Número 38 – maio/junho/julho – 2014 – Salvador – Bahia – Brasil – ISSN 1981-1861 –

A EXPLORAÇÃO DA FAIXA DE DOMÍNIO DAS RODOVIAS POR CONCESSIONÁRIAS DE ENERGIA ELÉTRICA E O INTERESSE PÚBLICO

Flavio Amaral Garcia

Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Candido Mendes. Professor de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas – FGV– Rio. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro – IDAERJ. Sócio e Consultor do Escritório Juruena & Associados – Advogados.

Rafael Véras de Freitas

Especialista em Direito do Estado e da Regulação pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas – FGV – Rio. Especialista em Direito Administrativo Empresarial pela Universidade Candido Mendes – UCAM. Pesquisador da Fundação Getulio Vargas – FGV (externo). Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro – IDAERJ. Sócio do escritório Juruena & Associados – Advogados.

1. A questão controversa

A faixa de domínio é uma área adjacente à instalação física da rodovia que, servindo de apoio a logística de infraestrutura desta via pública (especificamente, à faixa de rodagens laterais), tem por objetivo **garantir a segurança do trânsito**[1] (condição *sine qua non* para **a adequada prestação desse serviço público –** artigo 6º da Lei nº 8.987/1995).

[1] É possível extrair da Lei nº 9.503/97, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro, em seu Anexo I, a definição de **faixa de domínio** como sendo a "*superfície lindeira às vias rurais, delimitada por lei específica e sob responsabilidade do órgão ou entidade de trânsito competente com circunscrição sobre a via*".

A sua fixação ou mesmo eventual alteração deve ser norteada pelo objetivo maior de garantir a segurança do trânsito e dos usuários da rodovia.

Mas além dessa **finalidade principal**, a faixa de domínio, quando não comprometida a segurança do trânsito, tem sido utilizada com uma **finalidade acessória**, a saber, **suportando a passagem** de gasodutos, cabos para televisão, redes de distribuição de energia elétrica e linhas de transmissão e distribuição de energia que são, no mais das vezes, exploradas por concessionárias de serviços públicos.

A questão envolve saber se é **possível cobrar pela utilização acessória da faixa de domínio**, tema esse que vem sendo objeto de aguda polêmica na doutrina e na jurisprudência.

O problema se agrava quando a rodovia também foi objeto de concessão para uma empresa privada. Instaura-se, no mais das vezes, um **conflito entre as concessionárias** de rodovias e as concessionárias de energia, gás e telecomunicações.

Nesse cenário, apresentam-se os seguintes questionamentos: O detentor da infra-estrutura (rodovias) pode impedir outros prestadores de acessarem a rede (faixa de domínio)? Qual é o papel do ente regulador nesta ponderação de interesses (de um lado, o das concessionárias de rodovia, de outro, o das concessionárias de eletricidade)? Quais os critérios a serem utilizados para a fixação de indenização/preço pela utilização da rede (faixa de domínio)? Quais as técnicas que podem ser utilizadas para viabilizar o uso compartilhado entre vários prestadores de serviço público?

São essas, portanto, as questões que o presente estudo pretende abordar.

2. A controvérsia doutrinária sobre o tema

2.1 A corrente contrária a cobrança

O primeiro aspecto a ser abordado se refere à **obrigatoriedade** de os concessionários de serviço público, titulares de infraestrutura (neste particular, da faixa de domínio), **suportarem a sua utilização por terceiros interessados**, que prestam outros serviços públicos (concessionários de transmissão e distribuição de energia elétrica, por exemplo).

Trata-se de um dever *de livre acesso*, calcado na **Teoria das *Essential Facilities***[2] e na **função social da propriedade** (artigo 5º, inciso XIII e 170,

[2] Sobre tal teoria, confira-se os ensinamentos de CAROS ARI SUNDFELD: "Há uma teoria, da essential facility, criada no direito norte-americano, para fins concorrenciais, da qual resulta reconhecimento em favor das pessoas que desenvolvem atividades econômicas, de um direito subjetivo de usar as facilities, ou seja, as instalações alheias que sejam indispensáveis para o acesso ao mercado, para evitar que os donos das instalações impeçam o acesso de terceiro ao mercado e com isto inviabilize a prática de sua

inciso III, da Constituição Federal), que visa corrigir, por meio de uma metodologia regulatória, "falhas de mercado[3]" decorrentes de um monopólio natural[4], como é o caso das rodovias.

Em se tratando de um **serviço público** (ainda que prestado por concessionários privados), pelo qual se disponibiliza uma utilidade à coletividade; não é possível negar o direito de acesso, salvo na hipótese da instalação da rede ou do duto comprometer a segurança do tráfego, que é, de fato, a finalidade pública originária da faixa de domínio.

Há, pois, um **dever de suportar a instalação das redes, dutos e linhas de transmissão e energia elétrica** que viabilizarão a prestação dos serviços públicos de enérgica, gás e telecomunicações. Se assim não fosse, estar-se-ia descumprindo o princípio constitucional da função social da propriedade.

Entretanto, a questão da possibilidade de **cobrança por *esse direito de passagem*** pelas faixas de domínio ainda apresenta-se controvertida.

Como dito, a faixa de domínio pode comportar duas formas de utilização distintas: a primeira diz respeito ao **seu uso comum (ou ordinário)**, diretamente relacionado a sua vocação originária (segurança do trânsito); a segunda, relativa ao seu **uso especial (ou extraordinário),** atinente à utilização para fins diversos da concessão[5].

É, pois, no regime de sua **utilização especial** (como, por exemplo, pela passagem de redes de transmissão e distribuição de energia elétrica), que se apresenta a questão controvertida sobre a possibilidade de a concessionária de

---

atividade. (SUNDFELD. Carlos Ari. ***Utilização Remunerada do Espaço Público pelas Concessionárias de Serviço***. *In Revista de Direito Municipal.* Jan/Mar, 2003, p. 21-22.)

[3] Cite-se, como exemplo de falha no mercado, a existência da externalidade negativa dos monopólios, que geram malefícios diretos para a economia, como observado por Richard Posner: "Although the injury that competitors suffer bears no necessary relation to the social costs of predation (which are the social costs of monopoly in the post-predation period, discounted to the present value), there is an argument for allowing competitor to base their damages that injury. In the immediate victims of predation, competitors, are made whole for the injury that predation causes them, the predator will not to be able to intimidate them by the threat of predatory pricing. And we have said that predatory pricing is likely to be effective only when the predator can get his way, most of the time at least, by the threat rather than actually of predatory pricing". (POSNER, Richard. **Economic analysis of law.** Third Edition. Boston: Little, Brown and Co., 1986. p. 296).

[4] Nesse sentido, SALOMÃO, Calixto. ***Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos***, São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 38, 39 e 42.

[5] Nesse sentido, confira-se ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL: "Parece-me evidente que a utilização da faixa de domínio em rodovias concedidas não é uso comum de bem de uso comum do povo, e sim uso especial. A finalidade a que se destina essa utilização não coincide com a finalidade própria do bem utilizado, que é assegurar o tráfego em condições adequadas. O uso comum de bem de uso comum do povo não depende da anuência do Poder Público. O uso especial, sim." (AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. ***Utilização de Faixas de Domínio, em Rodovias Concedidas, por outras Concessionárias de Serviço Público. Interesse Público*.** São Paulo, v. 3, nº 9, pp. 97-109, jan/mar, 2001, p. 108).

rodovia cobrar alguma espécie de **remuneração (indenização ou preço)** de outras concessionárias de serviço público que pretendam se utilizar dessa infraestrutura.

Para uma corrente doutrinária, **com a qual nos filiamos**, seria juridicamente inviável a cobrança de qualquer espécie de remuneração pela utilização especial deste bem afetado ao serviço público rodoviário, pelos seguintes argumentos: (i) por ser a faixa de domínio das rodovias **um bem de uso comum do povo**, o **seu uso deveria ser gratuito**; (ii) a referida cobrança **fere os interesses da coletividade** e **o princípio da modicidade tarifária**, pois as tarifas dos serviços públicos passantes teriam que ser majoradas **para garantir a manutenção da equação econômica do contrato**[6]; (iii) a cobrança seria um hipótese de **subsídio cruzado** (isto é, de financiamento de um serviço por outro[7]); (iv) os concessionários de energia, gás e telecomunicações somente são obrigados a arcar com **a indenização dos custos da passagem sendo indevida qualquer forma de cobrança de preço (remuneração)** [8]; (v) se a **propriedade fosse privada**, o concessionário, em caso de instituição de servidão, somente seria obrigado a arcar com a indenização se houvesse prejuízo para o particular; não se admitiria que o proprietário privado lucrasse com a passagem.

Há, ainda, clara violação ao **princípio federativo** quando é uma concessionária estadual de rodovia que interfere em uma concessão federal.

Isso porque, como se sabe, a **competência para legislar sobre serviços e instalações de energia elétrica é da União**, a teor do que dispõe o art. 21, XII, b da Constituição Federal. A divisão de competências não é

---

[6] Nesse sentido, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO: Note-se que o artigo 11 da Lei nº 8.987/95, ao permitir a previsão de fontes de receitas alternativas, acessórias ou complementares, deixou expresso que o objetivo é o de favorecer a modicidade das tarifas. Ora, seria irrazoável, por contrariar o intuito do legislador, permitir que, para favorecer a modicidade das tarifas de rodovias, fossem elevadas as tarifas de água, luz, gás e telefone (...) A conclusão é, portanto, no sentido de que não tem fundamento jurídico a remuneração das concessionárias de serviços públicos que se utilizam das faixas de domínio das rodovias para a instalação de equipamentos indispensáveis à prestação de serviços públicos. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Cobrança de remuneração pela ocupação de faixas de domínio por outras concessionárias de serviços públicos*. in ***Temas polêmicos sobre licitações e contratos***. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 360.)

[7] Nesse sentido, fixando a **natureza indenizatória**, já tive a oportunidade de expor que: Admite-se, portanto, qualquer das técnicas de utilização de bens para operacionalizar o direito; em todas, a natureza da remuneração deverá ser indenizatória, não podendo assumir caráter de receita complementar lucrativa para reduzir o valor do pedágio, pois, do contrário, um serviço público subsidiaria o outro, com risco para o princípio da modicidade da tarifa do serviço pagante. (GARCIA, Flavio Amaral. ***Regulação jurídica das rodovias concedidas.*** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.27)

[8] EROS ROBETO GRAU parecer associar os dois argumentos se posicionando no seguinte sentido: Por fim, além de a passagem de dutos de que trata não comprometer o uso comum dos bens públicos em questão, é também certa, no caso, a inexistência de prejuízo que justifique o recebimento, pelo Estado, de qualquer indenização pelo uso do subsolo do bem público de uso comum. (GRAU, Eros Roberto. *Uso do subsolo de faixas de domínio de rodovias vias públicas por empresas concessionárias de serviços públicos – servidão administrativa, direito restritivo de passagem e preço. Falsa privatização de serviço público*. ***Revista Trimestral de Direito Público.*** São Paulo, v.27, p.p 75-88, jul-set, 1999, p. 82).

aleatória, mas vinculada aos interesses tutelados por cada um dos entes federados.

Imagine-se se para construir uma rede (que demanda escala) em âmbito nacional, fosse necessário consultar a legislação de cada Estado ou Município afetado ou mesmo saber como cada ente formata as suas delegações de serviço público. **Seria irrealizável**. Por isso é que predomina o interesse nacional.

É por tudo isso que não se pode admitir que lei ou mesmo o edital da concessão de rodovia estadual interfira diretamente em um serviço público federal, afetando a sua estrutura econômica. Seria uma clara violação ao **princípio da predominância dos interesses**[9], subjugando um interesse nacional em nome de um interesse regional.

Em reforço a essa corrente (da impossibilidade de cobrança), as concessionárias de distribuição de energia elétrica invocam o disposto no **artigo 2º do Decreto nº 84.398, de 16 de janeiro de 1980**, que dispõe sobre a ocupação de faixas de domínio de rodovias e de terrenos de domínio público e a travessia de hidrovias, rodovias e ferrovias, por linhas de transmissão, subtransmissão e distribuição de energia elétrica:

> *Art. 1º - A ocupação de faixas de domínio de rodovias, ferrovias e de terrenos de domínio público, e a travessia de hidrovias, rodovias, ferrovias, oleodutos e linhas de transmissão de energia elétrica de outros concessionários, por linhas de transmissão, subtransmissão e distribuição de energia elétrica de concessionários de serviços públicos de energia elétrica,* ***serão autorizadas pelo órgão público federal, estadual ou municipal ou*** *entidade competente, sob cuja jurisdição estiver a área a ser ocupada ou atravessada.*
>
> *Parágrafo Único: (....)*
>
> *Art. 2º - Atendidas as exigências legais e regulamentares referentes aos respectivos projetos, as autorizações serão por prazo indeterminado e*

[9] O Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, já reconheceu, expressamente, esse princípio: "**A competência constitucional dos Municípios de legislar sobre interesse local não tem o alcance de estabelecer normas que a própria Constituição, na repartição das competências, atribui à União ou aos Estados.** O legislador constituinte, em matéria de legislação sobre seguros, sequer conferiu competência comum ou concorrente aos Estados ou aos Municípios[9]." (os grifos não são do original) (Recurso Extraordinário 313.060-9- São Paulo, Relatora min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 29.11.2005).

> *sem ônus para os concessionários de serviços públicos de energia elétrica.*

A rigor, esse decreto apenas regulamentou o disposto no art. 151 do Código de Águas[10], que se encontra em pleno vigor, **presumindo-se a sua constitucionalidade.**

Essa, pois, seria a **base normativa** que autoriza a ocupação da faixa de domínio pelas concessionárias de energia elétrica.

2.2 A corrente favorável à cobrança

Para uma segunda corrente doutrinária, a referida **cobrança estaria amparada no ordenamento jurídico pátrio,** pelos seguintes argumentos: (i) **a utilização dos bens de uso comum não é, necessariamente, gratuita**[11] (como disposto no artigo 103 do Código Civil[12]); (ii) todos os bens operacionais, inclusive imóveis, como a faixa de domínio, são, em regra, **transferidos por meio do contrato de concessão**, com direito de sua exploração comercial, argumento que se reforça quando o critério de **julgamento na licitação para a concessão foi o da maior outorga**; (iii) a cobrança pela exploração comercial

[10]Veja-se o dispositivo: Art. 151. Para executar os trabalhos definidos no contrato, bem como, para explorar a concessão, o concessionário terá, além das regalias e favores constantes das leis fiscais e especiais, os seguintes direitos: a) utilizar os termos de domínio público e estabelecer as servidões nos mesmos e através das estradas, caminhos e vias públicas, com sujeição aos regulamentos administrativos; b) desapropriar nos prédios particulares e nas autorizações pré-existentes os bens, inclusive as águas particulares sobe que verse a concessão e os direitos que forem necessários, de acordo com a lei que regula a desapropriação por utilidade publica, ficando a seu cargo a liquidação e pagamento das indenizações; c) estabelecer as servidões permanente ou temporárias exigidas para as obras hidráulica e para o transporte e distribuição da energia elétrica; d) construir estradas de ferro, rodovias, linhas telefônicas ou telegráficas, sem prejuízo de terceiros, para uso exclusivo da exploração; e) estabelecer linhas de transmissão e de distribuição.

[11] É como leciona CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: "Eis, pois, que, se até o uso comum de bem de uso comum pode ser remunerado, a fortiori, seu uso especial também pode sê-lo. E, como ocorre no caso sub consulta, se alguém pretende dele extrair um proveito estranho ao que é propiciado por sua destinação própria, é mais do que natural que o senhor do bem ou quem haja sido qualificado para extrair-lhes o proveito cobre dos interessados um valor pela serventia que lhes virá proporcionar." (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. ***Utilização da faixa de dominio de rodovia mediante passagem subterránea de cabos e dutos –possibilidade de cobrança***. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, 2002, p. 93).

No mesmo sentido, ANDRÉS M. GONZÁLES SANFIEL: En íntima relación con lo expuesto anteriormente, la libertad en la prestación de los servicios genera también el derecho a crear y extender sus propias infraestructuras, al mismo tiempo que se reconoce el derecho a utilizar las ya existentes. Con las oportunas matizaciones que concurren en cada sector, las características de este derecho son: (…) La retribución al titular de la infraestructura por el uso de terceros se fija administrativamente. (SANFIEL, Andrés M. Gonzáles. ***Un nuevo Régimen para las infraestrutuctas de domínio público*** Madri: Editorial Montecorvo, 2000, p. 266).

[12] Confira-se o dispositivo: Art. 103 – O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou **retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem**

da faixa de domínio **seria fonte de receita adicional**, instituída a bem da modicidade tarifária, (consoante o disposto no artigo 11[13] da Lei nº 8.987/95), que, contratualmente prevista, **integra a estrutura econômica do negócio**[14]; (iv) a implantação da faixa **de domínio gerou custos** para a concessionária de rodovias; sendo assim, a utilização gratuita por concessionários representaria **uma apropriação indevida desses valores**; (v) não há violação à modicidade tarifária nos serviços de concessão de energia, já que **seria mais oneroso prover a sua própria passagem por meio de uma desapropriação**, por exemplo; (vi) se os **concessionários de rodovia são obrigados ao pagamento de tarifas de energia elétrica, gás e telefonia,** ainda que não ofereçam utilidades que atendem a necessidade da coletividade, não há razão para tais concessionários não poderem suportar a cobrança de eventual remuneração pela utilização da faixa de domínio;

Em reforço a esse entendimento (da possibilidade de cobrança), argumenta-se que, nos termos do art. 25, § 2º da Lei nº 8.987/95, trata-se de **contrato de direito privado celebrado entre as concessionárias**, o que legitima a instituição de uma remuneração entre as partes.

Aduz-se, ainda, que o referido **Decreto n.º 84.398/80 seria inconstitucional**, considerando a manifesta **violação ao princípio federativo**

---

[13] Veja-se, por relevante, o dispositivo: Art. 11 – No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes **de receitas alternativas complementares**, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei. Parágrafo Único – As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição **do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.** (grifo nosso)

[14] Sobre a necessária formatação dos contratos de concessão com a possibilidade a obtenção de receitas adicionais à tarifa a bem de sua modicidade, confira-se TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR: "O desprendimento econômico, os acertos políticos, na prestação do serviço vigente no passado foram os grandes responsáveis pela ineficiência do Estado. Daí porque a força motriz da economia e agora também dos serviços públicos passa a ser dada primordialmente pela racionalidade privada na alocação de recursos. É esta racionalidade que permitirá ao Estado alcançar a melhor prestação de serviços, resultado pelo qual responde e do qual se beneficiam os usuários**. E esta racionalidade baseia-se no lucro, o que pressupõe a obtenção de receitas. Isto é incompatível com privilégios de gratuidade.** (...) Existe uma intenção firme do Estado, dentro do novo modelo, em permitir **que todos os bens e recursos públicos sejam aproveitados, de tal forma que retornem ao administrado, sob a forma de redução de tarifas**. **Essa nova mentalidade é particularmente expressa no art. 11 da Lei que permite (se é que não exige) a exploração de toda e qualquer forma de receita alternativa, tendo em vista a redução de tarifas. (**...) Portanto, como sintetizou com argúcia Marçal Justen Filho, no novo modelo de concessões, **a racionalidade empresarial deve estar presente em sentido amplo, não somente para o serviço objeto da concessão, mas na administração e exploração de todos os bens concedidos, de forma que também quanto a bens não diretamente relacionados ao serviço, e.g, as margens da rodovia, não cabem mais antigos privilégios ou gratuidades."** (os grifos não são do original). (FERRAZ JUNIOR. Tércio Sampaio. *Antinomia do art. 11 da Lei de Concessões de Serviços Públicos com normas do Dec. 84.398/80 que estabelecem antigas regalias típicas do modelo de generosidade na prestação do serviço públicos. In Rodovias.* ***Uso da Faixa de Domínio por Concessionárias de Serviços Públicos. Coletânea de Decisões e Pareceres Jurídicos editada pela Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias***, p. 60/62.

(já que interferiria na autonomia das demais entidades federadas), além de ter sido editado em outro cenário de prestação dos serviços públicos; ainda que sem enfoque empresarial.

3. A divisão do tema na jurisprudência pátria

A **jurisprudência** ainda não se consolidou a respeito do tema, havendo julgados nos mais diversos sentidos e sob fundamentos teóricos e, até mesmo, valorativos, bastante distintos.

Uma primeira linha jurisprudencial se firmou no sentido de que **seria ilegal a cobrança de qualquer remuneração pela exploração da faixa de domínio por outras concessionárias.**

A maioria dos julgados pesquisados caminha nessa direção.

O **Supremo Tribunal Federal**[15], em recente e importante decisão, fixou entendimento de que um **bem público é um instrumento para viabilização dos serviços públicos** e que é da sua essência servir a essa finalidade:

> *"(...) haveria, na ocupação do solo e do espaço aéreo **dos bens de uso comum** de que se cuida, um direito restritivo em benefício do prestador de serviço público, que lhe viabilizaria, instrumentando **sua atuação, o pleno cumprimento do dever-poder, que o vincula, de prestar o serviço.*** (os grifos não são do original)

Em outros julgados, especificamente no âmbito do **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, firmou-se o entendimento de que a faixa de domínio deve ser considerada como um **bem de uso comum do povo**, não havendo qualquer impedimento tecnológico que impeça a instalação das obras de infra-estrutura. Sendo assim, entende-se que o concessionário seria, tão-somente, **um possuidor direto do referido bem** (a teor do disposto no artigo 1. 196 do Código Civil), o que o impediria de cobrar por qualquer contraprestação pela sua utilização[16].

---

[15] RE 581947/RO, rel. Min. Eros Grau, 27.5.2010.

[16] Apelações Cíveis nºs 16.561/2003 e 16.560/2003, 1ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. No mesmo sentido, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos autos da Apelação Cível nº 2006.001.001, por unanimidade, considerou indevida a cobrança pretendida, acrescentando que não há, no ordenamento jurídico pátrio, qualquer previsão que autorize tal exação.

Em outra oportunidade, chegou-se a admitir a possibilidade da exploração econômica da faixa de domínio por particulares que não sejam concessionários de serviço público, visando a incrementar a modicidade tarifária para os usuários, sendo este o sentido da cláusula contratual que permite a exploração da faixa de domínio, **mas nunca em relação à outra concessionária de serviço público**, **visto que isso importaria em obstaculizar o direito de passagem**[17].

A **impossibilidade da cobrança como uma forma de preservar a prestação de outros serviços públicos**, parece nortear o posicionamento predominante no **Superior Tribunal de Justiça**[18], como se vê da decisão assim ementada:

> *Ilegalidade na instituição de cobrança pelo uso de terrenos que margeiam as estradas, com a passagem de cabos de telecomunicações, mediante portaria; ilegalidade na substância do ato, visto que* ***a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de considerar indevida a cobrança pelo uso de área pública, para serviço de utilidade pública.*** (os grifos não são do original).

Já uma segunda linha jurisprudencial se filia ao entendimento de que **seria legal a cobrança pela exploração da faixa de domínio das rodovias**.

Nesse sentido, sustenta-se que assiste o direito incontroverso à concessionária de explorar comercialmente, **sob a forma de arrendamento**, os bens **vinculados à prestação de serviço público**, bem como não poderia o particular (concessionário) suportar os ônus da realização de uma obra de infra-estrutura, sem sua prévia e justa indenização remuneração[19].

Noutro julgado, ficou assentado que não se vislumbra nem ilegalidade nem ilegitimidade na exigência de pagamento pela utilização das faixas de domínio das rodovias, sendo possível e necessária a aplicação do artigo 103 do Código Civil, o qual **determina que o uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou oneroso.** No mesmo julgado, asseverou-se que, de acordo com os critérios estabelecidos pela entidade administradora, essa

---

[17] Nesse sentido, confira-se decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região: "II – DEFIRO o agravo para assegurar a passagem do gasoduto pretendido pela agravante determinando que: "(i) o Agravado se abstenha da cobrança de qualquer valor, para a utilização da faixa de domínio em referência; (ii) o Agravado se abstenha de praticar qualquer ato, direto ou indireto, que impeça e/ou prejudique a mencionada utilização." (AC 200202010333762, Desembargador Federal PAULO BARATA, TRF2 - TERCEIRA TURMA ESPECIALIZADA, 21/06/2005, AGV 200002010334885, Desembargadora Federal JULIETA LIDIA LUNZ, TRF2 - PRIMEIRA TURMA, 21/03/2003).

[18] (STJ. AGRMC 200500176804, CASTRO MEIRA, STJ - SEGUNDA TURMA, 13/06/2005).

[19] Apelação Cível nº. 2001.001.05403, 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rel. Des. Paulo Gustavo Horta

exploração remunerada pode ser instrumentalizada por **meio de um termo de permissão de uso[20].**

Cite-se, ainda, outro julgado, no qual a corte se manifestou no sentido de que, com apoio **na nova ordem constitucional**, o artigo 11 da Lei nº 8.987/1995 conferiu ao concessionário o direito de auferir receitas acessórias, **o que retirou a eficácia** do art. 2º do Decreto nº 84.398/80[21] (que disciplina a gratuidade das concessionárias de energia elétrica).

Nesse sentido, **confira-se precedente da lavra do Superior Tribunal de Justiça: "*Violado, portanto, o art. 11 da Lei n. 8.987/95 pelo Tribunal de origem ao impor a gratuidade[22].*"** Do mesmo modo, já teve a oportunidade de se manifestar o Tribunal Regional Federal da 1º Região[23]:

> *Legítima a contraprestação pecuniária exigida pela União pela utilização da faixa de domínio de rodovia federal pela autora, concessionária de serviço público de telecomunicações, para a passagem de cabos da rede de telefonia fixa, ante a expressa autorização legal para tanto (CC/1916, art. 68 e CC/2002, art. 103 c/c Lei nº 9.992/2000, art. 1º)*

Como se pode observar, o tema ainda enseja polêmica no âmbito dos tribunais pátrios, o que demanda uma acurada análise dos aspectos que envolvem a cobrança pelo compartilhamento de infraestrutura, máxime quando se esta a tratar de um monopólio natural (como as rodovias), que pode ter impacto em outros serviços públicos (como nos de transmissão e distribuição de energia elétrica).

4. As técnicas de compartilhamento da faixa de domínio

O atual cenário que se apresenta sobre o tema ainda é de **insegurança jurídica e de elevado custos judiciais**.

---

[20] Apelação Cível nº 630.325-5/0-00. 2ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Lineu Peinado, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

[21] Nesse sentido, analisando juízo de verossimilhança em sede de provimento liminar, conferir o Agravo de Instrumento nº 596.982-5/1-00, que revogou liminar concedida em cautelar inominada que permitira à agravada realizar obras para a travessia de cabos de rede elétrica sobre rodovia e instalação de postes de sustentação na faixa de domínio. 10ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Teresa Ramos Marques, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. No mesmo sentido, também revogando liminar com o mesmo objetivo do relatado acima, conferir o Agravo de Instrumento nº 331.124-5/3-00. 2ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Mariano Siqueira, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

[22] (RESP 200701844904, DENISE ARRUDA, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, 14/05/2010)

[23] (TRF. AC 200134000209125, DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, TRF1 - QUINTA TURMA, 24/10/2008, CC 200501000438880, DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, TRF1 - CORTE ESPECIAL, 23/06/2008, AG 200401000215210, JUIZ FEDERAL LEÃO APARECIDO ALVES (CONV.), TRF1 - SEXTA TURMA, 03/04/2006)

Daí a necessidade de investigação acerca dos **instrumentos jurídicos** que vem sendo utilizados na exploração da faixa de domínio por concessões distintas.

4.1. A instituição de servidão administrativa

Como já dito, **o uso desse bem público**, nestes casos, **é especial**, pois a implantação de linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica nas faixas de domínio das rodovias não se configura à sua destinação originária, expressa no edital e no contrato de concessão (preservar a segurança do tráfego).

Entretanto, embora essa utilização seja excepcional à formatação da concessão, **não há exercício de discricionariedade do possuidor do bem** (seja o concedente, ou concessionário) **no consentimento** ou não da sua utilização por concessionários de serviço público, já que, para o atendimento das necessidades públicas (**o elemento de coesão social[24], que envolve a prestação dos serviços públicos**), torna-se indispensável à utilização de determinados bens do ***acervo concessionário***[25], como é o caso das faixas de domínio das rodovias.

Trata-se, pois, **de um direito público subjetivo** do concessionário de energia elétrica que depende da utilização dessa infraestrutura; daí porque o **possuidor é obrigado a suportar a instalação das linhas de transmissão e de distribuição de energia elétrica.**

Tem-se, aqui, uma **hipótese de servidão administrativa** (que tem fundamento nos artigo 5º, inciso XXII e 170, inciso II, da CF, condicionando a propriedade à sua função social), tradicionalmente conceituada como o ônus real imposto pelo Poder Público a um imóvel para a realização de obras e serviços públicos. Estabelece um ônus de suportar que se faça algo em imóvel alheio, sem, contudo, implicar a transferência de domínio.

---

[24] Sobre o dever este dever de atendimento das necessidades sociais dos serviços públicos, notadamente em relação aos usuários, confira-se os ensinamentos de Pedro Gonçalves: Quanto à natureza jurídica das relações constituídas entre o concessionário e os utentes do serviço público, entendemos (a menos que outra coisa resulte da lei) que se trata de relações de direito privado (baseadas num contrato de direito privado); **não obstante, não se trata de relações de "puro" direito privado, já que devem considera-se de direito público as regras que fixam o regime da prestação dos serviços aos utentes, que podem ser regras legais (vg., Lei nº 23/96, de 26 de julho, aplicável aos serviços essenciais – fornecimento de água, energia eléctrica e gás e telefone)** (...)." (GONÇALVES, Pedro. ***A concessão de serviços públicos.*** Coimbra: Almedina, 1999, pp. 317-318).

[25] Expressão utilizada com rara propriedade em MOREIRA, Egon Bockman. ***Direito das Concessões: a inteligência da Parte Geral da Lei nº 8.987/1995***. Curitiba, PR: Edição do autor, 2010, posto que demonstra a necessária **comunhão de desígnios** (ente o público e o privado) que deve nortear, inclusive, as concessões de serviço público.

Nem se diga que não se poderia instituir servidão administrativa sobre bens públicos (ou privados afetados a um serviço púbico). Esse argumento não se sustenta pelos seguintes fundamentos, eis que não há óbice à instituição de servidão administrativa em bens públicos, desde que seja utilizada **a lógica da preponderância dos interesses** aplicável às desapropriações (a possibilidade de as pessoas políticas maiores desapropriar bens das menores – artigo 2º, §2[26] do Decreto-lei nº 3.365/1941).

Claro que, em ambas as hipóteses, se ficarem comprovados eventuais prejuízos aos concessionários de rodovia pela instituição de servidões administrativas, **esse dano pode ensejar o direito à indenização**[27], com vistas a recompor o *status quo ante* que, nesse particular, diz respeito à readequação do equilíbrio econômico–financeiro do contrato de concessão.

Sustenta-se, de longa data[28], a tese de que o instituto que mais se aproxima dessa utilização da faixa de domínio por outras concessionárias de serviços públicos é a **servidão administrativa**, o que justifica, repita-se, que **eventual pagamento pela utilização dessa infra-estrutura se limite a indenização dos custos**.

Não se vislumbra natureza **remuneratória** nesse valor. A faixa de domínio não é um bem dominical destinado a produzir renda para o Poder Público. **O pagamento não pode se assemelhar a um "aluguel".** Trata-se de utilização especial de um bem de uso comum do povo, que pode ensejar uma "indenização" pelos encargos adicionais que dela possam decorrer.

A servidão administrativa deveria ser, quando cabível, a **técnica mais adequada para viabilizar essa passagem**. Sucede que se trata de uma

---

[26] Veja-se o dispositivo: Art. 2º Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios. (...) § 2o Os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios **poderão ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados**, mas, em qualquer caso, ao ato deverá preceder autorização legislativa.

[27] Esse, aliás, vem sendo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, como se vê o seguinte julgado, que, não só confirma **a natureza de servidão administrativa**, como assegura a sua continuidade em casos de ilegalidade **a bem da continuidade do serviço público,** desde que seja arbitrado **um valor de indenização** pelos prejuízos do proprietário: ADMINISTRATIVO – SERVIDÃO ADMINISTRATIVA – LINHAS DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – DECRETO DO PODER EXECUTIVO DE DECLARAÇÃO DE CONSTITUIÇÃO DA SERVIDÃO – AUSÊNCIA. 1. Segundo a doutrina, as servidões administrativas, em regra, decorrem diretamente da lei (independente de qualquer ato jurídico, unilateral ou bilateral) ou constituem-se por acordo (precedido de ato declaratório de utilidade pública) ou por sentença judicial (quando não haja acordo ou quando adquiridas por usucapião). 2. **Não observadas as formalidades necessárias à implementação da servidão administrativa (decreto de declaração de utilidade pública), em atenção ao princípio da eficiência e da continuidade do serviço público, deve ser mantida a servidão, com a indenização correspondente à justa reparação dos prejuízos e das restrições ao uso do imóvel, como ocorre com a desapropriação indireta.** (STJ. REsp nº 857596 / RN. Relatora. Ministra Eliana Calmon. 2ª Turma. Data do Julgamento. 06/05/2008.)

[28] Trata-se de posicionamento já firmado, de longa data, em GARCIA, Flavio Amaral. ***Regulação jurídica das rodovias concedidas***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.19.

intervenção forçada na propriedade e que depende, como notório, de um ato declaratório do Poder Público, **ato esse tipicamente de império**.

Mas nem sempre é o que ocorre. **Outros instrumentos** vêm sendo, na prática, utilizados para viabilizar essa coexistência de serviços na mesma faixa de domínio.

4.2. A instrumentalização por meio de permissões ou autorizações

Tem sido muito comum, nessas hipóteses, a celebração de **permissões de uso** ou mesmo **autorizações para a realização de obras nas faixas de domínio**.

Em ambas as situações é o **ente público que detém o poder de polícia** da faixa de domínio quem permite o uso ou autoriza as obras, admitindo que a receita obtida seja direcionada à concessionária, na forma contratualmente prevista.

Mas, como dito, **essa não é uma permissão de uso no qual o concessionário tenha discricionariedade em negar** o direito de passagem pela faixa de domínio[29].

Isso porque não se está tratando de uma permissão de uso no qual estão em jogo **interesses meramente privados**. Há um **interesse público primário** que reduz a discricionariedade do ente público apenas **na avaliação da viabilidade técnica da utilização da infraestrutura** por mais de um concessionário, já que, por se tratar de *instalação essencial*, se veda a recusa injustificada ao acesso de outros agentes econômicos.

É, pois, hipótese de **permissão de uso vinculada**, eis que se comprovado que não há risco para a segurança do tráfego ou para os usuários da rodovia, **é dever do detentor do bem viabilizar a prestação do serviço público**, seja em razão da **função social da propriedade** ou da teoria da **Teoria das *Essential Facilities***.

Essa permissão não pode ser considerada ato administrativo unilateral. Ao revés, trata-se de um instrumento que, por ser permeado por relevantes interesses públicos e pela **legítima expectativa que cria nos particulares**

[29] Nesse sentido, leciona CARLOS ARI SUNDFELD: Desse modo, devemos reconhecer que a municipalidade não tem discricionariedade para fazer ou não a outorga. Tais outorgas são obrigatórias; as autoridades terão que expedi-las por atos adequados. Tradicionalmente tem-se usado o instrumento da permissão, mas parece totalmente irrelevante usar uma nomenclatura ou outra, desde se saiba com muita clareza qual é o regime jurídico. Podemos chamar o ato de outorga de permissão, ou de uso privativo de bem público em favor da empresa de telecomunicações. Não há problema nenhum, desde que saibamos que a expedição dessa permissão é obrigatória e que o ato será estável e vinculado à própria outorga de telecomunicações, e, enquanto esta existir, é preciso manter a outorga de uso do bem público. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Utilização remunerada do especo público pelas concessionárias de serviços*. ***Revista de Direito Municipal. Belo Horizonte,*** 4.4, nº7, p.22, jan-mar, 2003)

(permissionários), deve ser dotado de **maior segurança jurídica**[30], máxime quando envolver a prestação de serviços públicos.

Daí porque também **não é uma permissão precária**, já que há uma necessidade de **estabilização dessa relação jurídica**, posto que serão realizados vultosos investimentos pelas outras concessionárias na faixa de domínio da rodovia.

Em outras palavras, o concessionário de energia tem uma vinculação à **prestação dos serviços de transmissão e distribuição de energia.**

O aspecto no qual permanece a controvérsia é o **preço** a ser pago. Não raro, pretende o titular da faixa de domínio cobrar do "permissionário" uma remuneração pela sua utilização, muitas vezes despida de razoabilidade.

4.3. O contrato de compartilhamento de infraestrutura

A abertura dos serviços públicos à competição – notadamente mediante as reformas constitucionais que quebraram monopólios nos setores regulados – fez com que a prestação desses serviços fosse separada da gestão da infraestrutura por meio da quais estes são prestados (cite-se, por exemplo, o caso da *desverticalização* no setor elétrico – nos segmentos de geração, transmissão e distribuição –, outrora considerados monopólios naturais); tudo isso com vistas à atração de capitais da iniciativa privada.

A duplicação de uma infraestrutura, que se apresentava como monopólio natural (exercidos, antes dos processos de privatização, por empresas estatais), demandaria vultosos investimentos para os concorrentes, o que **acabava por restringir a concorrência** em setores estratégicos; daí a necessidade do estabelecimento de relações jurídicas que **disciplinem a utilização coletiva de infraestruturas** no campo nos serviços públicos ou de utilidade pública[31].

---

[30] A estabilidade que deve nortear a celebração das permissões de uso é assim explicitada por FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO: Com efeito, a precariedade, como anota Edmir Netto de ARAÚJO, tem sido relativizada nas permissões, com o advento das permissões condicionadas ou qualificadas, as quais vêm aprazadas, conferindo ao particular um direito de uso privativo por um prazo certo. Tais permissões tornam ainda mais próximo o instituto da concessão, fazendo ambos praticamente indistintos nos seus contornos práticos. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. ***Bens Públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas***. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.342).

[31] Tal entendimento vem consagrado, por exemplo, no artigo 73 da Lei nº 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações): art. 73– As prestadoras de serviços de telecomunicações **de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público**, de forma não discriminatória e a **preços** e condições justos e razoáveis.

Da mesma forma, dispõe o artigo 58 da Lei nº 9.478/1997 (Leis do Petróleo): Art. 58. **Será facultado a qualquer interessado o uso dos dutos de transporte e dos terminais marítimos existentes ou a serem construídos**, com exceção dos terminais de Gás Natural Liquefeito - GNL, **mediante remuneração**

Além disso, **os custos de manutenção dessa infraestrutura passam a ser menores**, já que repartidos entre as diversas atividades que a exploram (tanto a concessionária da atividade principal, como por outras que prestam serviços de utilidade pública, que se utilizam da rede como suporte à sua atividade), o que pode, em princípio, contribuir para modicidade tarifária, **na forma de receitas alternativas às tarifas nas concessões** [32] (artigo 11 da Lei nº 8.987/1995) e, por consequência, **para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão** (artigo 10 da Lei nº 8.987/1995).

Tal lógica pode ser aplicada à exploração econômica da faixa de domínio por concessionárias de rodovias, uma vez que se trata um monopólio natural, ou seja, de uma infraestrutura da qual outros concessionários necessitam para prestar serviços públicos (por exemplo, os distribuidores e transmissores de energia elétrica).

Daí a possibilidade da celebração **de um contrato de compartilhamento de infraestrutura** para viabilizar o ingresso de terceiros na utilização de bens que integram esta rede (rodovia), desde que seja viável tecnicamente esse acesso à instalação essencial.

Trata-se de contrato com **natureza jurídica de Direito Privado**[33] (a teor do disposto no artigo 25, §2[34]º da Lei nº 8.987/1995), calcado na negociação direta entre as partes[35] (o que excluiria, *a priori*, a intervenção da entidade

---

adequada ao titular das instalações ou da capacidade de movimentação de gás natural, nos termos da lei e da regulamentação aplicável.

[32] Esse é, por exemplo, o entendimento de CARLOS ARI SUNDFELD *in* SUNDFELD, Carlos Ari. ***Estatuto Jurídico sobre o preço no compartilhamento de infra-estrutura de energia elétrica.*** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, nº4, Nov/dez de 2005. Disponível em: WWW.direitodoestado.com.br. Acessado em: 7 de dezembro de 2010.

[33] Nesse sentido, ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO: O compartilhamento tem, portanto, natureza de contrato privado, mas não, evidentemente, de um contrato privado oitocentista, calcado na liberdade da vontade, no princípio da relatividade e no caráter essencialmente privatístico. Há uma limitação administrativa da liberdade de contratar: trata-se, se incumbente e entrante chegarem a um acordo. De um contrato regulamentado (com cláusulas predeterminadas coercitivamente) e autorizado (sujeito à prévia aprovação da Administração Pública) e, caso o contrato seja fixado diretamente pela autoridade reguladora diante do impasse nas negociações das partes, de um contrato forçado. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. ***Direito dos serviços públicos***. Rio de janeiro: Forense, 2008, p.472-473).

[34] Confira-se o dispositivo: Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenue essa responsabilidade: 2º **Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado**, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.

[35] A negociação entre as partes é da essência do contrato de compartilhamento, como bem adverte EDUARDO AUGUSTO DE OLIVEIRA RAMIRES: As dificuldades conforme já salientado, encontram-se nas formas de concretização do dever legal de viabilização do acesso à infra-estrutura essencial. A garantia do acesso de terceiros às infra-estruturas de rede envolve questões de indagação técnica e econômica relativamente complexas, que terão de ser negociadas e ajustadas entre o detentor da infra-

regulatória[36]), que visa a estipular **um preço**[37] a ser pago pela parte interessada (concessionária, permissionária ou autorizatária de um serviço público) ao detentor da infraestrutura, **bem como as condições técnicas desse compartilhamento**[38].

Esse, aliás, foi o entendimento adotado na Resolução ANTT nº 2.552/ 2008:

> *Art. 1º Serão consideradas receitas extraordinárias as receitas complementares, acessórias, alternativas e de projetos associados, caracterizadas por fontes que **não sejam provenientes da arrecadação de pedágio e de aplicações financeiras.***
>
> *Art. 2º Para cada projeto gerador de receitas extraordinárias deverá ser celebrado **um Contrato de Receita Extraordinária - CRE, entre a concessionária de rodovia e terceiros.***
>
> *§1º Os CRE's **reger-se-ão pelo direito privado**, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e a ANTT.*

---

estrutura essencial e os interessados no compartilhamento. (RAMIRES, Eduardo Augusto de Oliveira. ***Direito das Telecomunicações. A regulação para a competição***. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 222.).

[36] Apenas na hipótese dessa negociação não chegar a bom termo, é que haverá intervenção dos entes reguladores, por meio de processo de arbitragem, como restou definido, por exemplo, na Resolução Conjunta ANATEL/ANEEL/ANP n.º 02/01.

[37] Registre-se que o artigo 21 da Resolução Conjunta ANATEL/ANEEL/ANP n.º 001, de 24/11/1999, que aprovou o Regulamento Conjunto para Compartilhamento de Infra-Estrutura entre os Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo, expressamente, atribui a natureza de preço a essa remuneração: Art. 21 **Os preços** a serem cobrados e demais condições comerciais, de que trata o inciso IV do artigo 20, podem ser negociados livremente pelos agentes, observados os princípios da isonomia e da livre competição. Parágrafo único. **Os preços pactuados** devem assegurar **a remuneração** do custo alocado à infra-estrutura compartilhada e demais custos percebidos pelo Detentor, além de compatíveis com as obrigações previstas no contrato de compartilhamento.

[38] Nesse sentido, a Resolução ANEEL nº 581, de 29 de outubro de 2002, que **Estabelece os requisitos mínimos aplicáveis** ao cumprimento do disposto no "caput" do art. 5º do Regulamento Conjunto para Compartilhamento de Infra-Estrutura entre os Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo, aprovado pela Resolução Conjunta ANEEL/ANATEL/ANP nº 001, de 24 de novembro de 1999, estabelece **padrões mínimos de viabilidade técnica para esse contrato**. Confira-se o dispositivo: Art. 2º Para os fins desta Resolução, aplicam-se as seguintes definições, além daquelas estabelecidas no art. 3º do Regulamento anexo à Resolução Conjunta nº 001/99: IV - **Plano de Ocupação** de **Infra-estrutura:** documento por meio do qual o Detentor disponibiliza informações de suas infra-estruturas, ligadas diretamente ao objeto das outorgas expedidas pelo Poder Concedente, qualificando a capacidade **excedente a ser disponibilizada, bem como as condições técnicas a serem observadas pelo Solicitante para a contratação do compartilhamento.**

> *§2º Os contratos serão de natureza precária e terão vigência limitada ao término do contrato de concessão.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 11. O valor a ser cobrado pela ocupação de uso da faixa de domínio é definido pela fórmula descrita no anexo único desta Resolução. (Alterado pela Resolução nº 3.346, de 16.12.09).*

Melhor seria, portanto, que o tema fosse tratado por meio um ato normativo calcado por uma **convergência institucional** – **emanado da ANTT e da ANEEL**, por meio de uma resolução conjunta –, que chegasse a um "ponto ótimo" entre os agentes econômicos, concessionários de rodovia e de distribuição de energia elétrica[39].

Entretanto, malgrado ainda possa de discutir a natureza da remuneração (se indenização, ou preço), mesmo com a edição da referida resolução, deve-se atentar para os valores que serão cobrados das concessionárias de energia, sob pena se inviabilizar o acesso a essas infraestrutura.

5. A remuneração pela utilização da faixa de domínio e o dever de observância ao princípio da proporcionalidade

Independentemente da técnica utilizada**, não se vislumbra natureza remuneratória (de preço)** no valor cobrado pelo concessionário de rodovia (seja ele oriundo de uma permissão de uso ou de contrato de compartilhamento de infraestrutura). Isto porque trata-se da utilização especial de um bem de uso comum do povo (faixa de domínio), que pode **ensejar uma "indenização**" pelos encargos suportados pelo concessionário de rodovia.

Tal assertiva é relevante para que as partes (ou, subsidiariamente, a entidade regulatória) possam **fixar parâmetros de proporcionalidade**[40] acerca do valor a ser devido à quem suporta essa restrição na sua posse sobre a faixa de domínio.

---

[39] Poder-se- ia cogitar da aplicação por analogia do disposto no artigo 22, §1º, da Lei nº 10.233/2001, cujo teor é o seguinte: Art. 22. Constituem a esfera de atuação da ANTT: § 1º A ANTT articular-se-á com as demais Agências, para resolução das interfaces do transporte terrestre com os outros meios de transporte, visando à movimentação intermodal mais econômica e segura de pessoas e bens

[40] Esse é o entendimento, por exemplo de ARAGÃO, Alexandre Santos de. ***Direito dos Serviços Públicos***. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 457.

Tem-se, aqui, uma **ponderação de interesses**[41] que deve envolver não só a mensuração do valor do bem para a concessionária de energia elétrica, mas os **efetivos prejuízos sofridos pela passagem** de uma linha de transmissão ou distribuição pela faixa de domínio, por exemplo.

Nesse sentido, pode-se afirmar que se, por um lado, o princípio da proporcionalidade deve orientar a fixação dessa indenização, de modo que não seja tão **elevado** a ponto de equivaler **a uma negativa de acesso**, de outro, não pode ser tão **baixo** a ponto de gerar prejuízos a adequada prestação do serviço de concessão de rodovia, alterando o equilíbrio econômico-financeiro desse contrato[42].

Daí porque não se pode cogitar que o concessionário de rodovia busque o lucro (na modalidade de receita alternativa) com essa indenização, ainda que ela se reverta para a modicidade tarifária[43], posto que isso **resultaria em graves prejuízos para os usuários dos setores de transmissão e distribuição de energia elétrica**.

Não se pode desconsiderar que a fixação desse preço em valores exacerbados pode ter reflexos diretos no Direito da Concorrência, já que a elevação artificial desses preços pode servir como **um mecanismo para prejudicar ou selecionar concorrentes**.

---

[41] Sobre a ponderação dos interesses o exercício da função regulatória, confira-se os ensinamentos de MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO: a norma regulatória, como se verá adiante, traça conceitos técnicos, despidos de valoração política (que deve estar contida na norma a ser implementada); deve ser eqüidistante dos interesses em jogo, resultando de uma ponderação entre os custos e os benefícios envolvidos (daí deve ser necessariamente motivada e editada, preferencialmente, por agente "independente", *i. e.* protegido contra pressões políticas). (SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. ***Direito administrativo regulatório***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 26)

[42] FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO relaciona o dever de continuidade dos serviços públicos a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão: De mais a mais, havendo o desequilíbrio, é natural, resta posta em risco a continuidade do negócio. Sabemos serem aplicáveis à concessão tanto o princípio da vedação de interrupção da prestação concedida (princípio da continuidade do serviço público, v.g., 39, Parágrafo único da Lei nº 8987/95) como o princípio da adequação do serviço (v.g. art. 6º § 1º da Lei nº 8.987/95). Ora, a não recomposição do equilíbrio contratual ensejaria ou o desatendimento indireto do princípio da interrupção da prestação (pois que não se pode obrigar permanentemente o particular a prosseguir em prestação cujos pressupostos econômicos restaram superados por fatores alheios à sua vontade) ou da violação do princípio da adequação do serviço (pois alterados os pressupostos econômicos da concessão, perecerão a qualidade, a atualidade, a segurança ou a atualidade da prestação). (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. ***Breves considerações sobre o equilíbrio econômico financeiro nas concessões***. *In Revista de Direito Administrativo*, nº 227, jan/mar 2002, p. 106).

[43] O próprio Egrégio Tribunal de Contas da União já reconheceu a direta relação entre essas receitas e a **modicidade tarifária**: "A obtenção de receitas acessórias ou alternativas, tais como as provenientes de exploração de redes de fibra ótica ao longo das rodovias, deve ser garantida e revertida em prol da modicidade das tarifas cobradas dos usuários." (*Boletim de Direito Administrativo - NDJ*. ***Contratos de Concessões Rodoviárias obtenção de Receitas acessórias ou alternativas Reequilíbrio Econômico-financeiro do contrato***. Agosto de 2004. Ata nº 40/2002- Plenário. Sessão de 30 de Outubro de 2002).

A distinção entre "**renda" (aluguel) e "indenização" é relevante para fixação dos parâmetros de razoabilidade** acerca do valor eventualmente devido por quem se utiliza do imóvel. Note-se que o que está em jogo não é o valor de mercado do bem usado, mas o **prejuízo** efetivamente suportado pela utilidade pública do bem afetado pelo duto, rede ou linha de transmissão.

6. Breves Conclusões

Aqui se sustentou que, independente das técnicas de utilização de bens públicos para operacionalizar o direito de acesso à faixa de domínio, **a natureza da remuneração deverá ser indenizatória.**

Esse é um entendimento já sustentado de longa data[44] e calcado na idéia de que a **passagem pela faixa de domínio se assemelha a uma servidão administrativa, que apenas indeniza quando há efetivo prejuízo.**

Daí se entender que **não cabe remuneração**, como receita alternativa, devida à concessionária de rodovia.

É lógico que cada contrato ou mesmo cada situação concreta pode comportar **peculiaridades e especificidades** que escapam do caráter genérico desse estudo.

Mas há, como visto, argumentos jurídicos para ambos os lados, como se buscou, de **forma imparcial**, demonstrar nesse breve estudo.

O fato é que o conflito aqui abordado provoca uma **indesejável insegurança jurídica e custos judiciais elevados**, que repercutem diretamente nos segmentos das concessões públicas de rodovias, ferrovias, energia elétrica, gás e telecomunicações.

O Direito Administrativo do Século XXI tem como um dos pilares o **consenso.** Esse é um conflito no qual não se vê maiores benefícios na sua judicialização; afinal, a **questão envolve uma disputa entre mercados regulados e que deveriam buscar uma solução administrativa e negociada.**

Daí porque melhor seria que houvesse – quando o conflito se desse apenas em âmbito federal - **uma solução conjunta entre as próprias Agências Reguladoras envolvidas**, a saber, ANTT e ANEEL. Não foi o que ocorreu, já que a ANTT editou resolução própria acerca do tema, priorizando, naturalmente, os interesses dos agentes por ela regulados.

Despida de legitimidade essa norma da ANTT eis que, repita-se, não é fruto de uma convergência institucional.

[44] Garcia. Flávio Amaral. **Regulação Jurídica das Rodovias Concedidas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

Parte do problema é também do **próprio Poder Concedente (União)** que formata as concessões de rodovias já incluindo essa receita alternativa como integrante da economia do contrato.

Caberia, em tese, às outras concessionárias (gás, energia e telecomunicações) **impugnarem administrativamente esses editais e contratos (art. 41, § 2°, da Lei n.° 8.666/93**), na medida em que as disposições que viabilizam a cobrança de preço (remuneração) pela utilização da faixa de domínio por terceiros afetam diretamente os seus interesses.

Enfim, os argumentos estão postos e, insista-se, **a pior solução é a judicialização do conflito** que é, via de regra, cara, lenta e incerta para ambos os lados, já que os tribunais ainda não consolidaram um entendimento a favor de nenhuma das teses.

Uma via alternativa para solução do conflito seria a **Câmara de Conciliação da Advocacia Geral da União,** disciplinada pela Portaria AGU nº 481, de 06/04/09, que alterou a Portaria nº 1.099, de 28/07/08, e que vem solucionando importantes disputas no âmbito da Administração Pública Federal e mesmo conflitos envolvendo outros entes da federação.

Bibliografia

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. ***Utilização de Faixas de Domínio, em Rodovias Concedidas, por outras Concessionárias de Serviço Público. Interesse Público*.** São Paulo, v. 3, nº 9, pp. 97-109, jan/mar

ARAGÃO, Alexandre Santos de. ***Direito dos serviços públicos***. Rio de janeiro: Forense, 2008

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. ***Utilização da faixa de dominio de rodovia mediante passagem subterránea de cabos e dutos –possibilidade de cobrança***. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, 2002

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Cobrança de remuneração pela ocupação de faixas de domínio por outras concessionárias de serviços públicos*. in ***Temas polêmicos sobre licitações e contratos***. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001,

FERRAZ JUNIOR. Tércio Sampaio. *Antinomia do art. 11 da Lei de Concessões de Serviços Públicos com normas do Dec. 84.398/80 que estabelecem antigas regalias típicas do modelo de generosidade na prestação do serviço públicos. In Rodovias.* ***Uso da Faixa de Domínio por Concessionárias de Serviços Públicos. Coletânea de Decisões e Pareceres Jurídicos editada pela Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias***

GARCIA, Flavio Amaral. ***Regulação jurídica das rodovias concedidas.*** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

GRAU, Eros Roberto. *Uso do subsolo de faixas de domínio de rodovias vias públicas por empresas concessionárias de serviços públicos – servidão administrativa, direito restritivo de passagem e preço. Falsa privatização de serviço público*. ***Revista Trimestral de Direito Público.*** São Paulo, v.27, p.p 75-88, jul-set, 1999

GONÇALVES, Pedro. ***A concessão de serviços públicos.*** Coimbra: Almedina, 1999

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. ***Bens Públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas***. Belo Horizonte: Fórum, 2009

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. ***Breves considerações sobre o equilíbrio econômico financeiro nas concessões***. *In Revista de Direito Administrativo,* nº 227, jan/mar 2002

MOREIRA, Egon Bockman. ***Direito das Concessões: a inteligência da Parte Geral da Lei nº 8.987/1995***. Curitiba, PR: Edição do autor, 2010

POSNER, Richard. **Economic analysis of law.** Third Edition. Boston: Little, Brown and Co., 1986.

RAMIRES, Eduardo Augusto de Oliveira. ***Direito das Telecomunicações. A regulação para a competição***. Belo Horizonte: Fórum, 2005

SALOMÃO, Calixto. ***Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos***, São Paulo: Malheiros, 2001

SANFIEL, Andrés M. Gonzáles. ***Un nuevo Régimen para las infraestrutuctas de domínio público*** Madri: Editorial Montecorvo

SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. ***Direito administrativo regulatório***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002

SUNDFELD. Carlos Ari. ***Utilização Remunerada do Espaço Público pelas Concessionárias de Serviço****. In Revista de Direito Municipal.* Jan/Mar*,* 2003

SUNDFELD, Carlos Ari. ***Estatuto Jurídico sobre o preço no compartilhamento de infra-estrutura de energia elétrica.*** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, nº4, Nov/dez de 2005. Disponível em: WWW.direitodoestado.com.br. Acessado em: 7 de dezembro de 2010.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

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

GARCIA, Flavio Amaral. FREITAS, Rafael Véras de. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 38, maio/junho/julho, 2014. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-38-MAIO-2014-FLAVIO-AMARAL-RAFAEL-VERAS.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito

Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br

4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.