabe exclusivamente à lei estabelecer deveres e restrições à liberdade. É a expressão do art. 5º, II, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. A Administração, portanto, não poderá pretender limitar a atuação dos particulares quando para tal não tenha sido expressamente autorizada pela lei.

Na seara econômica, essa determinação conduz ao princípio da livre-iniciativa, consagrado como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV) e da Ordem Econômica (art. 170). Para alguns, trata-se de direito fundamental de lançar-se à atividade econômica sem encontrar peias ou restrições do Estado.¹⁶

A liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato.¹⁷ Traduz-se na prerrogativa que tem o indivíduo de empreender, organizando livremente o capital, a propriedade e o trabalho para obter proveito econômico.

Consoante o parágrafo único do art. 170 da Lei Fundamental, “**é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei**”. Não poderia o texto constitucional ter sido mais claro. Tem-se evidente que só a lei pode restringir a liberdade de atuação dos particulares.

¹⁶ Assim, por exemplo, Celso Ribeiro BASTOS, *Curso de direito econômico*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004, p. 115. Também nesse sentido, Manuel Afonso VAZ preleciona: “*Todavia, e no entanto, o direito à iniciativa econômica privada é, a nosso ver, ainda um direito fundamental de natureza análoga aos direitos ‘de liberdade’ quando pretenda defender um âmbito de afirmação e realização autônoma do indivíduo enquanto tal*” (in *Direito econômico e ordem econômica portuguesa*. Coimbra, Coimbra, 1984, p. 87).

¹⁷ José Afonso da SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, 18. ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 767.





Resulta daí que, a princípio, há plena liberdade de atuação. O exercício de atividade econômica não depende de lei que o fundamente; depende apenas de que lei não o proíba. Em outras palavras, numa situação de vazio normativo a propósito de uma determinada atividade, é assegurado o seu exercício.

A ausência de norma legal implica a autorização indireta para a livre atuação dos particulares. A lei é, por assim dizer, um requisito negativo e não positivo da atuação econômica: ela não concede a liberdade de exercício de atividade econômica, a qual decorre diretamente do texto constitucional, limita-a, apenas.

Dito de outro modo, é possível identificar funções *positivas* e *negativas* na previsão constitucional da livre-iniciativa.¹⁸ Como função positiva, o dispositivo constitucional traduz garantia de liberdade a qualquer cidadão no âmbito econômico, como regra; como função negativa, constitui impedimento de restrição estatal não prevista em lei.

O exercício de atividade econômica não depende de lei que o fundamente, depende apenas de que lei não o proíba

III.2. A proporcionalidade das medidas restritivas

É preciso ir mais além. Ainda quando prevista em lei, nem toda restrição será juridicamente válida. Como decorrência direta do Estado de Direito (art. 1º, CF/88) e do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88), proíbe-se o exercício arbitrário do poder. Toda limitação à liberdade, nesse passo, deverá estar ligada a uma finalidade pública determinada. Não se admitem constrangimentos que a ela não se vinculem ou que a ela apenas abstratamente se refiram.

A Administração tem o dever de respeitar os direitos privados dos cidadãos. Somente poderá limitá-los quando tal se apresente como absolutamente necessário para a persecução de uma finalidade pública *real e concreta*. E quando o fizer, deverá assegurar que o faz na exata medida apta à realização daquele fim. Trata-se de imposição dos princípios da proporcionalidade e da mínima restrição estatal da vida privada.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, *“mormente no caso da utilização de meios coativos, que, bem por isso, interferem energicamente com a liberdade individual, é preciso que a Administração se comporte com extrema cautela nunca se servindo de meios mais enérgicos que os necessários à obtenção do resultado pretendido pela lei, sob pena de vício jurídico que acarretará responsabilidade da Administração. Importa que haja proporcionalidade entre a medida adotada e a finalidade legal a ser atingida. (...) Toda coação que exceda ao estritamente necessário à obtenção do efeito jurídico licitamente desejado pelo Poder Público é injurídica”*.¹⁹

¹⁸ André Ramos TAVARES, *Direito Constitucional Econômico*, São Paulo, Método, 2003, p. 248.

¹⁹ Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *“Apontamentos sobre o poder de polícia”*, RDP 9/57.

Vê-se, assim, que os atos administrativos de restrição da liberdade dos particulares — e mesmo as leis que os fundamentam — possuem barreiras no princípio constitucional da proporcionalidade.

III.3. A discriminação das competências federativas

Outro aspecto fundamental a respeito da legitimidade da atuação administrativa ordenadora é a discriminação das competências federativas. Não cabe a todo e qualquer ente federativo legislar ou atuar administrativamente em qualquer aspecto da vida privada. Por razões políticas de conveniência, a Constituição Federal discriminou previamente as competências de cada um deles.

O problema que se coloca é o de saber quais os campos em que incidirá a atuação administrativa de cada qual. Como critério fundamental, procede o dizer-se que é competente quem pode legislar sobre a matéria.

Sobre o aspecto da competência, não cabem maiores digressões neste presente estudo, uma vez ter sido esse tema objeto de parecer anterior específico e exaustivo. Aqui, é necessário apenas afirmar que as mesmas limitações ao poder de ingerência legislativa de cada ente federativo também se apresenta na esfera de atuação administrativa. Disso resultarão importantes conseqüências.

IV | AS TÉCNICAS DE ORDENAÇÃO DA VIDA PRIVADA

IV.1. Considerações Introdutórias

Aclarados o conceito e a disciplina da função administrativa ordenadora no Brasil, o objetivo agora é examinar as formas mediante as quais se dá essa ordenação administrativa da vida privada. São elas:²⁰ (i) a criação, por ato administrativo, de situação jurídica ativa típica da vida privada; (ii) o condicionamento administrativo do exercício de direitos privados; (iii) o sacrifício de direitos.

Para os fins do presente estudo, nossa atenção estará voltada tão somente aos dois primeiros desses grupos, já que os fatos que nos vieram à apreciação não contemplam questões relativas ao sacrifício de direitos.

A importância do estudo da criação de situação jurídica ativa por ato administrativo está no fato de que nessa forma de ordenação da vida privada se inclui o licenciamento, figura central da problemática relatada na consulta. Já a relevância do estudo do condicionamento administrativo

²⁰ Adotamos, aqui, mais uma vez, a sistematização proposta em Carlos Ari SUNDFELD, *Direito administrativo ordenador*, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 26-27.



de direitos está ligada à possibilidade de vedar-se a implantação e o funcionamento de ERBs em bens privados através da limitação da livre-iniciativa das operadoras de telefonia celular ou do proprietário do bem privado de alugá-lo àquela empresa.

O conhecimento da forma mediante a qual essas possibilidades podem se dar licitamente permitirá a análise da regularidade da conduta da Administração Pública no caso em exame.

IV.2. A criação de situação jurídica ativa por ato administrativo

A primeira dessas técnicas de ordenação da vida privada é aquela que se dá a partir da constituição de direitos privados por ato administrativo²¹. São exemplos a atribuição de *status* jurídico e o direito de realizar atividade restrita a determinado número de pessoas ou em geral proibida. Essa técnica pressupõe, portanto, a anterior restrição, por lei, do direito do particular a realizar uma atividade ou uma prévia constrição legal ao exercício de um direito.

Nesse último caso, que é o que nos interessa em específico, atribui-se ao particular o poder de realizar ações que de outro modo seriam vedadas. Veja-se que, nesse caso, **a atuação administrativa consiste precisamente no levantamento de proibições legais**, investindo o particular em situação ativa, permitindo-lhe atuar em atividade própria da vida privada sem perturbação estatal ou de terceiros.²²

O conteúdo da ordenação da vida privada, no caso, está no fato de que o direito em questão não é atribuído a todos indiscriminadamente. Bem ao contrário, por força da vedação legal, a regra é a proibição de agir. A lei, então, estabelece os requisitos que devem ser preenchidos para afastar esta proibição, incumbindo à Administração Pública a atribuição de certificar o preenchimento desses requisitos, para levantar a proibição legal.

Enquadram-se nesta categoria de atos administrativos a *licença* e a *autorização*, que se dissociam, de acordo com a lição clássica, em razão do grau de discricionariedade detido pela Administração na expedição do ato.

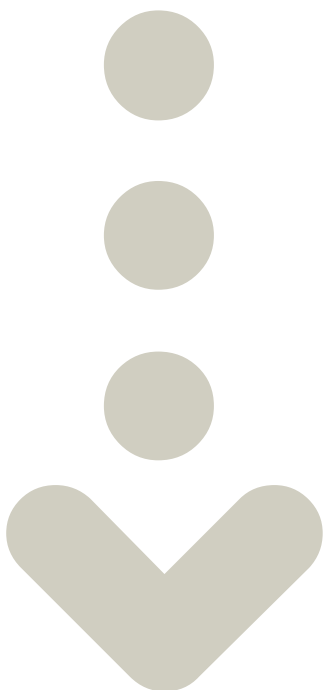
IV.2.a. O licenciamento

Para os fins deste parecer, importa conferir a devida atenção às características do licenciamento. De acordo com a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, a licença é “o ato vinculado, unilateral, pelo qual a Administração faculta a alguém o exercício de uma atividade, uma vez demonstrado pelo interessado o preenchimento dos requisitos legais exigidos”.²³ Para Hely Lopes Meirelles, “é o ato administrativo vinculado e definitivo, pelo qual o

²¹ Na classificação quanto à esfera jurídica do administrado, trata-se de atos ampliativos.

²² Eis aí o poder de autoridade que a caracteriza como função administrativa ordenadora, e não fomentadora.

²³ Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, pág. 388.



*A expedição de
licença pressupõe a
existência de lei que
restringa o exercício de
determinada atividade*

*poder público, verificando que o interessado atendeu a todas as exigências legais, facultando-lhe o desempenho de atividades ou a realização de fatos materiais antes vedados ao particular”.*²⁴

Observe-se que **a expedição de licença pressupõe a existência de lei que restrinja o exercício de determinada atividade, condicionando-o ao preenchimento de certos requisitos nela exigidos, e a nenhum outro.** A exigência de embasamento legal e a vinculação aos termos da lei são os traços marcantes dos atos de licença.

De um lado, **impede-se que o poder público possa decidir a respeito da liberdade de agir dos particulares através da expedição (ou não) de atos administrativos, sem supedâneo legal.** Já se viu que a regulação autônoma da atividade privada é poder de que dispunha a Administração Pública antes do Estado de Direito e que, com sua implantação, transferiu-se ao legislador. Tratando-se de ato expedido no exercício da função administrativa ordenadora, é necessário que a licença possua arrimo legal (ou seja, que a lei a preveja como requisito sine qua non para operação da atividade).

De outro lado, não há espaço para discricionariedade por parte da Administração na concessão ou não da licença. Exatamente porque não cabe senão à lei restringir a liberdade dos particulares e condicionar o exercício de alguma atividade, **caso preenchidos os requisitos nela elencados, a concessão da licença é obrigatória.** A licença é um ato administrativo que se reporta à lei. O particular tem direito à sua expedição, desde que preenchidos os requisitos legais.²⁵

Cronologicamente, a licença se segue à lei, que se segue a uma situação apriorística de liberdade. Sob outra perspectiva: **dada a situação de livre-atuação e livre-empresa, a lei incide para restringi-la e condicioná-la, e a licença, para certificar o preenchimento fático das condições exigidas legalmente, facultando a atuação do particular.**

²⁴ Hely Lopes MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, pág. 164.

²⁵ Diz José Marcelo Ferreira COSTA: “Em síntese, a título de ilustração, é possível visualizar a estrutura que compõe a norma jurídica de uma licença urbanística para edificar: “dado o fato do requerente preencher os requisitos necessários à concessão da licença para edificar em determinado terreno urbano (hipótese) deverá ser a sua outorga para instituir a relação jurídica entre o interessado e o poder público (tese)” (in *Licenças Urbanísticas*, Belo Horizonte, Fórum, 2004, p. 40).



IV.3. O condicionamento administrativo de direitos

A segunda das técnicas de ordenação da vida privada é o condicionamento administrativo de direitos. Por essa locução se deve entender o estabelecimento administrativo dos exatos contornos do direito, nos quais ele pode ser exercido licitamente.²⁶ Com isso, pretende-se compatibilizar o usufruto de liberdades públicas com os interesses coletivos.

Identificam-se, sob esta rubrica, as três espécies de situações passivas a que pode estar submetido o titular de um direito: limites (deveres de não fazer), encargos (deveres de fazer) e sujeições (deveres de suportar). Pelas razões já expostas (item IV.1), importa-nos principalmente a primeira dessas espécies.

Evidentemente, os chamados “condicionamentos administrativos” não são a única forma de precisar os limites de um direito. Os condicionamentos de direito podem ser (i) administrativos e (ii) de direito privado. Serão administrativos quando a lei, ao prevê-los, atribui à Administração poderes para atuar (seja através da fiscalização, da sanção ou da imposição concreta dos limites). Serão de direito privado, quando estiver ausente a previsão dessa competência administrativa.

Vê-se, daí, que **a Administração só poderá atuar em relação ao exercício de determinado direito, quando lhe tenham sido atribuídos legalmente poderes para tanto. Tratando-se de condicionamento de direito privado (não havendo tais atribuições antes mencionadas à Administração), não se lhe permite a interferência na imposição ou fiscalização desses limites.**²⁷

Dito de outro modo, tratando-se de condicionamento privado dos direitos, não se instaura relação jurídica entre a Administração Pública e o titular do direito, mas apenas entre este e aqueles a quem a limitação aproveita (seus vizinhos, por exemplo). Nesse caso, a norma protege, tão somente, interesses privados, dos quais, inclusive, podem dispor os seus titulares.

O que precisa ficar claro para os fins deste parecer é o fato de que, para a Administração atuar, será necessário que: (i) os condicionamentos a direitos estejam previstos em lei; (ii) a lei lhe atribua poderes para impor tais condicionamentos ou fiscalizá-los.

²⁶ De acordo com Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO: “é precisamente esta a razão pela qual as chamadas limitações administrativas à propriedade não são indenizáveis. Posto que através de tais medidas de polícia não há interferência onerosa a um direito, mas tão-só a definição que giza suas fronteiras, inexistente o gravame que abriria ensanchas a uma obrigação pública de reparar” (in “Apontamentos sobre o poder de polícia”, RDP 9/57).

²⁷ Carlos Ari SUNDFELD, *Direito administrativo ordenador*, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 55.

V | ANÁLISE DO CASO CONCRETO E DAS QUESTÕES PRÁTICAS

V.1. Considerações Introdutórias

Postas essas observações teóricas, cumpre passar à análise específica da problemática que motivou a presente consulta. As lições assentadas em linhas anteriores – basilares e singelas para quem tem alguma familiaridade com o Direito Administrativo – servirão de fundamento para as conclusões adiante apresentadas.

Afirmamos desde já a nossa posição sobre o assunto: **não é necessária nem é possível licença distrital para o funcionamento das estações de telecomunicações em áreas privadas à ausência de lei que regule essa atuação administrativa** (item V.2); a lei complementar nº 388/01 e o Decreto nº 22.395/01 não estabelecem requisitos para concessão de licença, nem restringem a instalação de estações de telecomunicações nas áreas públicas, mas apenas regulam a concessão de uso onerosa de bens públicos, quando as operadoras pretenderem instalar as infra-estruturas das estações de telecomunicações nesse tipo de bens (item V.3). Ainda que houvesse legislação distrital que restringisse o funcionamento destas, condicionando-o à prévia obtenção de licença e à implantação das mesmas apenas em bens públicos (ou que se entendesse que é isso que fazem os referidos diplomas legais), ela seria inconstitucional porque constituiria flagrante invasão das competências legislativas privativas da União (item V.4.a); e porque estabeleceria restrição desproporcional e injustificada à livre iniciativa (item V.4.b).

V.2. Necessidade ou possibilidade de licença na ausência de lei

A primeira questão que se apresenta diz respeito à *hipotética situação de ausência de lei* condicionando a instalação e o funcionamento das Estações Rádio-Base (ERBs). Veja-se que **antes de examinar a normatização efetivamente existente a esse respeito, enfrenta-se a questão referente às conseqüências de um vazio normativo adrede admitido**. Pergunta-se: nessa hipótese, a empresa que pretendesse instalar as estações de telecomunicações precisaria obter licença para tanto? A Administração Pública poderia conceder a licença (ainda que provisória) à falta de lei que regule a matéria?

Conforme restou excessivamente repisado acima, **o exercício de atividade econômica, assim como o exercício do direito de propriedade, não depende de lei que o fundamente; depende apenas de que lei não o proíba** – nas palavras antes usadas, é um requisito *negativo*, e não *positivo*, da atividade

econômica e do exercício do direito de propriedade. A ausência de norma legal implica a autorização indireta para a livre atuação dos particulares.

Ou seja, **não havendo lei que restrinja o exercício de determinada atividade àquele que preencher determinados requisitos, a atividade é livre**. Não é razoável, portanto, afirmar a impossibilidade de exercício de uma atividade econômica por não haver lei que fundamente a sua licença. A ausência de lei, nesse caso, não impede a atuação do particular – antes, fá-la livre e desimpedida.

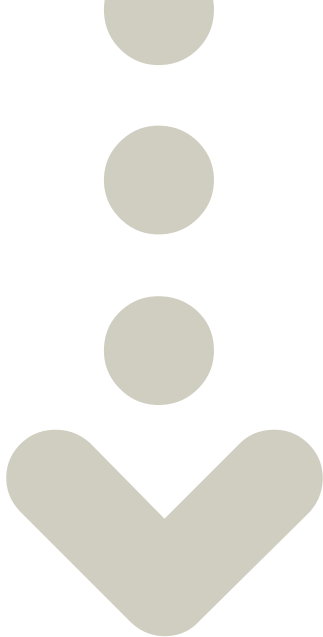
Portanto, *numa hipotética situação de ausência de lei* condicionando a instalação e o funcionamento das Estações Rádio-Base (ERBs), há implícita autorização para fazê-lo livremente, *sem necessidade de obter licença do Poder Público municipal ou distrital* para tanto.

De outra parte, no que concerne ao segundo questionamento, não há, evidentemente, a *possibilidade* de licenciar o exercício de uma atividade econômica (ainda que provisoriamente), ante a ausência de lei respectiva. Primeiro, pelas razões jurídicas acima expostas: a licença é ato administrativo e, portanto, depende de lei que a fundamente. Segundo, por uma razão lógica: sendo a licença um ato pelo qual o poder público faculta o desempenho de uma atividade, após verificar o atendimento, pelo interessado, de todas as exigências legais, não haverá que se falar em licenciamento, quando não houver tais exigências a serem atendidas.

A bem da verdade, **a questão acerca da possibilidade de a Administração conceder a licença está mal posta. O que é relevante não é saber sobre a possibilidade de licenciamento, mas – o que lhe é mesmo anterior – sobre a necessidade de tal ato**. Não havendo lei que restrinja a atuação do particular, a licença não é possível, ainda, porque não é absolutamente necessária.

Em outros termos: ninguém requereria licença para atuar em atividade livre, não condicionada. Quando se trate de atividade não restrita por lei, não será o caso de licenciá-la, tanto porque isso não será jurídica e logicamente possível, uma vez que não foram estabelecidos, em diploma normativo próprio, os requisitos do licenciamento, como porque isso não será necessário, já que o particular poderá exercer a atividade independentemente de qualquer espécie de aval do poder público.

Dito de outro modo, **à ausência de lei, o Poder Público não poderá licenciar, mas também não poderá exigir licença** para a realização dessa atividade econômica que não conhece restrições de ordem legal – e isso é bastante mais relevante.



*Não há possibilidade
de licenciar o exercício
de uma atividade
econômica ante
a ausência de lei
respectiva*

O que precisa ficar claro é que a regra é a liberdade de atuação, por força dos mencionados dispositivos constitucionais. Para excepcionar a regra, é necessária a existência de lei. Sustentar o contrário é, no mínimo, inverter a ordem do Direito Administrativo.

O princípio da legalidade estrita (possibilidade de ação apenas quando expressamente admitida/prevista em lei) se aplica ao administrador como garantia do administrado. Este se submete à legalidade ampla (só será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo se prevista – a restrição – em lei); não havendo lei, vale a regra da liberdade. Confundir os dois sentidos é prova cabal de ignorância para o operador do direito.

V.2.a. A complexidade do procedimento de instalação e funcionamento das estações de telecomunicações

Cumpra adicionar, contudo, que a situação hipotética imaginada anteriormente (de vazio normativo absoluto sobre as condições para todas as atividades relativas à implantação e o funcionamento das referidas Estações Rádio-Base) é muito rara. É que essa implantação e funcionamento das ERBs envolve diversos atos, uns relativos à implantação propriamente dita das torres e dos equipamentos, outros referentes à utilização de área de um determinado imóvel (que poderá ser público ou privado), outros referentes ao funcionamento propriamente dito dos equipamentos (com emissão de sinais, por exemplo), entre tantos outros. Na prática, há quase sempre restrições quanto a um ou outro aspecto envolvido no processo.

As considerações tecidas para a situação hipotética simples, no entanto, servem à elaboração de uma espécie de “teoria geral” para o entendimento da disciplina jurídica das situações complexas. Donde, o que pode ser dito com segurança é que **para cada ato específico (ou seu aspecto), a ausência de normatização implica a liberdade de procedimento.**

É possível, por exemplo, que haja normas municipais relativas aos aspectos de engenharia civil ou de urbanismo referentes à implantação das torres, mas que não haja normas a respeito do negócio jurídico a ser celebrado entre operadoras e particulares para o uso de áreas privadas desses últimos, onde seriam instaladas as ERBs. Nesse caso, poderá haver necessidade de obtenção de licença para certificar do preenchimento dos requisitos de engenharia civil e urbanismo envolvidos (caso da licença para construir, quando prevista em lei), mas **a negociação entre operadoras e particulares é livre.**

Ao tempo em que se exige do particular o cumprimento de requisitos previstos em lei para que se lhe possibilite o exercício de determinada atividade econômica, não se lhe poderá exigir que preencha outros, para os quais não há previsão legal. E isso se resume na mesma assertiva já tão repetida: toda restrição da liberdade

de atuação e procedimento do particular depende e deve estar prevista em lei. E essa norma legal só poderá ser editada se observada (i) a regra de competência legislativa; (ii) o princípio da proporcionalidade.

Ressalte-se que a consulente informa que suas afiliadas, na qualidade de prestadoras de serviços de telecomunicações, sempre obedeceram, quando da instalação das referidas estações, todas as normas vigentes e pertinentes, tais como as prescrições da Lei Federal nº 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações), a regulamentação expedida pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e a regulamentação genérica distrital a respeito das construções civis, relativas a aspectos de urbanismo e engenharia civil.

Sendo assim, **não cabe à Administração Pública municipal ou distrital, à falta de lei que preveja essa atribuição, cogitar da exigência de novas licenças para o exercício da atividade econômica ou do condicionamento do direito do titular do bem privado de alugá-lo às operadoras de telefonia celular.** Descabe, primeiro, por falta de lei e, depois, por falta de competência para esses entes legislarem sobre esses temas.

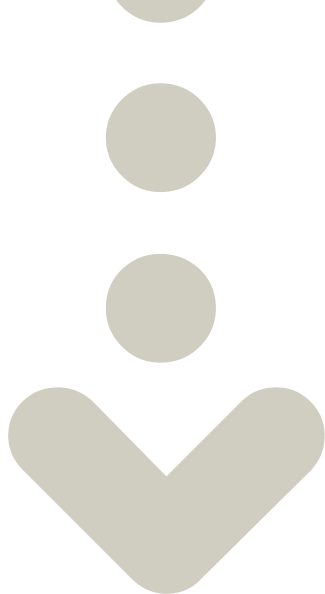
V.3. Análise do caso concreto do Distrito Federal

Tendo sido superada a questão a respeito das conseqüências de um vazio normativo acerca da concessão de licença para a implantação e o funcionamento da estrutura de telecomunicações em bens privados, a análise referente à regularidade de uma norma distrital que restringisse essa implantação para os bens públicos ficará para o próximo tópico. Neste, pretende-se apenas demonstrar que essa segunda situação hipotética não ocorreu no Distrito Federal, ao contrário do que se poderia imaginar.

Consoante exposto na introdução a este estudo, a Secretaria de Coordenação das Administrações Regionais do Distrito Federal (SUCAR) adotou parecer aprovado pela Procuradoria-Geral do Distrito Federal cuja conclusão foi pela impossibilidade de serem instaladas ERBs em áreas privadas, bem como pela irregularidade daquelas que já estejam instaladas, por falta de legislação que o permita.

Também já foi visto que esse entendimento teórico é bisonhamente equivocado, já que a ausência de lei que regulamente a instalação de estações de telecomunicações em áreas privadas não significa que ela não possa ser feita. Não havendo lei, a atuação é livre, por explícita determinação constitucional (art. 5º, II, e art. 170, parágrafo único). O exercício de atividade econômica ou do direito de propriedade não depende de lei que o fundamente; depende apenas de que lei não o proíba.

Por outro lado, não seria correto afirmar que a Lei Complementar nº 388/01 e o Decreto 22.395/01 tenham vedado a instalação de ERBs em bens privados. Não procede supor que a instalação e o funcionamento dessas estações tenham sido restringidos aos bens públicos, por força desses diplomas normativos.



É que **os referidos estatutos não dispõem sobre o licenciamento para implantação e funcionamento das ERB, mas sobre a utilização de bem público para este fim. O foco da regulamentação não é o ato estatal que permite a implantação e o funcionamento (licenciamento) da infraestrutura de telecomunicações ou os requisitos para a sua concessão, mas o instrumento jurídico (concessão de uso onerosa) que permitirá a utilização das áreas públicas onde elas serão instaladas.**

Em outras palavras, o que o referido decreto dispõe não é que o licenciamento para implantação e funcionamento de infra-estrutura de telecomunicações só seria possível quando ela fosse instalada em bens públicos, mas, *como* ele se dará quando este for o caso.

Para demonstrar a correção desse entendimento, analisaremos de forma detida os referidos estatutos.

*A lei distrital
não regulamenta as
atividades que serão
exercidas, nem traz
qualquer disposição
sobre o uso de
áreas privadas*

V.3.a. A lei complementar nº 388/01

De acordo com a sua própria ementa, a lei complementar nº 388, de 1º de junho de 2001, “define critérios para ocupação de área pública mediante concessão de direito real de uso ou concessão de uso, para as utilizações que especifica”. Corroborando a ementa, o art. 1º dispõe o seguinte: “Esta lei Complementar regula a cessão de direito real de uso e a concessão de uso de áreas públicas no Distrito Federal nos casos em que especifica”.

A leitura dos trinta artigos da referida lei complementar permite constatar que o estatuto não foi além desse objetivo. Coerentemente, manteve-se o foco no estabelecimento de critérios para a concessão de direito real de uso ou concessão de uso para a utilização, pelos particulares, de área pública para os fins ali especificados.

Em termos bastante simples: a lei regulamenta o *uso* do bem público para o exercício de algumas atividades. A lei **não** regulamenta as *atividades* que serão exercidas, nem traz qualquer disposição sobre o uso de áreas privadas. Não há qualquer vedação ao exercício dessas mesmas atividades utilizando-se de áreas privadas ou restrição, implícita ou explícita, desse exercício através do uso de infra-estruturas instaladas em áreas públicas.

V.3.b. O Decreto nº 22.395/01

Já o Decreto nº 22.395/01, de acordo com a sua própria ementa, “regulamenta o inciso IV do artigo 8º da Lei Complementar nº 388, de 01 de junho de 2001, quanto à implantação e funcionamento de infra-estrutura de telecomunicações em áreas públicas no Distrito Federal, e dá outras providências”. Nesse passo, observem-se os termos do dispositivo regulamentado:

“Art. 8º São passíveis de ocupação por concessão de uso onerosa, nos termos e condições definidos nesta Lei Complementar e em sua regulamentação as seguintes áreas públicas:

IV – **no nível do solo, em subsolo e em espaço aéreo para infra-estrutura de energia elétrica, telecomunicações, águas, esgotos, radiodifusão sonora e de sons e imagens, redes de gás canalizado, entre outros serviços e atividades que impliquem o uso de bens do Distrito Federal.**”

O referido dispositivo **possibilita a ocupação de áreas públicas para instalação de infra-estrutura de telecomunicações**. Estabelece que isso se dará através de concessão de uso onerosa **nos termos e condições definidos** na Lei Complementar e **em sua regulamentação**, contida no Decreto nº 22.395/01.

Cabe, portanto, ao referido Decreto estabelecer *os termos e condições para a ocupação de áreas públicas para a instalação de infra-estrutura de telecomunicações*. Esse é o limite material da regulamentação. A norma responsável por essa regulamentação não poderá ir além disso, sob pena de incorrer em ilegalidade.

A esse respeito, é preciso ter em mente que o decreto é instrumento normativo infralegal, cuja função é regulamentar e especificar uma lei, para possibilitar a sua *fiel execução*.²⁸ Dessa circunstância depende tanto a sua *interpretação* quanto o seu *exame de validade*.

Em relação à interpretação do Decreto, deve-se levar em conta que ele se presta à regulamentação do inciso IV do art. 8º da Lei Complementar nº 388/01. E por aí, logo se vê que o decreto não visa a dispor sobre os requisitos ou condições para o *licenciamento do funcionamento das ERBs* (e nem poderia fazê-lo), mas, especificamente, sobre a utilização de bens públicos onde eles, eventualmente, venham a se instalar. **Nos termos do caput do art. 8º, é a concessão de uso onerosa do bem público que será regulamentada, e não o ato de licenciamento da infra-estrutura de telecomunicações**. Todo dispositivo do decreto deve ser lido e compreendido dentro dessa perspectiva.

²⁸ Nos termos do art. 100, VII, da Lei Orgânica do Distrito Federal, compete privativamente ao Governador “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”.



Por isso mesmo, não se afigura razoável sustentar que, apenas porque o referido decreto disciplina a utilização de áreas públicas para a instalação de ERBS, a utilização de áreas privadas para o mesmo fim estaria proibida. Não há dispositivo expresso que fundamente esse entendimento – proibindo o licenciamento para ERB que seriam instaladas em bens privados ou estabelecendo que o licenciamento se daria exclusivamente para a instalação da estrutura em bens públicos –, nem é possível extrai-lo como uma espécie de mandamento implícito.

A pretexto de regulamentar

a concessão de uso onerosa

de área pública, o decreto

distrital não poderia

proibir a instalação de

ERBs em áreas privadas

Sustentar em sentido contrário seria o mesmo que interpretar uma lei que autorizasse a implantação de heliportos em prédios públicos de modo a dela extrair, daí em diante, a vedação de que helicópteros pousem em imóveis privados.

O referido decreto, inclusive, estabelece, em seu art. 12, a proibição de instalação de ERBs em algumas áreas²⁹, mas não inclui entre elas as áreas privadas.

Em relação ao exame de *validade* do decreto, a importância do conhecimento material da lei (ou do dispositivo de lei) que ele pretende regulamentar decorre de que a extrapolação do conteúdo da norma regulamentada implica a invalidade do decreto. Por isso mesmo, nem seria possível que constasse do referido decreto dispositivo que restringisse o licenciamento para implantação e funcionamento das ERBs para quando eles viessem a ser instalados em áreas públicas, já que isso implicaria a sua ilegalidade. É que, a pretexto de regulamentar a concessão de uso onerosa de área pública, o Decreto não poderia estabelecer a proibição de implantação das ERBs em áreas privadas, sob pena de extrapolar os termos do dispositivo supostamente regulamentado. Faltaria ao decreto arrimo legal e, conseqüentemente, validade jurídica.

Não se olvide, além disso, aquilo que restou asseverado na primeira parte deste estudo: só à lei cabe restringir a liberdade e a livre-iniciativa. Não poderia o decreto inovar na ordem jurídica, estabelecendo vedação autônoma à atividade dos particulares, razão bastante para que não se o interprete dessa maneira.

Dito de outro modo, o Decreto nº 22.395/01 não veda a instalação e o funcionamento de Estações Rádio-Base em bens privados e nem poderia fazê-lo, sob pena de ilegalidade.

²⁹ Art. 12. Fica proibida a localização de ERBs e equipamentos similares em:

I - praças e parques infantis;

II - canteiros centrais de vias de qualquer natureza;

III - faixa de 20m (vinte metros) de largura ao longo de vias arteriais e coletas;

IV - vias locais;

V - faixas de domínio definidas em legislação específica, tais como, de estradas-parque, rodovias, ferrovias, redes de transmissão de energia elétrica, polidutos, dentre outras;

VI - faixas de preservação permanente, nos termos da legislação específica, tais como, de nascentes, rios, cursos d'água, lagos e lagoas, dentre outros.

V.4. Regularidade de hipotética restrição distrital expressa à implantação e funcionamento de Estações Rádio-Base em bens privados

No tópico anterior, analisamos a situação normativa atual do Distrito Federal para concluir que não há qualquer vedação à implantação e funcionamento das Estações Rádio-Base em bens privados. Neste tópico, a questão a ser enfrentada é outra. Suponha-se que houvesse, de fato, lei distrital que previsse tal restrição de forma expressa. Qual seria o seu efeito? A vedação seria válida?

Em conformidade com tudo aquilo que já expusemos no presente estudo, a resposta a esta questão só pode ser negativa, por duas razões principais: essa lei hipotética seria inconstitucional (i) por constituir flagrante invasão das competências legislativas privativas da União e (ii) estabelecer restrição desproporcional e injustificada à livre iniciativa. Vejamos.

V.4.a. Inconstitucionalidade por usurpação de competência

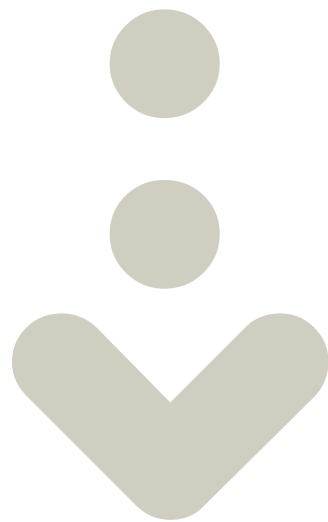
A primeira razão pela qual a hipotética lei que restringisse a possibilidade de instalação de Estações Rádio-Base em bens privados seria inválida é que essa normatização seria inconstitucional por usurpação de competência.

A respeito da competência para editar normas que venham a incidir na implantação e funcionamento das estações de telecomunicações, já nos manifestamos de forma detida e específica em parecer anterior. Por essa razão, parece-nos despidendo retornar a essas questões de forma detida. Parece suficiente repisar as observações que seguem.

Resta nítido que quando qualquer ente regional se arroga competente para regulamentar ou condicionar à obtenção de licença a “*instalação, ampliação e operação de torres destinadas a antenas de sinais de telefonia*”, invade a seara de competência privativa da União resguardada pelo art. 22, IV, da Constituição Federal.³⁰ Essa regulamentação veicula exercício de competência que cabe à União, já que cuida da essência das telecomunicações móveis, cujas antenas de transmissão são parcela indispensável e central na prestação dos serviços.

Ao impor condições adicionais àquelas federais para o funcionamento de Estações Rádio-Base, o Distrito Federal incorreria em inegável usurpação de competência da União, o que importa a inconstitucionalidade do referido diploma e a insubsistência jurídica de suas exigências.

³⁰ Compete privativamente à União tanto legislar sobre matéria de telecomunicações (art. 22, inciso IV, CF), quanto “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais” (art. 21, inciso XI, CF). Esse último dispositivo constitucional merece algum destaque. Não apenas ele atribui à União a competência material (político-administrativa) para prestar os serviços, mas também evidencia expressamente a competência normativa que decorre da competência material, consubstanciada no poder-dever de organizar os serviços e dispor, no âmbito legal e infralegal, sobre tudo que envolver a sua prestação, com o objetivo de reorganizar e racionalizar o setor.



Não há motivo para que
uma lei pudesse restringir
a implantação de estações
de telecomunicações
apenas a bens públicos

V.4.b. Inconstitucionalidade por desproporção

Superada essa questão e admitida, apenas para argumentar, a competência distrital para o estabelecimento de condições para o funcionamento e a operação de estações de telecomunicações, ainda assim nem toda restrição seria juridicamente aceitável. Em outras palavras: há limites para a restrição da liberdade do particular por via legal e eventual condicionamento do exercício de atividade à obtenção de licença.

A esse respeito, já vimos acima que todo condicionamento da liberdade precisa ser devidamente justificado. Tratando-se a liberdade de um valor jurídico, sua limitação só é aceitável quando se destine à consecução do interesse público e quando tenha sido feita na exata medida para que esse fim seja atingido. Não se admitem restrições desproporcionais (inadequadas, desnecessárias ou excessivas).

Por isso mesmo, seria duvidosa a constitucionalidade dessa hipotética lei. Não se vislumbram motivos razoáveis para que uma lei pudesse restringir a implantação de estações de telecomunicações apenas a bens públicos. Não há nenhuma peculiaridade ou característica própria aos bens privados que justifiquem a distinção que se operaria. O fato de pertencer a um ente estatal em nada qualifica um bem como mais apto ou, por qualquer razão, menos prejudicial à sociedade para que nele seja instalada uma estação de telecomunicações. É difícil imaginar para qual fim esta medida seria adotada.

Não há razões urbanísticas que expliquem o *discrimen*. Essa medida não importaria melhor planejamento edilício, maior aproveitamento ou organização do espaço habitável ou mais adequada utilização e ocupação do solo urbano. De tal regulamentação não adviriam benefícios de ordem paisagística, sanitária ou arquitetônica.

Igualmente não caberia fundamentar a restrição em preocupações relativas à saúde da população. É nesse sentido que parece entender a i. Procuradora Izabela Frota Melo, tendo em vista a fundamentação do seu parecer no princípio da precaução.³¹ Se essa for a intenção da medida restritiva, ela será *desnecessária* e *inadequada*.

Diz-se que a medida seria *desnecessária* para evidenciar que a realização do valor ou do bem social buscado independe do cumprimento dessas exigências e que eles são atingidos à sua revelia.³² Já há normatização idônea e suficiente para fins de proteção da população contra os efeitos da emissão eletromagnética. Trata-se da Resolução nº 303/02 da ANATEL, que fixa os limites de exposição à radiofrequência, com base em diretrizes

³¹ Já vimos que, de acordo com o parecer da lavra da ilustre procuradora, toda atividade a ser licenciada “deve ser cercada de todos os cuidados oriundos da sua própria natureza, com pronunciamento dos experts e adoção das medidas de segurança inexoravelmente necessárias ao desenvolvimento da atividade sem maiores impactos ao homem e ao meio em que vive, posto que os prejuízos sentidos a posteriori são, em regra, de difícil reparação”.

³² Nesse sentido, lembre-se que qualquer medida que, em um Estado de Direito, limite a liberdade dos particulares além daquilo que seja estritamente necessário para os fins nela invocados é inválida e inconstitucional por desproporcionalidade.



internacionais que contemplam ampla margem de segurança, sendo nada menos do que 50 vezes inferiores (0,08 W/kg) ao menor nível a partir do qual se observaram efeitos sobre o corpo humano (4 W/kg).

Tais diretrizes, respaldadas pela Organização Mundial da Saúde (OMS), foram elaboradas pelo grupo de cientistas reunidos na Comissão Internacional de Proteção contra Radiações Não-Ionizantes (ICNIRP), uma instituição independente que não possui vinculação com empresas ou entidades ligadas a sistemas de radiodifusão, comunicações sem fio ou qualquer outra indústria da área.

Observe-se, ainda, que os níveis reais de exposição urbana a ondas de radiofrequência são, em média, muitíssimo inferiores àqueles limites. Há evidências de que mesmo as populações situadas nas proximidades das ERBs estão sujeitas a níveis que não ultrapassam 0,1% daqueles valores a partir dos quais haveria risco potencial (não comprovado).

Não é por outra razão, aliás, que a Agência publicamente ressalta que “(...) *não há necessidade de aumentar as margens de segurança definidas pela Resolução mesmo se as pessoas forem expostas continuamente, sob condições adversas de temperatura e umidade*”.

Esse esclarecimento faz-se importante a fim de demonstrar que as ERBs já têm a sua implantação e funcionamento submetidos a um rígido regime jurídico, não ofertando, nessas condições, qualquer risco à saúde humana, meio ambiente ou qualquer outro bem jurídico protegido. Dessa forma, não haveria necessidade de se restringir ainda mais a atuação dos particulares em razão de uma suposta “proteção adicional”.

Ademais disso, a medida seria *inadequada* em razão de sua inaptidão para atingir os fins estabelecidos. À primeira vista, a referida norma se voltaria a “proteger” as residências e locais privados, “afastando” deles as ERB de telecomunicações. Trata-se, porém, de precaução que carece de fundamentação técnica, eis que tal “afastamento” não proporcionaria a “proteção” que poderia ser representada pela redução dos campos eletromagnéticos provocados pelas antenas.

Nesse sentido, vale fazer referência ao parecer da Universidade de Brasília quanto ao tema em debate. Veja-se, a propósito, uma das conclusões em resposta a uma pergunta formulada pela consulente:

“1. A retirada de uma antena instalada no terreno de uma escola, deslocando-a para local distante cinqüenta metros, proporciona redução da intensidade dos campos elétricos nessa escola?

Não. Como vimos o valor máximo da intensidade do campo elétrico (que, pelas razões já expostas corresponde também ao valor máximo do campo eletromagnético) ocorre em distâncias diferentes da base da ERB dependendo da altura da antena e da inclinação da antena. Por exemplo, da

Tabela 3, nota-se que se a escola estiver a 5m da base da ERB e for deslocada para 50 m, o campo elétrico aumentará mais de 1000 vezes para uma altura típica da antena de 20 m. Isto comprova que se estipular uma distância mínima de segurança para a instalação de ERBs sem considerar as demais variáveis envolvidas no problema é uma solução arbitrária e sem embasamento científico, que não garante a redução da intensidade dos campos elétricos e eletromagnéticos, podendo inclusive aumentar essa intensidade.”

O parecer demonstra que esse efeito decorre das propriedades direcionais das antenas de telefonia móvel. Conforme esclarece o Professor Marco Antonio Brasil Terada, do Departamento de Energia Elétrica da UnB, “a distância da base da antena”, ou distância horizontal (como consta da lei em questão) “não é a única nem a mais importante variável a partir da qual se define qual a intensidade do campo eletromagnético proporcionado por essa mesma antena.”.

Nesse contexto, vê-se que faltam à norma em questão simples fundamentos de validade científica capazes de explicar as razões de sua existência. Assim, é evidente a sua inconstitucionalidade por desproporção, na medida em que restringe injustificadamente a atuação das operadoras celulares.

VI | Resposta aos quesitos objetivos

Concluído o presente parecer, passamos a responder os quesitos objetivos adrede formulados:

(i) Do ponto de vista da atuação do Poder Público, é possível licenciar (ainda que a título provisório) a implantação de estações de telecomunicações em áreas privadas, na ausência de lei que regulamente a matéria?

A pergunta poderia induzir a interpretações equivocadas. De fato, na ausência de lei, a Administração não poderá *conceder licença*. Isso em razão de dois aspectos: o jurídico e o lógico. Do ponto de vista jurídico, em um Estado de Direito, o poder estatal de licenciar uma atividade depende de lei; do ponto de vista lógico, a análise do preenchimento dos requisitos para a concessão da licença ao administrado só poderá ser feita quando tais requisitos estiverem previstos legalmente. Argumentar que a Administração “não poderá conceder licença”, no entanto, não é o mesmo que dizer que a atividade “não licenciada” está proibida. É que a Administração tampouco poderá *exigir o licenciamento* de atividade que não conhece restrições legais – e isso é bastante mais relevante.

Dito de outro modo, à ausência de lei, o Poder Público não poderá condicionar o exercício de uma atividade privada à obtenção de licença — ela será livre.

(ii) Do ponto de vista da atuação e do exercício de atividade econômica por parte das operadoras de telefonia móvel, é necessário obter licenciamento específico para a implantação de estações de telecomunicações em áreas privadas, na ausência de lei que regulamente a matéria?

Não. Não havendo lei que restrinja a atuação do particular em uma determinada atividade (ou em determinado aspecto de uma atividade), a atividade é livre, não condicionada à obtenção de licença. De um modo claro, como não há uma lei vedando a instalação e o funcionamento de ERBs em áreas privadas ou regulamentando sob quais condições isso seria possível, poderão as operadoras de telefonia celular fazê-lo livremente, devendo respeitar apenas as normas efetivamente existentes sobre a matéria (a regulamentação da Anatel sobre a emissão de ondas eletromagnéticas, as normas de caráter urbanísticas do Distrito Federal, etc).

(iii) A lei complementar distrital nº 388/01 e o Decreto nº 22.395/01 vedam a instalação e o funcionamento de Estações Rádio-Base em áreas privadas?

Não. O que os referidos estatutos dispõem não é que a implantação e funcionamento de infra-estrutura de telecomunicações só seria possível quando ela fosse instalada em áreas ou bens públicos, mas, como eles se darão quando esse for o caso (através de concessão de uso onerosa). Os referidos estatutos não se referem às áreas privadas nem restringem a instalação das ERBs às áreas públicas.

(iv) Que limites devem ser observados por atos normativos regionais (de Estados, do Distrito Federal ou de Municípios) no que se refere à regulação da instalação e funcionamento das estações transmissoras de radiocomunicação e da exposição humana a campos eletromagnéticos?

De maneira geral, deverá ser observada, inicialmente, a competência exclusiva da União para legislar sobre telecomunicações. A nosso ver, as matérias diretamente afetas à instalação e funcio-



Como não há lei vedando a instalação e o funcionamento de ERBs em áreas privadas, as operadoras celulares poderão fazê-lo livremente

namento de infra-estrutura necessária para a prestação do serviço estão compreendidas dentro dessa competência. Dever-se-á, ainda, observar as normas gerais já emanadas pela União sobre o tema, em caso de competência concorrente. É também essencial que sejam considerados os limites decorrentes do pacto federativo, notadamente aquele de não criar obstáculo à prestação dos serviços de telecomunicações acometidos ao poder central ou à gestão de bem público a ele pertencente. Finalmente, como quando da confecção de qualquer ato normativo, os entes regionais deverão ainda observar e pautar-se pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

É este o nosso parecer.

São Paulo, 07 de junho de 2005.

Floriano de Azevedo Marques Neto

PROFESSOR DOUTOR DE DIREITO ADMINISTRATIVO DA
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

