

Utilização das faixas de domínio por concessionária de rodovias federais

Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto
Marina Fontão Zago

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar algumas questões relacionadas à exploração das faixas de domínio por concessionárias de rodovias federais. Para tanto, estudamos o regime jurídico incidente sobre tais bens, a regulamentação aplicável às rodovias federais concedidas, a legislação de setores reguladores (energia elétrica, telecomunicações, petróleo e gás natural, saneamento), bem como a jurisprudência dos Tribunais Superiores. Concluiu-se, então, que é possível que a concessionária outorgue o uso desses bens a terceiros, de forma onerosa; a concessionária deverá, contudo, observar restrições decorrentes tanto da legislação de setores regulados como do próprio regime público desses bens.

Palavras-chave: Concessão. Rodovias federais. Faixas de domínio. Uso privativo. Cobrança pelo uso. Criação de subsidiária. Custo de oportunidade.

Sumário: **1** Introdução – **2** Pressupostos adotados – **3** A exploração das faixas de domínio por concessionária – **3.1** Nota prévia: a possibilidade de uso privativo concomitante ao uso comum – **3.2** Uso privativo *versus* servidão administrativa – **3.3** As normas incidentes sobre a exploração das faixas de domínio das rodovias federais concedidas – **3.3.1** Normas de ordenação do trânsito – **3.3.2** Normas da ANTT – **3.3.3** Os contratos de concessão – **4** A cobrança pelo uso privativo da faixa de domínio – **4.1** A possibilidade da cobrança pelo uso privativo – **4.2** Eventuais exceções à cobrança pelo uso privativo – **4.2.1** O uso das faixas para instalações de serviços de utilidade pública – **4.2.2** A existência de normas setoriais de serviços públicos – **4.2.3** A prática da ANTT e a recente alteração de posicionamento do ente – **4.2.4** Análise jurisprudencial – **4.2.5** Conclusões parciais – **4.3** Natureza jurídica do valor cobrado pelo uso – **4.4** A destinação do valor cobrado pelo uso – **4.4.1** Criação de subsidiária para a exploração das faixas de domínio – **4.5** Determinação do valor a ser cobrado pelo uso e parâmetros para a definição do custo de oportunidade – **5** Conclusões – Referências

1 Introdução

Cada vez mais vemos a operação e manutenção — por vezes precedidas da construção ou, ao menos, da duplicação — de rodovias serem outorgadas ao setor privado, por meio de instrumentos diversos, entre os quais se destacam as concessões (comuns, patrocinadas ou administrativas) de serviço público.

Em razão desses contratos de concessão e para a execução de seu objeto, são cedidas à concessionária as rodovias que compõem (ou comporão, caso ainda não estejam construídas) o lote de cada contrato, incluindo seus acessos, as faixas de domínio, as edificações e os terrenos destinados às atividades vinculadas à operação e manutenção rodoviária. Todo esse plexo de bens está, assim, vinculado à concessão, conforme expressamente determinado pelos contratos detidos pela concessionária.

É nesse cenário que se discute sobre a exploração das faixas de domínio por concessionárias de rodovias, tema que tem despertado diversas indagações. É possível a cobrança pelo uso de um bem público — tal como o são as rodovias, ainda que concedidas? E no caso do uso das faixas de domínio para a instalação de infraestruturas de serviços públicos, tal cobrança seria legítima? A que título se daria tal cobrança? Quais os critérios para autorizar e cobrar pelo uso por terceiros interessados?

Esses são alguns dos questionamentos pelos quais diversos trabalhos têm se debruçado. O presente estudo tem por objetivo retomar as discussões até agora levantadas sobre o tema, visando a, se não responder algumas dessas indagações, ao menos esclarecer e delimitar as questões jurídicas a que elas se referem, indicando os posicionamentos existentes.

Basicamente, pretendemos dar cabo às seguintes questões: (i) a possibilidade de exploração das faixas de domínio de rodovias federais; (ii) a possibilidade de exploração por concessionárias de rodovias; (iii) os procedimentos para viabilizar essa exploração; (iv) a onerosidade do uso das faixas de domínio e suas condicionantes; e (v) o eventual caráter *intuitu personae* de tal exploração.

2 Pressupostos adotados

Tendo em vista o amplo rol de indagações e temas a elas relacionados, adotamos aqui dois pressupostos.

Primeiramente, o estudo estará *adstrito à análise da exploração das faixas de domínio das rodovias federais concedidas*. Não obstante muito do que aqui asseveremos seja aplicável em gênero a todas as concessões de rodovias, no tocante às rodovias estaduais concedidas serão aplicáveis as regras emanadas pelo órgão regulador estadual competente.

Ademais, deve-se tecer uma breve nota sobre a regulamentação editada pela ANTT e pelo DNIT, frisando-se que *o uso das faixas de domínio das rodovias federais concedidas estará submetido à regulamentação daquele órgão regulador*.

De fato, há dois órgãos federais que se destacam quanto à gestão das rodovias federais: (i) a ANTT, autarquia com a finalidade de fiscalizar e regular a “exploração da infra-estrutura rodoviária federal” (art. 22, V, Lei nº 10.233/01), incluindo a edição de “normas e regulamentos relativos à exploração de vias” (art. 24, V, Lei nº 10.233/01); e (ii) o DNIT, autarquia responsável por administrar as vias federais, compreendendo sua “operação, manutenção, restauração ou reposição, adequação de capacidade e ampliação” (art. 60, Lei nº 10.233/01).

Da distribuição de competências entre esses dois órgãos decorre que as normas sobre ocupação das faixas de domínio editadas pelo DNIT abrangem apenas as rodovias que ainda se encontram sob sua administração, isto é, rodovias cuja operação não foi concedida para o setor privado. A exploração das faixas de domínio de rodovias concedidas deve, pois, observar tão somente as *normas emitidas pela ANTT*.

A esse respeito é interessante citar a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU), analisando especificamente a regulamentação do DNIT sobre a utilização das faixas de domínios

por terceiros e a não aplicabilidade dessas normas às rodovias concedidas. No Acórdão nº 511/2004, o Plenário do TCU analisou os atos e contratos relacionados à exploração das faixas de domínio das rodovias federais pelo DNIT. Na ocasião, o Tribunal determinou, entre outras recomendações, que o DNIT revise:

a regulamentação existente sobre a cessão remunerada das faixas de domínio das rodovias federais, tendo em vista que, além do quadro geral, atualmente verificado, de inadimplência de permissionárias, intenso contencioso judicial, dissonância com a regulamentação posta pela Anatel, inexistência de paradigmas consensuais e falta de coordenação institucional, o processo ainda foi marcado por diversas deficiências indicadas na parte final do Relatório que acompanha este Acórdão. (item 169, letra "c.1", do Relatório de Auditoria ali reproduzido)

Após referida decisão foram interpostos embargos de declaração pela Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias (ABCR), indagando sobre a aplicabilidade da decisão às rodovias federais concedidas. De acordo com a embargante, cabe exclusivamente à ANTT a competência para regular sobre a cobrança pelo uso das faixas de domínio das rodovias federais exploradas sob o regime de concessão, fundamento aceito pelo TCU. Cite-se o sumário do Acórdão nº 1.531/2004:

Sumário: Embargos de Declaração. Relatório de Auditoria. DNIT. Conformidade de atos e contratos relacionados ao arrendamento da faixa de domínio das rodovias federais. Questionamento sobre se a recomendação endereçada ao DNIT, para que reveja a regulamentação existente sobre cessão remunerada de faixas de domínio das rodovias federais, alcança ou não as rodovias administradas sob regime de concessão. Conhecimento. *Competência da ANTT para regulamentar a matéria, quanto às rodovias federais concedidas. Inadequação da expressão genérica "rodovias federais" na parte dispositiva do Acórdão embargado. Provimto. Modificações no Acórdão embargado. Recomendação à ANTT. Ciência à embargante e aos demais órgãos e entidades interessados.*

Dessa forma, conclui-se que sobre o uso das faixas de domínio das rodovias federais concedidas incidem somente eventuais normas editadas pela ANTT. A regulamentação sobre exploração de faixas de domínio promulgada pelo DNIT será analisada apenas como base comparativa para a determinação dos parâmetros de cálculo do valor a ser cobrado pelo uso das vias marginais.

3 A exploração das faixas de domínio por concessionária

Há diversas definições e normas que dizem respeito às faixas de domínio. Tal diversidade se deve ao fato de que as faixas de domínio são bens públicos e estão, assim, sujeitas à regulamentação de

seu ente gestor. Dessa forma, em cada esfera federativa poderá haver um ou até mais de um [1](#) feixe de normas concernente às faixas de domínio detidas por tal ente.

Embora possam ser encontradas diferentes definições sobre as faixas de domínio, há certo consenso quanto aos elementos que as caracterizam. Em definição concebida outrora, delimitou-se que faixa de domínio é:

(...) parte da rodovia, terreno marginal a esta que propositadamente remanesce da expropriação necessária à construção do leito carroçável, de modo a permitir uma zona de segurança e uma reserva de terreno para eventuais ampliações futuras. Assim sendo, a faixa de domínio integra necessariamente o plexo de bens vinculados à operação rodoviária, sendo parte indissociável de um sistema rodoviário.[2](#)

Esse conceito não difere muito daquele propagado pelo DNIT, em sua “Terminologia Rodoviária” (concebida ainda à época do antigo DNER), para quem faixa de domínio é:

(...) base física sobre a qual assenta uma rodovia, constituída pelas pistas de rolamento, canteiros, obras de arte, acostamentos, sinalização e faixa lateral de segurança, até o alinhamento das cercas que separam a estrada dos imóveis marginais ou da faixa de recuo.[3](#)

O conceito de faixa de domínio está, assim, atrelado ao conjunto de bens adjacentes a uma dada rodovia e que possuem a capacidade de influir na trafegabilidade desta e de garantir a segurança de seus usuários. É dizer, a faixa de domínio representa certa área que serve de suporte à operação e tráfego da rodovia, seja para assentar as vias da própria rodovia, seja para colocação de sinalização, construção de acostamentos ou, ainda, como reserva para futuras ampliações de capacidade da rodovia.

Dessa definição temos que a utilização das faixas de domínio, nos termos que serão vistos adiante, haverá de ser implementada de modo tal que não comprometa a destinação principal do bem (v.g., circulação de veículos de longo percurso).

3.1 Nota prévia: a possibilidade de uso privativo concomitante ao uso comum

As rodovias federais (e respectivas faixas de domínio) atualmente outorgadas às concessionárias podem ser caracterizadas como *bens públicos federais de uso comum do povo*. São *bens federais*, na medida em que sua construção e operação foram — e continuam sendo — ensejadas pela União. O fato de estarem cedidas à concessionária não retira a titularidade pública desses bens: a União, quando da outorga da concessão, apenas transfere a posse das rodovias para que a contratada

possa prestar as atividades objeto do contrato, permanecendo a União como proprietária desses bens.⁴ São, ademais, *bens de uso comum do povo*, uma vez que sua fruição está aberta para a coletividade, indistintamente e em igualdade de condições.⁵

Especificamente em relação às faixas de domínio, foi visto que elas cumprem a função de garantir a segurança das rodovias e a fluidez do tráfego. Esta é a *afetação primária*, precípua, das faixas de domínio.

Os bens públicos podem, contudo, possuir afetações múltiplas, isto é, serem destinados a mais de um tipo de uso. Assim, concomitantemente à utilização original conferida ao bem, ele pode também receber usos secundários, adicionais à afetação primária. Exemplo típico é a calçada, cuja afetação primária é a circulação de qualquer cidadão mas que pode, também, ser utilizada para a instalação de banca de jornal, postes, mobiliário urbano etc.

O uso múltiplo também poderá existir nas faixas de domínio: conjuntamente ao seu uso normal, primário — isto é, garantir a segurança das rodovias e a fluidez do tráfego —, as faixas marginais também podem ser utilizadas para finalidades outras, servindo de infraestrutura para a construção de instalações diversas. Nesse caso, o uso secundário das faixas de domínio será *privativo*, uma vez que apenas acessível para aqueles que forem previamente autorizados pelo ente responsável.⁶ É dizer que, paralelamente ao uso principal e primário, aberto indistintamente a todos os usuários de rodovias, é possível que as faixas de domínio tenham uma afetação secundária que importe num acesso privativo para aqueles que detiverem uma titulação especial para tal uso.⁷ O uso privativo conviverá com a destinação original conferida às faixas de domínio. O bem passa, assim, a ser utilizado com maior eficiência, na medida em que lhe é conferido não um único uso, mas sim usos diversos — preservando-se, entretanto, o uso comum das faixas de domínio no que tange a sua afetação inicial (segurança da rodovia e fluidez do tráfego).

É importante, pois, ter em mente a multiplicidade de usos que podem ser aferidos às faixas de domínio, especialmente quando, mais adiante, analisarmos a questão da cobrança pelo uso privativo desses bens.

3.2 Uso privativo versus servidão administrativa

Conforme visto, o uso privativo outorga à determinada pessoa (que cumpra requisitos específicos) o direito de se utilizar de um bem público. No caso específico das faixas de domínio, trata-se de um uso secundário, concomitante à afetação original desses bens.

Cumpra aqui diferenciar o uso privativo da servidão administrativa. Por meio deste instituto (servidão), o Poder Público institui um direito real de uso sobre bem de terceiro, nos casos necessários para a prestação de serviços de utilidade pública. Embora a servidão administrativa seja imposta por meio do mesmo procedimento de desapropriação estabelecido pelo Decreto-Lei nº 3.365/41, ela não configura a perda da propriedade, mas apenas uma restrição a ser observada no exercício desse direito. Mencione-se ainda que o pagamento de indenização em razão da instituição de servidão apenas será necessário se ensejar algum prejuízo ao proprietário.⁸

Vê-se, pois, que são institutos jurídicos diversos, sendo que a *conferência de direito de uso não*

pode ser equiparada à instituição de servidão administrativa.

Por fim, cumpre tecer última nota a respeito da possibilidade de instituição de servidão administrativa no caso em estudo. Determinado ente federativo poderia, em tese, instituir servidão administrativa em faixas de domínio de rodovias para a viabilização da prestação de serviços de interesse coletivo. Ocorre que, nesse caso, seria pressuposto que a rodovia (bem sobre o qual será instituído a servidão) seja de titularidade diferente do ente que determinará a servidão. Assim, por exemplo, é possível que a União institua uma servidão administrativa em terreno privado marginal à rodovia, com o objetivo de criar um acesso de saída ou entrada. Ocorre que, no caso, estamos diante de um bem que já é federal — ainda que concedido —, não fazendo sentido falar-se em instituição de servidão administrativa pela União sobre um bem que já lhe pertence. Desse modo, não há de se cogitar na instituição de servidões administrativas nas faixas de domínio das rodovias federais concedidas.

3.3 As normas incidentes sobre a exploração das faixas de domínio das rodovias federais concedidas

Há duas ordens de normas que incidem diretamente sobre a utilização e exploração das faixas de domínio das rodovias federais concedidas, ambas provenientes da esfera federal: (i) as regras emanadas pela União, no âmbito de sua competência para regulação do trânsito (item 3.3.1); e (ii) as regras editadas pela União como ente gestor das rodovias federais (itens 3.3.2 e 3.3.3).

3.3.1 Normas de ordenação do trânsito

No âmbito de sua competência para disciplinar sobre trânsito (cf. art. 22, XI, da Constituição Federal), a União promulgou o Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97).

Em suma, o CTB dispõe sobre: (i) a definição das faixas de domínio; (ii) a determinação de que a utilização das faixas de domínio deverá sempre resguardar a segurança da via; e (iii) a expressa autorização de utilização das faixas de domínio para a colocação de propagandas, de acordo com as condições estabelecidas pelo ente com jurisdição sobre a via.⁹

3.3.2 Normas da ANTT

A utilização das faixas de domínio deve ainda observar regras que regem a conservação e operação das rodovias federais e, mais especificamente, das rodovias federais concedidas. Tais regras visam a assegurar que as rodovias (e, conjuntamente, as faixas de domínio) estejam em condições aceitáveis de fruição pela coletividade, viabilizando a utilização desses bens em consonância com a afetação que originalmente lhes foi destinada.

De acordo com o Regimento Interno da ANTT, ¹⁰ cabe à Superintendência de Exploração de Infraestrutura Rodoviária regulamentar e propor autorização do uso das faixas de domínio (cf. art. 79, VI).

Nesse sentido, a Resolução nº 2.552, de 14 de fevereiro de 2008 (alterada pela Resolução nº 3.346, de 16 de dezembro de 2009), disciplinou a obtenção de receitas extraordinárias nas concessões de rodovias. De acordo com referida resolução, são receitas extraordinárias todas aquelas que não decorram da arrecadação de pedágio e de aplicações financeiras.

Primeiramente, a norma traz requisitos gerais para qualquer fonte de receita extraordinária, estabelecendo, em suma: (i) que deverá haver um *Contrato de Receita Extraordinária* (CRE) para cada projeto gerador de receita, que se submeterá exclusivamente ao regime de direito privado, sem qualquer participação da ANTT, e terá duração limitada à vigência do contrato de concessão; (ii) que as receitas arrecadadas deverão ser repartidas entre ANTT e concessionária, conforme estabelecido no art. 4º; e (iii) regras sobre contabilidade e registro dos projetos para viabilizar a fiscalização pela ANTT.

O regulamento também prevê que, em caso de divergências entre concessionária e terceiro, a ANTT poderá intervir como mediadora, com vistas a solucionar o conflito (art. 5º).

Ademais, a Resolução estabelece regras específicas para três “espécies” de receita extraordinária, classificada conforme a *fonte geradora*.

Com relação às *receitas extraordinárias advindas da exploração das faixas de domínio*, a resolução determina que apenas os contratos que envolverem projeto de engenharia deverão ser previamente aprovados pela ANTT (art. 10). Ademais, a resolução determina a fórmula para o cálculo do valor a ser cobrado pela ocupação da faixa (art. 11), que será pormenorizadamente estudada no Tópico 4.

Já quanto às *receitas geradas por publicidade e propaganda na faixa de domínio*, a aprovação da ANTT será devida quando houver necessidade de obras de instalação (art. 14), conforme resolução específica.¹¹ Quanto ao valor cobrado, a resolução não dispõe sobre parâmetros para o cálculo do valor, impondo apenas que este deverá estar expresso no CRE, refletindo necessariamente o valor pago pelo anunciante da publicidade ou propaganda (art. 17).

Por fim, a concessionária também poderá obter lucro com *projetos associados*, que se caracterizam como os serviços, fora do âmbito da concessão, prestados pela concessionária a terceiros. Nesse caso, a resolução apenas estabelece a necessidade de prévia análise do plano de exploração do projeto pela ANTT.

Em derradeiro, é importante mencionar que não há normas específicas que regulem sobre o acesso das faixas de domínio por prestadores de serviços públicos — diferentemente do que ocorre, por exemplo, com as vias administradas pelo DNIT, que possuem regulamentação específica sobre o uso das faixas para instalações de energia elétrica, saneamento e telecomunicações.

3.3.3 Os contratos de concessão

Por fim, a exploração das faixas de domínio das rodovias concedidas deve ainda observar as regras contidas nos contratos de concessão, especialmente no tocante aos bens vinculados à concessão e à arrecadação de receitas extraordinárias.

Nesse sentido, cumpre observar que atualmente todos os contratos de concessão federal¹² estabelecem que as rodovias que integram os lotes concedidos, suas faixas de domínio e seus acessos são bens vinculados à concessão, sendo que, a partir da outorga da concessão, esses bens são *cedidos à concessionária* (que, inclusive, deverá resguardar e garantir sua integridade). Ademais, a maioria desses contratos preveem como receitas extraordinárias aquelas advindas da exploração das rodovias e das faixas de domínio, excetuada a tarifa arrecadada dos usuários das rodovias.

Especificamente com relação às faixas de domínio, os contratos de concessão mais recentes¹³ possibilitam expressamente sua exploração pela concessionária, que poderá outorgar seu uso a entidades prestadoras de serviços públicos ou entes privados, com a reversão de parte da receita para a modicidade tarifária e com a observância das regras da ANTT.

Temos então que também sob o foco dos contratos de concessão, as faixas de domínio (que pertencem ao rol dos bens outorgados à concessionária) podem ser exploradas pela concessionária, mediante prévia autorização da ANTT (conforme disciplinam a Resolução nº 2.552/08 e os contratos de concessão), e observadas eventuais condicionantes específicas contidas nos contratos.

4 A cobrança pelo uso privativo da faixa de domínio

4.1 A possibilidade da cobrança pelo uso privativo

Anteriormente foi consignado que as faixas de domínio das rodovias concedidas podem ser dedicadas a um uso secundário, concomitante a sua afetação original. Atualmente, pouco se discute sobre a possibilidade, em tese, de que tal uso seja outorgado a título oneroso, uma vez que até mesmo o uso primário desses bens (uso comum) pode se dar mediante cobrança de valor, conforme inclusive expressamente previsto no Código Civil.¹⁴ A cobrança de pedágio pelo uso das rodovias é exemplo salutar de tal possibilidade.

O fundamento da cobrança pelo uso privativo nas rodovias concedidas reside no fato de que tal uso consiste num compartilhamento de uma infraestrutura (faixa de domínio) entre a concessionária de rodovia e o terceiro interessado. Logo, aquele que arca com pesados investimentos para garantir os padrões de desempenho na manutenção e operação dessa infraestrutura (a concessionária) deve ser proporcionalmente remunerado por aquele que dela também fará uso.

A cobrança por esse uso possui fundamento legal e, conforme visto, autorização contratual expressa na maior parte dos contratos de concessão. O art. 11, da Lei nº 8.987/95, prevê que o Poder Concedente pode autorizar a concessionária de obter receitas alternativas, extraordinárias ou de projetos associados, com vistas à modicidade tarifária. A Resolução nº 2.552/08, da ANTT, autoriza expressamente o uso das faixas de domínio para a obtenção de receitas extraordinárias pela concessionária.

Contudo, deve-se mencionar que o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência no sentido de inviabilidade de cobrança pelo uso destes bens públicos, uma vez se tratar de bens de uso comum (sobre o tema, ver item 4.2).

Ainda assim, entendemos que a principal questão não reside sobre a possibilidade, em tese, de

cobrança por tal uso, mas sim sobre *eventuais exceções a tal cobrança*, conforme o fim a que se presta o uso privativo.

4.2 Eventuais exceções à cobrança pelo uso privativo

Se há certo consenso quanto à possibilidade da cobrança pelo uso privativo da faixa de domínio, discussão pertinente é sobre situações específicas que geram questionamentos quanto à viabilidade jurídica de tal cobrança.

4.2.1 O uso das faixas para instalações de serviços de utilidade pública

Destaca-se a questão do uso das faixas de domínio como infraestrutura para a prestação de serviços de utilidade pública. São os casos em que a execução de serviços públicos de determinado setor necessita do apoio da infraestrutura rodoviária para ser prestada, como pode ocorrer, por exemplo, com os serviços de energia (instalação de rede aérea de energia), telecomunicações (instalação de cabos subterrâneos), saneamento (ocupação da faixa para construção de estações de tratamento ou para instalação de dutos subterrâneos) e gás e petróleo (instalação de dutos de transporte). Nessas situações há posições divergentes que discutem se tal uso poderá ser oneroso ou, a contrário, deverá ser gratuito.

Uma primeira especificidade com relação ao uso das faixas de domínio para a prestação de serviços públicos diz respeito sobre a *obrigatoriedade de a concessionária conferir o acesso à faixa de domínio para a prestadora do serviço*. Nesse sentido, tem-se entendido pela obrigatoriedade de se facultar o acesso — exceto nos casos em que o uso privativo possa contrariar a destinação primária desses bens —, sendo as faixas de domínio consideradas como bem essencial (“essential facility”), imprescindível para a execução de outras atividades. Isto é: as entidades que prestem serviços de interesse coletivo têm direito de utilizar as faixas de domínio se estes bens forem essenciais para a prestação dessas atividades.

A obrigatoriedade de se facultar o acesso, contudo, não implica necessariamente na gratuidade desse acesso. De fato, há grande discussão sobre a gratuidade ou não do uso das faixas no caso de serviços de interesse coletivo.

A *gratuidade do uso* das faixas de domínio para prestação de serviços coletivos estaria embasada nos seguintes fundamentos:¹⁵ (i) o princípio da modicidade tarifária nos casos de prestação de serviços públicos concedidos, uma vez que a cobrança pelo uso das faixas seria certamente repassada para os usuários desses serviços públicos; (ii) a imunidade recíproca, que impede que a cobrança de impostos sobre os serviços prestados entre os entes federativos (cf. art. 150, VI, “a”, CF); (iii) especificamente no caso dos serviços de energia elétrica, telecomunicações e petróleo, vedação de criação de novos impostos que não os previstos na Constituição Federal (cf. 150, VI, “a”, CF).

Já a *possibilidade de cobrança por tal uso* fundamenta-se nos seguintes argumentos:¹⁶ (i) a modicidade tarifária também se aplica para os serviços rodoviários concedidos, sendo que as receitas arrecadadas por meio do uso privativo das faixas de domínio contribuem para a

modicidade tarifária dos serviços rodoviários; (ii) defender a gratuidade no uso das faixas de domínio para os serviços de interesse coletivo implicaria em colocar esses serviços numa hierarquia superior aos serviços rodoviários, ideia que não pode prevalecer sob pena de infração ao princípio da isonomia entre os usuários; (iii) ainda que sejam serviços de interesse coletivo, essas atividades também são desenvolvidas sob a ótica da exploração econômica; (iv) uma vez que o valor cobrado pelo uso dos bens não é tributo, não há se falar na aplicação do art. 150, VI, "a", da Constituição Federal.

4.2.2 A existência de normas setoriais de serviços públicos

Paralelamente aos argumentos sobre a possibilidade ou não de cobrança pelo uso das faixas de domínio para o acesso às instalações de serviços públicos, deve-se ressaltar as hipóteses em que há previsão de gratuidade pela legislação setorial de determinados serviços públicos. Nesse sentido é o exemplo da legislação do setor de energia elétrica, que estabelece a gratuidade do uso das faixas de domínio para a implantação das instalações necessárias à prestação dos serviços de energia elétrica.

No caso de normas de serviços públicos que dispõem sobre a utilização de infraestruturas para as instalações desses serviços, é possível a existência de conflitos (aparentes ou não) entre (i) a competência da União para regular sobre seu domínio (rodovias federais) e, de outro lado, (ii) a competência dos entes federativos (União, Estados e Municípios) para disciplinar sobre a prestação dos serviços públicos de sua titularidade.¹⁷ Na prática, tais conflitos podem ensejar interferências na execução das concessões rodoviárias por normas advindas de setores regulados.

Também aqui podem ser apontadas divergências quanto à constitucionalidade de normas de outros setores que imponham a gratuidade do uso das faixas de domínio. Embora não se discuta especificamente sobre o tema, debate-se sobre a constitucionalidade e vigência de normas do setor elétrico que impõem a gratuidade do uso das faixas de domínio para as instalações elétricas. Ademais, a doutrina que defende a possibilidade de cobrança para o acesso das faixas de domínio às concessionárias de serviços públicos não faz qualquer ressalva quanto à existência de normas específicas prevendo a gratuidade, o que pode ensejar a conclusão de que eventuais normas que assim disponham seriam inconstitucionais (tal como ocorre, aliás, com a discussão das normas do setor elétrico).

De outro lado, contudo, é possível argumentar que a competência detida pelo ente para regular sobre o uso de seus bens não é absoluta. Em outras palavras, a possibilidade da União cobrar pela utilização de bens de uso comum (tais como as faixas de domínio) não é irrestrita, devendo se adaptar a outras normas e princípios existentes no ordenamento jurídico.¹⁸ Dessa forma, admite-se a possibilidade de cobrança pelo uso de faixas de domínio ainda que para a utilização por outros serviços públicos, o que não impede, contudo, a existência de normas específicas que imponham a gratuidade de tal uso em determinadas situações.

Trata-se, pois, de um debate pertinente sobre a validade ou não de eventuais normas setoriais que determinem a gratuidade do uso de bens públicos (no caso, faixas de domínio) para instalações de serviços públicos. Diante das peculiaridades de cada setor, entendemos que tal discussão não pode ser exaurida sem que se analise a situação específica, levando-se em conta as competências dos

entes envolvidos e a legislação do setor como um todo. Assim, cumpre-nos analisar a legislação federal dos seguintes setores: energia elétrica, telecomunicações, gás canalizado, petróleo e saneamento. Nos serviços de competência dos Estados ou Municípios, não será viável identificar concretamente as normas existentes, pois isso envolveria o estudo de uma quantidade manancial de dispositivos normativos, desfigurando o presente trabalho. É certo, contudo, que ainda que se defenda a possibilidade de instituição de gratuidade do uso das faixas de domínio por normas setoriais, elas apenas serão válidas se promulgadas no âmbito da competência do ente federativo responsável pela prestação de tal serviço público.

a) Setor de energia elétrica

O setor de energia elétrica contém prescrições sobre o uso gratuito das faixas de domínio, havendo, contudo, grande discussão sobre a atual vigência dessas normas.

O Código de Águas, promulgado pelo Decreto nº 24.643/34, ao regular sobre as concessões para a exploração dos serviços de geração de energia elétrica, dispõe que:

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;

Visando a regulamentar a referida norma, foi promulgado o Decreto nº 84.398/80 (posteriormente alterado pelo Decreto nº 86.895/82), no seguinte sentido:

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 – Para os fins do disposto neste artigo, será considerada *entidade competente a pessoa física ou jurídica que, em razão de concessão, autorização ou permissão, for titular dos direitos relativos à via de transporte, auto ou linha a ser atravessada, ou a ter a respectiva faixa de domínio ocupada.*

Art. 2º – Atendidas as exigências legais e regulamentares referentes aos respectivos

projetos, as autorizações serão por prazo indeterminado e *sem ônus* para os concessionários de serviços públicos de energia elétrica.

Eis, assim, que a legislação federal (v.g. o Código de Águas e seu decreto regulamentador) estabeleceu o direito de o concessionário de energia elétrica utilizar-se de terrenos públicos (inclusive das faixas de domínio) para implantar as instalações necessárias para a viabilização dos serviços concedidos. Caberá à entidade responsável pelo bem autorizar tal utilização que, entretanto, deverá ser outorgada sem ônus (isto é, a título gratuito) para o concessionário.

Em que pese inexistir qualquer revogação expressa dessas disposições, muito se discute sobre sua revogação tácita, especialmente em razão de aparente antinomia com o disposto no art. 11 da Lei nº 8.987/95, que autoriza a obtenção de receitas extraordinárias pelas concessionárias de serviços públicos. Dessa forma, esta lei federal teria revogado (tacitamente) as disposições do Código das Águas e de seu decreto regulamentador, uma vez que a gratuidade imposta no uso de bens públicos vinculados às concessões (especialmente as concessões rodoviárias e ferroviárias) se contraporiam ao direito dessas concessionárias de explorar onerosamente os bens vinculados a suas concessões. Ademais, alega-se que essas disposições infringem o princípio do federalismo (uma vez que cabe ao ente detentor do bem regular sobre sua utilização) e o princípio da separação dos Poderes (uma vez que o decreto que dispôs sobre a gratuidade teria extrapolado as balizas impostas pelo Código das Águas, inovando no ordenamento jurídico).¹⁹

Em estudo anterior sobre o tema, já houve a manifestação sobre recepção do Código de Águas pela Constituição Federal de 1988 e pela não revogação das disposições sobre o uso de terrenos públicos, ainda que concedidos, a título gratuito.²⁰ Primeiramente, observe-se que a regulação dos serviços de energia elétrica, bem como das instalações necessárias para a prestação desses serviços, permanece sendo competência constitucional da União (cf. art. 21, XII, CF).²¹ Ademais, não houve revogação tácita dessas disposições pelo art. 11 da Lei nº 8.987/95, se não porque não há nem mesmo em se falar em antinomia entre esses dispositivos²² (pressuposto para se falar em revogação tácita), então porque, ainda que houvesse, lei geral posterior (Lei nº 8.987/95) não revoga lei especial anterior (Decreto nº 24.643/34).²³

Temos então que, especificamente no setor de energia elétrica, há norma que prevê expressamente a gratuidade do uso das faixas de domínio para instalações elétricas. Há discussões, entretanto, quanto à atual vigência da citada norma.

b) Setor de telecomunicações

A regulação do setor de telecomunicações compete à União, conforme art. 21, XII, da Constituição Federal.²⁴ Nesse sentido, foi editada a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), destacando-se para o caso em pauta a seguinte disposição:

Art. 73. As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão

direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões *pertencentes ou controlados por prestadora de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público*, de forma não discriminatória e a *preços e condições justos e razoáveis*.

Parágrafo único. *Caberá ao órgão regulador do cessionário dos meios a serem utilizados definir as condições para adequado atendimento do disposto no caput.*

A LGT garante o compartilhamento de infraestruturas entre as prestadoras de serviços de telecomunicações e outras prestadoras de serviços de utilidade pública. Contudo, paralelamente ao direito de acessar essas infraestruturas, a Lei ressalta que tal acesso será oneroso, devendo-se fixar preço justo e razoável.

Dessa forma, verifica-se que a LGT objetivou resguardar o direito de acesso das prestadoras de serviços públicos para o compartilhamento de infraestruturas existentes para a prestação de serviços de interesse coletivo, evitando a paralisação desses serviços em razão de inviabilidade técnica ou econômica de duplicação de instalações físicas. No entanto, tal acesso pressupõe o pagamento de um preço capaz de ressarcir proporcionalmente a proprietária da infraestrutura compartilhada pelos custos incorridos com a construção e manutenção dessa infraestrutura. Há, assim, expresse embasamento legal para a cobrança pelo uso das faixas de domínio pelas concessionárias de telecomunicações, vez que a regulamentação desse setor expressamente prevê que as empresas de telecomunicações terão acesso à infraestrutura necessária para suas atividades, mediante o pagamento de valor justo.

c) Setor de transporte dutoviário de petróleo e gás natural

A Constituição Federal divide a competência para regular o transporte dutoviário de petróleo e gás natural entre União e Estados. A regra é o monopólio da União do transporte de petróleo e seus derivados por meio de dutos, cabendo a ela explorá-los, direta ou indiretamente. Contudo, a própria Constituição ressalta a competência estadual no tocante aos serviços locais de gás canalizado. Nesse sentido dispõem os seguintes artigos:

Art. 25, §2º – *Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.*

Art. 177. Constituem monopólio da União: IV – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o *transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;*

Quanto à competência federal, a autorização ou concessão para o transporte dutoviário de petróleo

e derivados cabe à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), nos termos do art. 56, da Lei nº 9.478/97.²⁵ Nessa lei e na regulamentação da ANP, não há disposições específicas quanto à utilização de terrenos para a passagem dos dutos, sendo que há apenas previsão do compartilhamento da própria infraestrutura dutoviária entre os atores do setor.

Da mesma forma, a Lei nº 11.909/09, que dispôs sobre as atividades de transporte de gás natural, também não tratou diretamente sobre o uso de terrenos e vias para a construção de gasodutos, apenas autorizando a delegação de competência à ANP para que ela declare a utilidade pública para a desapropriação ou instituição de servidões administrativas em terrenos necessários para a passagem de gasodutos (cf. art. 3º, §4º).

Não há, assim, regulamentação federal do setor de transporte dutoviário que disponha sobre regras específicas de utilização das faixas de domínio para a implantação de redes dutoviárias. Ressalte-se, entretanto, a possibilidade de existência de leis estaduais regulando sobre os serviços locais de gás canalizado.

d) Setor de água e esgoto

A competência para prestar os serviços de distribuição de água potável e captação de esgoto (segmentos do setor de saneamento que em geral se utilizam de dutos) é em regra municipal, apenas havendo discussões sobre a competência estadual nas regiões metropolitanas.

Tendo em vista o caráter local desses serviços — restritos, pois, ao território municipal —, é certo que a maior parte dessas redes dutoviárias estarão adstritas ao âmbito municipal, não atravessando pelas vias marginais de rodovias.

No entanto, encontramos, nas atas das reuniões da Diretoria da ANTT, algumas autorizações para a utilização das faixas de domínio de rodovias federais concedidas para a implantação de infraestrutura para a prestação de serviços de água e esgoto.

De todo modo, cumpre observar que a legislação federal que estabelece diretrizes sobre saneamento (Lei nº 11.445/07) não trouxe qualquer disposição específica sobre o tema objeto do presente estudo.

4.2.3 A prática da ANTT e a recente alteração de posicionamento do ente

Conforme visto, a Resolução nº 2.552/08 autoriza a cobrança pelo uso das faixas de domínio (sem fazer qualquer ressalva quanto à natureza do uso que será feito pelo terceiro acessante), por meio da celebração entre concessionária e acessante de um Contrato de Receitas Extraordinárias.

Ocorre que encontram-se deliberações da Diretoria da ANTT concernentes a autorizações para uso de faixas de domínio ao longo de rodovias federais, tomadas em reuniões realizadas após a promulgação da referida resolução, e que (i) autorizavam o uso ora com, ora sem a cobrança; e (ii) referiam-se à celebração entre concessionária e terceiro de um Contrato de Permissão Especial de Uso. Assim, verificou-se certa *discrepância entre a regulamentação e a prática da ANTT*.

De todo modo, foi disponibilizada pela Superintendência de Infraestrutura da ANTT uma série de ofícios enviados pelo Superintendente de Exploração da Infraestrutura para as unidades regionais (Ofícios nºs 137 a 149, de 30.04.09), determinando a “alteração de procedimentos de trabalho na ANTT”, nos seguintes termos:

Com o propósito de beneficiar os usuários das rodovias federais concedidas por meio de receitas extraordinárias a serem revertidas para a modicidade tarifária, informa que *todos os projetos de interesse de terceiros que envolvam ocupações transversais de serviços à faixa de domínio das rodovias federais concedidas a serem encaminhados de agora em diante à ANTT, considerando a data do presente ofício, serão submetidos à cobrança onerosa na forma de cálculo da Resolução ANTT nº 2552/2008.*

Dessa forma, mostra-se nítido que se está visando implantar na ANTT o posicionamento de cobrança pelo uso das faixas, nos termos, aliás, da própria resolução do ente. Entretanto, há uma exceção prevista pelos referidos ofícios: *o uso das faixas para serviços de energia*, em razão dos decretos já citados. Nesse sentido determinam os citados ofícios:

Considerando a vigência dos Decretos nº 84.398/1980 e 86.859/1982, *as ocupações oriundas de serviços de energia não serão sujeitas à cobrança onerosa.*

4.2.4 Análise jurisprudencial

A jurisprudência também se divide sobre o tema de gratuidade ou onerosidade de cobrança pelo uso de vias públicas e eventuais exceções para instalações relacionadas aos serviços de interesse coletivo.

Nos *Tribunais Regionais Federais*, pode-se observar certa tendência no sentido de se admitir tal cobrança, ainda que o uso se destine para instalações de serviços públicos.²⁶ De acordo com essas decisões, o uso especial a ser atribuído às faixas de domínio poderá ser outorgado mediante a cobrança de preço, ainda que o acessante seja concessionário de serviço público. Há, no entanto, decisões em sentido contrário.²⁷ Nelas, a cobrança pelo uso das faixas de domínio é tida como inviável, uma vez que (i) as faixas são bens de uso comum do povo, voltadas, pois, ao atendimento dos interesses de toda a coletividade; e (ii) tal cobrança contraria a universalização dos serviços públicos.

Já o *Superior Tribunal de Justiça* possuía posicionamento firme no sentido de ser *inviável a cobrança pelo uso de vias públicas*.²⁸ Nessas decisões, há, contudo, algumas peculiaridades que devem ser destacadas. Primeiramente, o valor pelo uso das faixas de domínio era *cobrado por ente público* (em geral, o Município), sendo que não havia, até recentemente, nenhuma decisão de mérito que tratasse de cobrança *pela concessionária*. Nesse sentido, o STJ definiu que o valor cobrado não poderia se caracterizar como taxa (uma vez que não haveria a prestação de qualquer serviço pelo ente público e nem o exercício de poder de polícia) ou preço público (que só poderia

ser cobrado se houvesse a prestação de um serviço de natureza industrial ou comercial pelo ente público, o que também não teria ocorrido). Ademais, a cobrança referia-se ao uso de vias públicas para a prestação de serviços em benefício da coletividade. Com base nesses argumentos, o STJ proferiu diversas decisões semelhantes, no sentido de que o Poder Público não poderia auferir receita pelo uso de bem do domínio público para a execução de serviço público essencial, decidindo pela *ilegalidade da cobrança* nesses casos.

A partir dos fundamentos utilizados pelo Tribunal é possível alegar que tal jurisprudência não se aplica ao caso em pauta, uma vez que, aqui, a cobrança será feita pela concessionária, a título de receitas extraordinárias — o que igualmente se reverterá para a coletividade, em razão da reversão de parte desses valores para a modicidade tarifária nas concessões rodoviárias. É dizer que, nesse caso, *o conflito não mais ocorre entre ente público e concessionária de serviço público, mas sim entre duas concessionárias de serviços públicos, sendo que a modicidade tarifária incide sobre ambas as atividades*. Ademais, uma vez que ambas as atividades são prestadas sob a ótica da atividade econômica, a utilização de uma infraestrutura mantida pela concessionária rodoviária por outra concessionária de serviço público, a título gratuito, pode representar o enriquecimento ilícito desta, na medida em que se aproveita de investimentos realizados por aquela.

Em que se pese tal discussão, no final do ano de 2009 o Tribunal promulgou decisão que se encaixa com perfeição ao caso em estudo. No REsp nº 975.097,²⁹ o STJ analisou caso em que a concessionária de rodovias cobrava o acesso das faixas de domínio por concessionária de saneamento, julgando tal cobrança possível, nos termos do art. 11, da Lei nº 8.987/95, e do contrato de concessão. Cite-se, aqui, a ementa do acórdão:

Administrativo – Concessão de rodovia estadual – Prequestionamento e aplicabilidade apenas do art. 11 da Lei n. 8.987/95 – Instalação de dutos subterrâneos – Exigência de contraprestação de concessionária de saneamento básico – Possibilidade – Necessidade de previsão no contrato de concessão – Art. 11 da Lei n. 8.987/95. 1. O único artigo prequestionado e que se aplica ao caso é o art. 11 da Lei n. 8.987/95. 2. Poderá o poder concedente, na forma do art. 11 da Lei n. 8.987/95, 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. (...) 4. No presente caso, há a previsão contratual exigida no item VI, 31.1, da Cláusula 31, in verbis: “cobrança pelo uso da faixa de domínio público, inclusive por outras concessionárias de serviço público, permitida pela legislação em vigor”. 5. Violado, portanto, o art. 11 da Lei n. 8.987/95 pelo Tribunal de origem ao impor a gratuidade. Recurso especial conhecido em parte e provido.

Por fim, mencione-se que o *Supremo Tribunal Federal* recentemente editou decisão considerando ilegal a cobrança.³⁰ O Município de Ji-Paraná (Rondônia) instituiu uma taxa para permitir instalações de energia elétrica nas faixas de domínio das vias municipais. De acordo com o Tribunal, não seria possível a instituição de taxa, uma vez que se trata de um valor cobrado

eminentemente pelo uso e ocupação do solo. O Tribunal entendeu ainda ser inviável a cobrança em bens de uso comum do povo. Aqui também, tal como em relação à jurisprudência inicial do STJ, pode-se defender que a decisão não se aplica ao caso analisado, vez que não se trata de uma concessionária de serviço público cobrando uma remuneração pelo uso de sua infraestrutura por outra concessionária mas, sim, de município cobrando uma concessionária pelo uso das vias municipais — o que, possível ou não, são discussões bastante diversas.

4.2.5 Conclusões parciais

No tocante à viabilidade jurídica de cobrança pelo uso das faixas de domínio das rodovias concedidas, é possível concluir que: (i) o posicionamento da ANTT adotado recentemente é no sentido de autorizar o uso das faixas de domínio, mediante a cobrança por tal uso, com exceção dos serviços de energia elétrica; e (ii) em que pese jurisprudência anterior do STJ (que impunha alguns óbices com relação à cobrança pelo acesso de bem de uso comum) e de recente decisão do STF, há inclinação dos Tribunais no sentido da possibilidade de cobrança pelo uso privativo das faixas de domínio, destacando-se aqui recente decisão do STJ (REsp nº 975.097) que autoriza que a concessionária de rodovias cobre pelo uso das faixas de domínio, ainda que para instalações de utilidade pública.

Especialmente no tocante à cobrança em caso de utilização das faixas de domínio para a prestação de serviços públicos, deve-se ressaltar ainda a possibilidade de existência de normas setoriais relativas a serviços públicos específicos, promulgadas pelo ente federativo competente para regular referida atividade, que determinem a gratuidade no uso de bens públicos para viabilizar a prestação desses serviços públicos (tal como ocorre no setor de energia elétrica), sendo, contudo, que a validade dessas normas pode ser contestada.

4.3 Natureza jurídica do valor cobrado pelo uso

A identificação da natureza jurídica do valor a ser cobrado pelas concessionárias de rodovias em razão do uso das faixas de domínio por terceiros é importante para se definir o regime jurídico que incidirá sobre tal cobrança. Busca-se analisar, especialmente, se esses valores estariam submetidos às regras sobre criação e cobrança de tributos (notadamente, os princípios da legalidade e anterioridade).

O valor cobrado poderia, em tese, ser enquadrado como taxa (decorrente serviço prestado ou poder de polícia), preço público, indenização ou preço privado. Destaque-se, contudo, que no caso em análise o valor pelo uso das faixas de domínio é cobrado pela concessionária, e não por ente público.³¹

De acordo com a regulamentação da ANTT e as disposições dos contratos, os valores obtidos com a exploração da faixa de domínio das rodovias concedidas caracterizam-se como receitas extraordinárias, fazendo parte da *remuneração da concessionária*. Não possuem, assim, caráter exclusivamente indenizatório³² — até porque, se assim fosse, não poderia exigir-se que parte desses valores revertesse para a modicidade tarifária — e tampouco caráter tributário.

Ademais, a Resolução nº 2.552/08 estabelece que os contratos celebrados entre concessionária rodoviária e terceiros acessantes serão regidos exclusivamente pelo *direito privado*, não criando para a ANTT qualquer vínculo entre essas partes (art. 2º, §1º).

Diante disso, parece claro que a cobrança de terceiros pelo uso das faixas de domínio por concessionária rodoviária submete-se exclusivamente ao *regime de direito privado*, constituindo-se esses valores em remuneração acessória da concessionária.

4.4 A destinação do valor cobrado pelo uso

A regulamentação da ANTT autoriza a exploração das faixas de domínio pela concessionária, prevendo que os valores arrecadados serão destinados à concessionária, a título de receita extraordinária. Contudo, parte dessa receita deverá ser reservada à ANTT, que deverá revertê-la para proporcionar a *modicidade tarifária*.

A forma de repartição das receitas entre concessionária e ANTT está regulada no art. 4º, da Resolução nº 2.552/08, literalmente:

Art. 4º Será revertida à modicidade tarifária a receita extraordinária líquida após deduzidos os valores relativos a tributos, custos diretamente associados ao CRE e o montante equivalente a 15% (quinze por cento) da receita bruta.

§1º Os custos diretos do concessionário são decorrentes exclusivamente da execução do CRE.

§2º O montante equivalente a 15% (quinze por cento) da receita bruta mencionado no caput, corresponde à cobertura dos custos a título de análise de projetos, administração e fiscalização do objeto do CRE, sendo vedada a cobrança de quaisquer outros valores pelo concessionário.

§3º O valor mínimo a ser revertido à modicidade tarifária deverá ser de 10% (dez por cento) da receita extraordinária bruta, sob pena de redução da alíquota de 15% (quinze por cento) de que trata este artigo.

Na esteira do que foi previsto pela Lei nº 8.987/95,³³ a resolução estabelece que as receitas extraordinárias serão revertidas para a modicidade tarifária. A reversão não incide, contudo, sobre a totalidade desses valores, sob pena de desestimular a concessionária na busca por essas receitas.

Assim, do valor total arrecadado com cada contrato de receita extraordinária, a concessionária terá direito: (i) ao *reembolso das despesas* incorridas com tributos e custos diretos decorrentes da execução do CRE; mais (ii) a *15% do valor total bruto* (isto é, sem descontar os valores anteriores) arrecadado com o contrato. A quantia restante será, então, repassada para a ANTT, que deverá revertê-la para a modicidade tarifária. Ressalte-se, ainda, que se esse valor final a ser repassado à ANTT não representar pelo menos 10% da receita bruta arrecadada, então o valor de 15% a ser

apropriado pela concessionária deverá ser reduzido.

4.4.1 Criação de subsidiária para a exploração das faixas de domínio

Hipótese específica a ser analisada diz respeito à possibilidade jurídica de a concessionária criar uma empresa subsidiária com o propósito específico de explorar as faixas de domínio. Para viabilizar tal opção, a concessionária venderia à subsidiária o direito de explorar as faixas, nos termos da regulamentação da ANTT. A receita gerada para a concessionária por meio dessa venda seria devidamente compartilhada com a ANTT. Em seguida, a subsidiária “revenderia” o direito de uso dessas faixas para terceiros, conforme condições livremente negociadas entre eles, sendo que a receita gerada pertenceria exclusivamente à subsidiária.

Em outras palavras, enquanto a primeira fase da operação (concessionária vende para subsidiária o direito de exploração das faixas de domínio) se submeteria integralmente à regulamentação da ANTT concernente às receitas extraordinárias e exploração das faixas de domínio (especialmente no tocante à divisão das receitas), a segunda fase (subsidiária revende para terceiros o direito de exploração das faixas) seria implementada sem qualquer interferência da ANTT ou, ao menos e especialmente, sem a necessidade de compartilhamento das receitas arrecadadas. Nestes termos gerais, é de se questionar se tal operação seria juridicamente viável, especialmente diante do argumento de criação de subterfúgios para se esquivar da divisão das receitas extraordinárias, entre concessionária e poder concedente, conforme exigido pela regulamentação.

Pois bem. Mencione-se desde já que *há autorização expressa para a operação cotejada no que toca especificamente à exploração de publicidade e propaganda*. O parágrafo único do art. 14 da Resolução nº 2.552/08, que na sua redação original vedava qualquer transferência dessa exploração para terceiros, foi alterado pela Resolução nº 3.346/09, que passou a admiti-la de forma inequívoca, nos seguintes termos:

Art. 14. O contrato de publicidade e propaganda deverá especificar o anunciante e o produto/serviço anunciado, de forma que seja possível fazer a identificação de cada publicidade e propaganda negociada na concessão.

Parágrafo único. *É vedada a transferência a terceiros da exploração de publicidade e propaganda na faixa de domínio da rodovia.* [~~redação original, revogada pela Resolução nº 3.346/09~~]

Parágrafo único. *É permitida a transferência da exploração de publicidade e propaganda na faixa de domínio da rodovia a terceiros.* [~~redação conferida pela Resolução nº 3.346/09~~]

Vê-se, assim, que a operação pretendida estaria expressamente autorizada no que toca especificamente à exploração de publicidade e propaganda. Frise-se, nesse sentido, que a resolução não faz qualquer ressalva quanto ao terceiro que irá explorar tais direitos, sendo certo

que atividade poderá ser realizada por meio de subsidiária, integral ou não, da concessionária.

Expressamente autorizada a transferência no que concerne à exploração de publicidade e propaganda, indaga-se se essa operação poderia ser admitida para qualquer tipo de exploração das faixas de domínio, e não apenas para publicidade e propaganda. Há três argumentos principais que poderiam ser alegados para contestar eventual transferência dos direitos de exploração das faixas de domínio (a totalidade, e não apenas a parcela concernente à publicidade e propaganda) para empresa subsidiária da concessionária.

A um, de ordem formal, concernente à alegação de que, se a resolução autorizou expressamente a transferência da exploração de publicidade e propaganda, a transferência da exploração de outras atividades estaria vedada. Entendemos, contudo, que esse argumento meramente formal pode ser afastado quando se aprofunda nas questões de mérito envolvendo a operação em estudo.

A dois, a questão da dificuldade de fiscalização, pela ANTT, de cada uso privativo a ser conferido para as faixas de domínio pela subsidiária. Conforme fica claro na Resolução nº 2.552/08, há a preocupação de assegurar que a ANTT possa fiscalizar cada conferência de uso para terceiros (ver, nesse sentido, os arts. 6º e 7º). Nessa toada, no caso de transferência da exploração das faixas, essa fiscalização pela ANTT poderia ser dificultada ou até mesmo obstada. Entendemos, contudo, que a operação cotejada não impede que a empresa subsidiária envie à ANTT a contabilização dos contratos assinados, nos termos exigidos pela resolução, de modo a tornar viável a fiscalização pela ANTT. Para isso, a concessionária deverá observar as determinações quanto à fiscalização dos contratos de uso das faixas de domínio por terceiros, enviando os contratos celebrados entre subsidiária e terceiros.

A três, a alegação de criação de subterfúgios para mitigar a divisão de receitas entre concessionária e ANTT. Parece-nos claro que tal exigência será cumprida na primeira fase da operação, isto é, haverá a divisão entre concessionária e ANTT da receita advinda com a transferência dos direitos para a subsidiária. Ainda assim, a concessionária deverá tomar algumas precauções. Primeiramente, não pode haver grande discrepância entre a receita obtida pela concessionária em decorrência da transferência dos direitos de exploração para a subsidiária (primeira fase) e a receita obtida pela subsidiária em decorrência da contratação dos usos das faixas de domínio com terceiros (segunda fase). Em decorrência dessa primeira precaução, mostra-se inviável que a transferência dos direitos de exploração da concessionária para a subsidiária se dê gratuitamente ou a preço simbólico, sob pena de descumprimento da exigência de repartição das receitas extraordinárias.

Tomadas tais cautelas, há viabilidade jurídica na transferência do direito de exploração das faixas de domínio para subsidiária da concessionária.

4.5 Determinação do valor a ser cobrado pelo uso e parâmetros para a definição do custo de oportunidade

O valor a ser cobrado pelo uso das faixas de domínio deve, por um lado, assegurar à concessionária rodoviária o ressarcimento devido pelo compartilhamento da infraestrutura, de forma proporcional ao uso, e, doutro, não inviabilizar a prestação de outros serviços de utilidade

pública que necessitam das faixas de domínio como infraestrutura para sua execução.

A Resolução nº 2.552/08 estabelece, em seu art. 11, a fórmula que deverá pautar a cobrança pelo uso das faixas de domínio das rodovias federais concedidas:

$$V = Cm * A + Co$$

Sendo: V = valor da ocupação do uso da faixa de domínio em reais ao ano; Cm = custo mínimo de manutenção da faixa de domínio, de R\$1,14/m² ao ano; A = área ocupada em m²; e Co = custo de oportunidade de ocupação do uso da faixa de domínio anual definido pela concessionária da rodovia, em reais ao ano.

A resolução ainda determina que (i) o valor do custo mínimo de manutenção (Cm) contido na fórmula será reajustado anualmente pelo IPCA; e (ii) a área ocupada em metros quadrados (A) deverá considerar a largura mínima de um metro.

Há, pois, *três critérios* principais a serem observados para a determinação do valor pelo uso da faixa de domínio: (i) o *custo mínimo* de manutenção da faixa de domínio, que, conforme indicado pela definição, visa a ressarcir a concessionária, de forma proporcional, pelo uso compartilhado de uma infraestrutura por ela construída e mantida; (ii) a *área* da faixa de domínio a ser ocupada, que busca adequar a remuneração devida ao espaço efetivamente tomado; e (iii) um fator referente ao *custo de oportunidade*, a ser determinado pela concessionária.

O *custo de oportunidade* é o único parâmetro que foi deixado em aberto pela resolução da ANTT, cabendo sua definição à concessionária. Ele é um conceito tipicamente econômico, que busca demonstrar o custo de determinada opção, comparando-se com outras alternativas existentes e que não foram escolhidas. Trata-se, pois, de demonstrar os benefícios que se perdem pela escolha de uma alternativa, em detrimento de outra.

No caso em pauta, o custo de oportunidade relaciona-se à conferência de acesso para a exploração da faixa de domínio a determinado requerente, em vez de outros. É dizer que, ao se autorizar a exploração da faixa de domínio para um determinado uso, outros usos naquela determinada área poderão ser excluídos. [34](#)

Se nos parece intrínseco que esse valor variará conforme critérios mercadológicos, é certo também que sua fixação não é totalmente discricionária. Deve-se, pois, buscar algumas balizas para sua determinação, identificando-se se esse valor deve variar conforme o uso, a localização e o tamanho da área ocupada.

Inicialmente, ressalte-se que *o custo de oportunidade não poderá basear-se na área ocupada pela instalação*, uma vez que a fórmula para o cálculo do valor já inclui tal variável fora do custo de oportunidade.

Por outro lado, é certo que se trata de variável tipicamente mercadológica, influenciada pela *demand existente na área a ser ocupada*. Assim, o custo de oportunidade pode variar conforme a

localização (quilometragem da rodovia), por exemplo. Esse método é, aliás, adotado pelo DNIT no cálculo da cobrança pelo uso das faixas de domínio das rodovias sob sua jurisdição, que inclui o “Fator K” (único índice variável na fórmula de cálculo das receitas extraordinárias adotada pelo DNIT, tal como ocorre com o custo de oportunidade na fórmula da ANTT), multiplicador calculado *para cada Estado* com o objetivo de adaptar o valor cobrado à realidade brasileira, e que é obtido em razão de três índices, aferidos para cada Estado: Produto Interno Bruto (PIB), renda *per capita* e Índice de Desenvolvimento Humano (IDH).

Mais sensível é a variabilidade do custo de oportunidade no caso de o uso destinar-se às instalações de serviço público. Nessa toada, deve-se ressaltar que o valor cobrado nesses casos deve ser *justo e razoável*, de modo a não inviabilizar a prestação daquele serviço público.

De mais a mais, deve-se ressaltar ainda a necessidade de o acesso às faixas de domínio ser permitido em *termos não discriminatórios e isonômicos para terceiros interessados*.

Observadas essas balizas, a concessionária poderá determinar o custo de oportunidade a ser incluído na fórmula para o cálculo das receitas extraordinárias. Com vistas a assegurar a isonomia no acesso às faixas de domínio e evitar contestações quanto ao valor cobrado, sugere-se que a concessionária divulgue uma *tabela especificando seu custo de oportunidade*, conforme variáveis adotadas (v.g. localização e tipo de uso), tal como procede o DNIT ao divulgar a tabela com o já citado “Fator K”.

Por fim, repise-se que, especificamente em relação aos contratos de publicidade e propaganda na faixa de domínio, a Resolução nº 2.552/08 não dispõe sobre parâmetros para o cálculo do valor. Isto é, a fórmula acima expressa é aplicável para outros usos da faixa de domínio, sendo que em casos de publicidade e propaganda aplicam-se exclusivamente critérios mercadológicos, ressalvada a observância da isonomia no acesso por terceiros. Entretanto, a resolução impõe que o valor deverá estar expresso no CRE, refletindo necessariamente o valor pago pelo anunciante da publicidade ou propaganda (art. 17).

5 Conclusões

O presente artigo teve por objetivo explorar algumas questões relacionadas às possibilidades de uso das faixas de domínio pelas concessionárias de rodovias federais. Há, em suma, dois feixes de indagações sobre o tema, que foram aqui examinados.

Primeiramente, analisamos a possibilidade de exploração, pelas concessionárias, das faixas de domínio que estão sob sua concessão, outorgando o uso a terceiros. De tal análise, identificamos os fundamentos que expressamente autorizam tal exploração — Lei nº 8.987/95, Resolução ANTT nº 2.552/08 e maioria dos contratos de concessão federal —, concluindo-se que é possível que a concessionária outorgue o uso privativo das faixas de domínio a título oneroso, cobrando dos terceiros interessados pela utilização das faixas de domínio.

Posteriormente, focou-se na questão da possibilidade de cobrança por tal uso ou, mais especificamente, em eventuais exceções à tal cobrança. Se há certo consenso sobre a legalidade dessa cobrança em geral, o mesmo não se pode afirmar nos casos em que as faixas serão utilizadas para suporte de serviços de utilidade pública. Especificamente no setor de energia elétrica, a

discordância é ainda mais intensificada em razão do Decreto nº 84.398/80, que prevê a gratuidade do uso de terrenos públicos para as instalações elétricas. Doutrina e jurisprudência publicistas divergem sobre a gratuidade desse uso, havendo, contudo, certa tendência em admitir a cobrança pelo acesso às faixas de domínio, ainda que o uso se dê para viabilizar a prestação de atividades de interesse coletivo.

Fixadas as bases para concluir pela possibilidade de a concessionária explorar as faixas de domínio sob sua concessão — ainda que se admita uma ou outra exceção na cobrança pelo uso —, passamos por fim a estudar alguns aspectos práticos relacionados a outorga de uso. Quanto à natureza jurídica dos valores cobrados, a regulamentação da ANTT e as disposições dos contratos indicam que os valores obtidos com a exploração da faixa de domínio das rodovias concedidas caracterizam-se como receitas extraordinárias, submetidas exclusivamente ao regime de direito privado e não sujeitas ao regime tributário. Já a destinação desses valores é igualmente fixada pela regulamentação da ANTT, que dispõe que as receitas extraordinárias obtidas pela exploração das faixas de domínio deverão ser repartidas entre concessionária e ANTT, conforme critérios de divisão fixados no art. 4º, da Resolução nº 2.552/08. Por fim, a Resolução nº 2.552/08 estabelece, em seu art. 11, a fórmula que deverá pautar a cobrança pelo uso das faixas de domínio das rodovias federais concedidas — com exceção dos contratos de publicidade e propaganda, cujo valor é calculado exclusivamente em bases mercadológicas, ressalvada, contudo, a isonomia no acesso.

É, enfim, a partir dessas balizas que as concessionárias poderão explorar as faixas de domínio das rodovias concedidas, propiciando um aproveitamento mais eficiente dos bens públicos federais — isto é, as rodovias federais —, que passarão a ter uma utilização múltipla, com a reversão de parte dos valores arrecadados para a modicidade tarifária.

Using of the Rights of Way by Federal Roads Concessionaires

Abstract: This essay proposes an analysis of some questions related to the rights of way' exploration by federal road concessionaires. For that purpose, we studied the legal system that rules those assets, the federal roads' regulation framework, the rules of regulatory sectors (electrical energy, telecommunications, oil and gas, sanitation), as well as the Superior Courts' jurisprudence. We then concluded that it is possible that the concessionaires grant the use of the rights of way to third parties, charging for that use; however, the concessionaire must observe restrictions deriving from the sectors' regulation, as well as the public rules concerning to that assets.

Key words: Concession. Federal roads. Right of way. Private use. Collection for the use. Creation of subsidiary. Opportunity cost.

Referências

ANDRADE, Letícia Queiroz. Uso compartilhado da faixa de domínio das rodovias por concessionárias de serviço público. *Interesse Público*, n. 40, nov. 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Legitimidade e natureza jurídica da cobrança de concessionárias de serviço público pela utilização subterrânea das faixas de domínio de rodovias dadas em concessão. In: ANDRADE, Letícia Queiroz (Org.). *Rodovias: uso da faixa de domínio por concessionárias de serviços públicos: decisões e pareceres jurídicos*. São Paulo: ABCR, 2005.

CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. Possibilidade jurídica de cobrança das concessionárias de serviço público de remuneração pela utilização de faixas de domínio em rodovias concedidas. In: ANDRADE, Letícia Queiroz (Org.). *Rodovias: uso da faixa de domínio por concessionárias de serviços públicos: decisões e pareceres jurídicos*. São Paulo: ABCR, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

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

GRAU, Eros Roberto. Concessionária de serviço público: bens públicos: direito de uso. *Revista de Direito Administrativo*, n. 218, p. 343-355, out./dez. 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. Cobrança pelo acesso a rodovias para a exploração de atividade econômica. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 47, p. 115-141, 2004.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Domínio público estadual e serviço público federal: aspectos jurídicos sobre o uso de bens estaduais para instalações de energia elétrica. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 17, p. 75-110, jan./mar. 2007.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Publicidade em faixas de domínio de rodovias: inconstitucionalidade na Lei Estadual Paulista nº 8.900/94. *Boletim de Direito Administrativo*, n. 10, p. 769-775, out. 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. Utilização remunerada do espaço público pelas concessionárias de serviços públicos. *Revista Brasileira de Direito Municipal*, n. 7, jan. 2003.

¹ É o caso, por exemplo, das rodovias federais, que, como visto acima, podem estar submetidas às

normas do DNIT (rodovias sob a administração direta da União) ou da ANTT (rodovias concedidas para o setor privado).

2 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Publicidade em faixas de domínio de rodovias: inconstitucionalidade na Lei Estadual Paulista nº 8.900/94. *Boletim de Direito Administrativo*, n. 10, p. 769-775, out. 2001.

2 DNER. Terminologia Rodoviária, volume 1, verbete 3.616, 1986.

4 No estudo da relação existente entre a concessionária e os bens públicos a ela cedidos, é possível concluir que à concessionária não é transferida a propriedade dos bens, que permanece, ao longo de toda a concessão, com o Poder Público. Transfere-se à concessionária poderes semelhantes ao do usufrutuário, que extravasam ao do mero possuidor. O ente público, por sua vez, continua como titular da propriedade do bem, com poderes remanescentes que se assemelham aos do nua-proprietário. Quando da extinção da concessão, retornam ao poder concedente os poderes que foram transferidos à concessionária — e não a propriedade dos bens cedidos, uma vez que essa nunca deixou o patrimônio público —, fundindo-se o domínio útil com a nua-propriedade. Nesse sentido: “De fato, sobre esses bens reversíveis [bens públicos] há uma dupla relação. De um lado, o delegatário detém, por todo o tempo da delegação, o domínio útil sobre esses bens, podendo explorá-los sob a égide das condições da delegação (que, neste particular, se aproximariam das cláusulas e condições constantes da escritura de usufruto). Da parte do poder concedente, remanesce a nua-propriedade, pois que durante a delegação existem alguns direitos do poder concedente que advêm da relação remota de propriedade por ele detida. Ao fim da delegação, o que retorna ao poder concedente é o domínio útil, fundindo-se com a nua-propriedade, a partir da extinção desse congênere de usufruto” (*Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 173-174).

5 Ressalte-se desde que já a cobrança pelo acesso a esses bens não retira o caráter de bem de uso comum, desde que essa retribuição seja realizada de modo indistinto para todos os interessados em usufruir do bem. Nesse sentido, o Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/02) autoriza expressamente a cobrança pela utilização de bens públicos de uso comum: “Art. 103. O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem.” Mencione-se ainda que tal previsão já existia no Código Civil de 1916, em seu art. 68.

6 “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 determinação, para que o exerçam, com exclusividade, sobre parcela de bem público” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 634).

7 “Essa configuração do bem para o uso comum contribui para que se confunda a afetação com o próprio bem. Não há, contudo, qualquer impedimento, a priori, de que um bem talhado para um uso comum, por suas características naturais ou pela intervenção do homem, possa ser também afetado a outros usos, empregado em outras atividades que não aquela correspondente ao uso geral originalmente consagrado. A estrada, edificada originalmente com vistas ao uso comum de circulação de pessoas em veículos automotores, pode se prestar também a instalações de transmissão de energia elétrica. A praça destinada ao lazer da população pode se prestar também

ao treinamento de cães por seus adestradores e a calçada servente ao trânsito de pedestres pode ser afetada à instalação de uma banca de jornal” (*Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 209).

⁸ Essa é a conclusão a que se chega pela leitura do Decreto-Lei nº 3.365/41, art. 2º, §1º: “§1º A desapropriação do espaço aéreo ou do subsolo só se tornará necessária, quando de sua utilização resultar prejuízo patrimonial do proprietário do solo.” Mencione-se, ainda, as palavras de Hely Lopes Meirelles, comentando sobre as diferenças entre desapropriação e servidão administrativa: “Na desapropriação despoja-se o proprietário do domínio e, por isso mesmo, indeniza-se a propriedade, enquanto que na servidão administrativa mantém-se a propriedade com um uso público e, por esta razão, indeniza-se o prejuízo (não a propriedade) que este uso, pelo Poder Público, venha a causar ao titular do domínio privado. Se este uso público acarretar dano à propriedade serviente, indeniza-se este dano; se não acarretar, não há que indenizar. Vê-se, portanto, que na desapropriação indeniza-se sempre; na servidão administrativa, nem sempre” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 624-625).

⁹ Nesse sentido são os seguintes dispositivos: “Art. 50. O uso de faixas laterais de domínio e das áreas adjacentes às estradas e rodovias obedecerá às condições de segurança do trânsito estabelecidas pelo órgão ou entidade com circunscrição sobre a via. Art. 83. A afixação de publicidade ou de quaisquer legendas ou símbolos ao longo das vias condiciona-se à prévia aprovação do órgão ou entidade com circunscrição sobre a via. ANEXO I, DOS CONCEITOS E DEFINIÇÕES, FAIXAS DE DOMÍNIO – superfície lindeira às vias rurais, delimitada por lei específica e sob responsabilidade do órgão ou entidade de trânsito competente com circunscrição sobre a via.”

¹⁰ Aprovado pela Resolução nº 3.000, de 28 de janeiro de 2009.

¹¹ Ressalte-se, contudo, que pesquisa realizada no site da ANTT (“Resoluções Regulatórias”), em 26.12.2010, não encontrou nenhuma resolução que tratasse especificamente sobre o tema.

¹² Foram analisados os contratos que estavam disponíveis no site da ANTT: <<http://www.antt.gov.br/concessaorod/apresentacaorod.asp>>, em 23 dez. 2010, celebrados com as seguintes concessionárias: Autopista Régis Bittencourt S/A. (BR-116/SP/PR); Autopista Fernão Dias S/A. (BR-381/MG/SP); Autopista Litoral Sul S/A. (BR-101/SC); Autopista Fluminense S/A. (BR-101/RJ); Autopista Planalto Sul S/A. (BR-116/PR/SC); Transbrasiliiana Concessionária de Rodovia S/A. (BR-153/SP); Rodovia do Aço S/A. (BR-393/RJ); Novadutra (BR-116/RJ/SP); Ponte S. A. (BR-101/RJ); CONCEPA (BR-040/MG/RJ); CRT (BR-116/RJ); end_of_the_skype_highlightingCONCEPA (BR-290/RS); Ecosul (BR-116, 392 e 293); e Viabahia Concessionária de Rodovias S/A (Rodobahia).

¹³ Refere-se aqui aos contratos de concessão da 2ª Rodada de Concessão (7 Lotes), e ao contrato da Rodobahia.

¹⁴ Trata-se do já citado art. 103. Também nesse sentido cite-se trecho da ementa da Apelação Cível nº 200670000170098 (TRF 4ª Região. 3ª Turma. DE, 22 ago. 2007): “DNIT. Permissão de uso de subsolo. Estradas e faixas de domínio. Uso especial de bem público. Possibilidade de cobrança de

remuneração. Natureza da cobrança. Preço público. – Consoante o disposto no art. 103 do Código Civil, até mesmo o uso comum dos bens públicos poderá ser remunerado, a critério da entidade responsável pela administração do bem. Com muito mais razão, o uso especial dos bens públicos — a utilização individualizada de um bem que está disponível ao uso comum do povo — poderá ser oneroso (...).”

¹⁵ Esse é o posicionamento de Eros Grau (Concessionária de serviço público: bens públicos: direito de uso. *Revista de Direito Administrativo*, n. 218, p. 343-355, out./dez. 1999) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 320).

¹⁶ Nesse sentido: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Legitimidade e natureza jurídica da cobrança de concessionárias de serviço público pela utilização subterrânea das faixas de domínio de rodovias dadas em concessão. *In*: ANDRADE, Letícia Queiroz (Org.). *Rodovias: uso da faixa de domínio por concessionárias de serviços públicos: decisões e pareceres jurídicos*. São Paulo: ABCR, 2005. p. 29; CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. Possibilidade jurídica de cobrança das concessionárias de serviço público de remuneração pela utilização de faixas de domínio em rodovias concedidas. *In*: ANDRADE, Letícia Queiroz (Org.). *Rodovias: uso da faixa de domínio por concessionárias de serviços públicos: decisões e pareceres jurídicos*. São Paulo: ABCR, 2005. p. 11; SUNDFELD, Carlos Ari. Utilização remunerada do espaço público pelas concessionárias de serviços públicos. *Revista Brasileira de Direito Municipal*, n. 7, jan. 2003; ANDRADE, Letícia Queiroz. Uso compartilhado da faixa de domínio das rodovias por concessionárias de serviço público. *Interesse Público*, n. 40, nov. 2006; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Revogação da gratuidade de ocupação de faixas de domínio de rodovias por linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica conferida pelo Decreto 84.398/80 e sua inconstitucionalidade face ao princípio federativo. *In*: ANDRADE, Letícia Queiroz (Org.). *Rodovias: uso da faixa de domínio por concessionárias de serviços públicos: decisões e pareceres jurídicos*. São Paulo: ABCR, 2005.

das rodovias por concessionárias de serviço público. *Interesse Público*, n. 40, nov. 2006; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Revogação da gratuidade de ocupação de faixas de domínio de rodovias por linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica conferida pelo Decreto 84.398/80 e sua inconstitucionalidade face ao princípio federativo. *In*: ANDRADE, Letícia Queiroz (Org.). *Rodovias: uso da faixa de domínio por concessionárias de serviços públicos: decisões e pareceres jurídicos*. São Paulo: ABCR, 2005.

¹⁷ Frise-se, desde já, que não se trata de lei estadual ou municipal regulando o uso de bens públicos da União, hipótese na qual não restaria qualquer dúvida sobre a inconstitucionalidade da lei. Trata-se, sim, de lei que discipline sobre um serviço público de competência do ente federativo que a promulgou, e na qual sejam estabelecidas certas condições de utilização de bens para a viabilização da prestação dessas atividades.

¹⁸ Nesse sentido: “o fato de que admitir, em tese e em gênero, a possibilidade e conveniência de cobrança pelo uso de bens públicos (mesmo daqueles afetados ao uso comum) não significa atribuir à pessoa jurídica de direito público titular deste bem um direito absoluto de cobrar por este uso. Não significa que essa pessoa tenha uma imunidade a qualquer restrição, posta por lei, ao seu direito de cobrar pelo uso. É, antecipo, lícito e constitucional que o ordenamento jurídico preveja restrições ou limitações a essa cobrança. Sejam elas ditadas pelos princípios federativos, pelos

direitos individuais (adquiridos ou não), sejam ainda aquelas limitações decorrentes dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade ou modicidade. Em suma: admitir (como eu admito) a possibilidade de que o uso de bem público seja oneroso não implica atribuir ao titular desse bem (muito menos aos seus delegatários) um direito absoluto, ilimitado e ilimitável à cobrança do respectivo preço público” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Domínio público estadual e serviço público federal: aspectos jurídicos sobre o uso de bens estaduais para instalações de energia elétrica. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 17, p. 78-79, jan./mar. 2007).

[19](#) Sobre o tema, ver FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Revogação da gratuidade de ocupação de faixas de domínio de rodovias por linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica conferida pelo Decreto 84.398/80 e sua inconstitucionalidade face ao princípio federativo. *In*: ANDRADE, Leticia Queiroz (Org.). *Rodovias: uso da faixa de domínio por concessionárias de serviços públicos: decisões e pareceres jurídicos*. São Paulo: ABCR, 2005. Também no sentido da revogação desses decretos são os pareceres da Procuradoria-Geral da União, Parecer/ANTT/PRG/FAB/nº 260/2002 e Parecer/ANTT/PRG/TKQ/nº 0386-3.9.6/2004.

[20](#) MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Domínio público estadual e serviço público federal: aspectos jurídicos sobre o uso de bens estaduais para instalações de energia elétrica. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 17, p. 75-110, jan./mar. 2007.

[21](#) Art. 21 Compete à União: XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos.

[22](#) Isto porque o art. 11, da Lei nº 8.987/95, em nenhum momento confere às concessionárias o direito absoluto de necessariamente auferir receitas extraordinárias. De fato, o artigo assegura a possibilidade de as concessionárias obterem outras fontes de receitas que não exclusivamente as tarifárias, desde que autorizadas pelo Poder Concedente.

[23](#) Trata-se do metacritério de solução de antinomias aparentes “lex posterior generalis non derogat priori speciali”. Nesse sentido, cite-se o art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42): “Art. 2º, §1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. §2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.”

[24](#) Art. 21. Compete à União: XI – 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;

[25](#) Art. 56. Observadas as disposições das leis pertinentes, qualquer empresa ou consórcio de empresas que atender ao disposto no art. 5º poderá receber autorização da ANP para construir instalações e efetuar qualquer modalidade de transporte de petróleo, seus derivados e gás natural, seja para suprimento interno ou para importação e exportação.

[26](#) AC nº 200351010232034 (TRF2. 6ª Turma Especializada. *DJ*, 23 ago. 2010); AG nº

200401000215210 (TRF1. 6ª Turma. *DJ*, 03 abr. 2006); AC nº 200551010240258 (TRF2. 8ª Turma Especializada. *DJU*, 23 mar. 2009); AGV nº 200502010104490 (TRF2. 5ª Turma Especializada. *DJU*, 20 jul. 2006); AG nº 200002010575487 (TRF2. 4ª Turma. *DJU*, 1º nov. 2001); AC nº 200471100001875 (TRF4. 3ª Turma. *DE*, 28 abr. 2010); AC nº 200770000157189 (TRF4. 3ª Turma. *DE*, 21 nov. 2007); AC nº 200670000170098 (TRF4. 3ª Turma. *DE*, 22 ago. 2007); AG nº 200604000248632 (TRF4. 3ª Turma. *DJ*, 16 nov. 2006); AG nº 200604000144966 (TRF4. 3ª Turma. *DJ*, 25 out. 2006); AG nº 200405000313058 (TRF5. 3ª Turma. *DJ*, 12 ago. 2005). Pesquisa realizada no site de jurisprudência unificada dos TRFs: <<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/>>, em 26 dez. 2010.

²⁷ AC nº 200202010333762 (TRF2. 3ª Turma Especializada. *DJU*, 21 jun. 2005); AC nº 200051010192205 (TRF2. 3ª Turma Especializada. *DJU*, 21 jun. 2005).

²⁸ Nesse sentido: RMS nº 12.081/SE; REsp nº 802.428/SP; REsp nº 694.684/RS; RMS nº 12.258/SE; RMS nº 11.910/SE; REsp nº 881.937/RS. Pesquisa realizada no site do STJ: <<http://www.stj.gov.br>>, em 26 dez. 2010.

²⁹ REsp nº 975.097/SP. Relatora Ministra Denise Arruda. Relator p/ Acórdão Ministro Humberto Martins. Primeira Seção. J. 09.12.2009. *DJe*, 14 maio 2010.

³⁰ Recurso Extraordinário nº 581.947/RO. Relator Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. J. 27.05.2010. Pesquisa realizada no site do STF: <<http://www.stf.gov.br>>, em 26 dez. 2010.

³¹ Diferentemente é o que ocorre, por exemplo, com as rodovias federais não concedidas, em que cabe ao DNIT — autarquia federal — cobrar pelo uso das faixas de domínio.

³² Ainda que cumpram, em parte, essa função.

³³ 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.

³⁴ Ressalte-se, contudo, a possibilidade de uma mesma área de faixa de domínio receber mais de um uso privativo (por exemplo, ser utilizada tanto para instalações subterrâneas, como para instalações aéreas).

Como citar este artigo na versão digital:

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

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Marina Fontão. Utilização das faixas de domínio por

concessionária de rodovias federais. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 111, mar. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=72153>>. Acesso em: 7 fev. 2013.

Como citar este artigo na versão impressa:

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

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Marina Fontão. Utilização das faixas de domínio por concessionária de rodovias federais. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 111, p. 7-24, mar. 2011.