

Assistência Internacional e o apso regulatório: o caso da Anatel  
**André Felipe Canuto Coelho**

Breves apontamentos para uma análise estrutural da indústria de  
**Calixto Salomão Filho**

Domínio público estadual e serviço público: reflexos jurídicos sobre  
o uso de bens estaduais para instalações de energia elétrica  
**Flóriano de Azevedo Marques Neto**

Regulação econômica das rodovias públicas na perspectiva dos direitos  
fundamentais e da Análise Econômica do Direito  
**Leandro Novais e Silva, Vincenzo Demétrio Florenzano**

DOCTRINA  
JURISPRUDÊNCIA  
COMENTADA

Neconstitucionalismo e controle de políticas públicas  
**Marcos Juruena Villela Souto**

Direito e desenvolvimento: inovação, informação e a pobreza das nações  
**Robert Cooter**

O princípio de eficiência e a gestão empresarial na prestação de serviços públicos:  
a exploração econômica das margens de rodovias  
**Tercio Sampaio Ferraz Junior, Juliano Souza de Albuquerque Maranhão**

Assédio moral coletivo  
(Comentários a acórdão do TRT da 21ª Região - RN)  
**Adriane Reis de Araujo**

REVISTA DE DIREITO  
PÚBLICO DA ECONOMIA  
RDPE

Prof. Dr. Juliano Maranhão  
Universidade de São Paulo



ISSN 1678-7102

R. de Dir. Público da Economia - RDPE	Belo Horizonte	ano 5	n. 17	p. 1-256	jan./mar. 2007
---------------------------------------	----------------	-------	-------	----------	----------------

# O princípio de eficiência e a gestão empresarial na prestação de serviços públicos: a exploração econômica das margens de rodovias<sup>1</sup>

Tercio Sampaio Ferraz Junior

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Juliano Souza de Albuquerque Maranhão

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pos-doc pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e pesquisador visitante nas Universidades de Leipzig, Maastricht e Utrecht.

**Palavras-chave:** Lei de Concessões. Concessionárias. Rodovias. Código de Águas. Prestação de serviços públicos.

**Sumário:** 1 Introdução - 2 A Constituição Federal de 1988 e a nova Lei de Concessões: um novo regime de prestação de serviços públicos - 2.1 O limite imposto pela defesa da concorrência: a solução encontrada pela legislação das telecomunicações - 3 A revogação da gratuidade de uso de bens objeto da concessão pelas concessionárias de serviços de energia elétrica - 4 Conclusão: a articulação entre prestação de serviços e exploração de bens públicos concedidos

## 1 Introdução

A Constituição Federal de 1988, ao conferir ao Estado o papel de agente normativo e regulador da Economia, elegendo a livre iniciativa como fundamento da ordem econômica, reconfigurou e provocou importantes alterações no direito público brasileiro. Ao lado desse reposicionamento do Estado, consagrou o princípio da eficiência da administração, o que submete o ato administrativo a uma racionalidade finalística (responsabilidade pelo êxito em produzir os resultados almejados pelo interesse público) e não somente condicional (responsabilidade pelo cumprimento dos requisitos para emissão do ato) traduzido no princípio de legalidade estrita, arraigado na tradição da teoria do direito administrativo.

Nesse novo quadro, começaram a surgir, em diferentes áreas do direito público, conflitos entre institutos tradicionais, que sustentavam um modelo centralizador e burocratizado da administração, e novos

<sup>1</sup> Os autores agradecem a colaboração em pesquisa por parte de Thiago Francisco da Silva Brito.

institutos vinculados a um esforço de descentralização, eficiência técnica e de parceria com os agentes privados, que aproxima o modelo de gestão administrativa ao modelo empresarial. Dentre esses conflitos, chamam a atenção, ao nosso ver, pelo desafio que impõem à doutrina, a compatibilização do papel normativo da Administração frente ao princípio da legalidade, revelado, por exemplo, no exercício normativo e discricionário das agências reguladoras, e a liberdade dos agentes privados prestadores de serviços públicos, dentro da nova concepção de gestão que privilegia o modelo empresarial orientado pelo princípio de eficiência.

Em outras oportunidades os autores se debruçaram sobre desafios dentro da primeira linha de conflito.<sup>2</sup> No presente artigo, será explorado um conflito entre o modelo de gestão empresarial na concessão de rodovias frente a antigos privilégios contidos no Código de Águas acerca da utilização das faixas de domínio público.

A Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95, art. 11), atribui ao concessionário o direito de cobrança pelo uso desses bens por terceiros. Essa permissão aparentemente entra em choque com o art. 151 do antigo Código de Águas que concede privilégios às concessionárias de serviços de energia, dentre os quais, o direito de uso das margens de rodovias. Sua regulamentação posterior dispõe sobre a gratuidade no exercício desse direito.

Obviamente as concessionárias de serviços públicos podem explorar receitas cobrando por serviços acessórios prestados sem que haja conflito com o Código de Águas. Porém, aparece um problema quando a concessionária em questão é uma concessionária de rodovias e quer fazer uso de sua permissão de explorar receitas alternativas justamente a partir da exploração econômica das margens de rodovias.

Pode o Estado cobrar pelo uso de seus bens? A resposta aqui é obviamente afirmativa e prevista no Novo Código Civil, art. 103 (art. 68 do Código Civil de 1916). Pode a concessionária cobrar pelo uso de bens objeto da concessão, mesmo não estando esse uso relacionado diretamente com o serviço concedido? Sim, por força da recente Lei de Concessões

<sup>2</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Agências Reguladoras: legalidade e constitucionalidade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, ano 8, v. 35, nov./dez. 2000; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; MARANHÃO, Juliano S. A. Competência da Anatel para a regulação de mercados adjacentes aos serviços de telecomunicações: o mercado de listas telefônicas. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, v. 2, 2003; e FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; MARANHÃO, Juliano S. A. Separação estrutural entre serviços de telefonia e limites ao poder das agências para alteração dos contratos de concessão. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 2, v. 8, p. 197-227, out./dez. 2004.

(art. 11), que permite à concessionária a exploração de outras fontes de receita além da tarifa pela prestação do serviço, e do Código Civil que permite. Pode a concessionária cobrar por esse uso, mesmo quando for feito por entidade pública, ligada a outro ente da federação? Sim, pois o art. 11 da Lei de Concessões não faz qualquer ressalva quanto ao sujeito (se público ou privado) perante o qual é feita a exploração de receitas alternativas pela concessionária.

Se isto é certo, o que, então, poderia alterar a conclusão de que as concessionárias de rodovias podem cobrar das concessionárias de serviços de energia pelo uso das margens de estradas? A situação das concessionárias de energia elétrica seria excepcional? Aqueles que respondem afirmativamente a essa última questão, o fazem resgatando um privilégio, concedido pelo art. 151 do Código de Águas aos concessionários de serviços de energia, no sentido de um direito "*para utilizar terrenos de domínio público*". Argumenta-se que esse direito de utilização, retiraria o uso da esfera negocial e incluiria a sua gratuidade. Tal uso gratuito somente veio a ser expressamente imposto pelo Decreto nº 86.859/82 que alterou o Decreto nº 84.398/80. A pergunta então é: essa gratuidade de uso continuaria válida, dentro dos marcos da Constituição de 1988, diante da Lei de Concessões atualmente em vigor? Ou, ao contrário, deixa de valer para o caso particular o direito da concessionária à exploração de receitas alternativas? Ou seja, pode explorar receitas, mas não essa em particular?

## 2 A Constituição Federal de 1988 e a nova Lei de Concessões: um novo regime de prestação de serviços públicos

É preciso, de início, assinalar o contexto dos decretos regulamentares que expressam a gratuidade em questão. Anteriormente à Constituição de 1988, o serviço público era visto como uma *generosidade* do Estado, sendo que as regalias de gratuidade ou benefícios fiscais, advindas de um poder centralizador, constituíam não só uma visão restritivamente estatizante do serviço, mas também, nesse contexto, um meio de "redução de custos" para uma prestação e organização bastante ineficiente de ativos.

Tratando-se de uma *generosidade* e considerando que a exploração do serviço não trazia e nem almejava "lucro", ou mais, que certamente muitas vezes não se auto-sustentava pelas receitas obtidas, até parecia apropriado conceder a outro ente federativo uma isenção ou gratuidade. Tudo em prejuízo aos administrados do serviço, que não se beneficiavam da eficiência própria da organização privada, pressionada pela redução de

custos e aumento de qualidade e dos benefícios para viabilizar ampliação de receitas. Ficavam expostos à ineficiência típica dos monopólios estatais. Como destaca Marçal Justen Filho,<sup>3</sup> o modelo de generosidade significava ineficiência na prestação do serviço, modelo que não tem mais lugar no novo regime de serviços públicos: “Não incumbe ao Estado prestar serviços públicos sob o modelo de generosidade. O desprendimento econômico da atividade estatal acarreta ineficiência de sua atuação e incapacidade de respeitar a dignidade dos usuários, que não recebem as utilidades que constituiriam dever do Estado” (op. cit., p. 158-159).

Esse modelo de prestação com desprendimento econômico, do qual é representativa a “regalia de gratuidade”, foi substancialmente alterado na Constituição de 1988, que instituiu um modelo de Estado normativo e regulador da atividade econômica.

Nele, a atuação do Estado deixa de ser estritamente a de mera proteção da liberdade (Estado de direito e proteção da livre iniciativa), mas também abandona sua postura estatizante, de dirigismo ou de agente econômico direto. Lembre-se que, no novo modelo, a dimensão empresarial da Administração torna-se menor, com o conseqüente crescimento da participação da iniciativa privada. Isto se reflete também na gestão de serviços públicos *lato sensu*, donde decorre a necessidade de maior flexibilização da Administração, que reforça sua função fiscalizadora e supervisora, permitindo, ostensivamente, que a prestação de serviços incorpore a mentalidade da iniciativa empresarial. No Brasil, esse modelo consubstancia-se juridicamente no art. 174 da CF 88, que vê no Estado um “agente normativo e regulador da atividade econômica”, no exercício de funções de “fiscalização, incentivo e planejamento”, esta última apenas indicativa para o setor privado. Esse novo espírito, como enfatiza Floriano Marques Neto, impõe uma nova atitude do intérprete frente a institutos e conceitos tradicionais do direito administrativo:

A reforma do Estado, no Brasil e em diversos países ocidentais, aliada à redução da atividade estatal como agente econômico colocou-nos diante da necessidade de se construir uma teoria da regulação estatal em face da ordem econômica. Teoria que não cabe mais nos institutos clássicos pelos quais nós, os administrativistas, lidávamos com o tema.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Concessões de serviços públicos: comentários às Leis nº 8.987 e 9.074, de 1995. 1. ed. São Paulo: Dialética, 1997.

<sup>4</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da Regulação Estatal. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 69, jan./mar. 2003.

A exigência de reinterpretação diante do novo modelo de Estado presente na Constituição Federal é destacada por Marçal Justen Filho em particular para o instituto da concessão de serviços públicos.<sup>5</sup> Aliás, as concessões tiveram um papel crucial nesse redimensionamento do Estado, o que dá à nova Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95), importância enorme para se compreender a chamada Reforma Política e Administrativa do Estado e a nova mentalidade que passou a estar arraigada na noção de serviço público, informada pelo princípio de eficiência, instituído pela Emenda Constitucional nº 19/98 (art. 37 da CF 88).

Arnold Wald, em obra sobre a Lei de Concessões,<sup>6</sup> destaca essa inter-relação, bem como a inovação, o rompimento com o passado dado pelo novo regime de concessões:

... perseguindo solução para os seus atuais problemas no setor de infra-estrutura, o país se viu na imperiosa necessidade de reformular os vigentes critérios de concessões, autorizações e permissões. Só através de um instituto que ostentasse características inovadoras, capazes de atrair novas fontes de recursos, nacionais e estrangeiros, e novos interessados nos diversos setores, seria possível proporcionar a abertura de novos rumos, com menores custos para a sociedade e maior eficiência na prestação do serviço, tornando-se fundamental para a implementação dessa diretriz favorecer a competitividade e reprimir fortemente as práticas abusivas de concorrência, o que aliás tem sido uma das preocupações da política do atual Governo. (op. cit., p. 48)

E toda essa mudança de mentalidade, como ressalta o autor, insere-se e é fundamental para a Reforma Política e Administrativa do Estado:

Não se trata de diminuir o papel do Estado, mas sim de dar-lhe mais eficiência nos campos em que pode e deve atuar e excluí-lo da área em que restringe a liberdade individual e interfere indevidamente em setores que melhor são atendidos pela iniciativa privada. (...) O mundo jurídico brasileiro continuou, por muito tempo, refletindo, nas suas leis e nos seus estudos doutrinários, o chamado privatismo doméstico, a família patriarcal, a política dos governadores, que se inspirou nas capitânias hereditárias de outrora, a onipotência de uma burocracia que, em nome do Estado, e no seu próprio interesse corporativo, desconhecia e desrespeitava interesses individuais e sociais e que não tinha qualquer parcela de espírito empresarial. (op. cit., p. 33)

<sup>5</sup> "[A] concessão deve ser compreendida no âmbito de uma ordem política e jurídica com características diversas daquelas vigentes há cem anos. Em termos mais precisos, a alteração radical das concepções políticas, sociais, econômicas e jurídicas refletiu-se sobre o instituto da concessão. Alude-se, então, à nova concessão para indicar os efeitos da constitucionalização e da democratização do Estado e do Direito brasileiros" (JUSTEN FILHO, Marçal. As diversas configurações da concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 95-96, jan./mar. 2003).

<sup>6</sup> WALD, Arnold; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O direito de parceria e a nova lei de concessões*. 1. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 1996.

Exatamente esse espírito empresarial, que passa a estar incorporado ao serviço público, parece incompatível com a imposição de gratuidade que estaria presente no art. 151 do Código de Águas. Mesmo em relação aos bens da União, tenha-se em conta que não há espaço para privilégios e regalias para as empresas concessionárias de serviços públicos quando estas empresas, em sua maioria, são agentes do setor privado. Por este motivo, o destaque acentuado que o prof. Celso Antonio Bandeira de Mello dá para a inserção na pauta da regulação dos serviços públicos do intuito lucrativo dos agentes privados (concessionárias).<sup>7</sup> É evidente que as empresas que prestam licitação para ser titular de concessão de serviços públicos estão interessadas na obtenção de seu lucro. O Estado pode exigir metas, serviço eficiente e adequado, modicidade das tarifas, mas deve permitir que a empresa alcance também seus objetivos.

E não se trata aqui somente do respeito aos interesses individuais da empresa concessionária. Trata-se antes de tudo de garantia do interesse público na prestação eficiente do serviço e aqui destaco o princípio de eficiência que informa a Administração pública dentro do novo modelo de Estado (art. 37, CF 88). O princípio da eficiência tem por fim disciplinar a atividade administrativa nos seus resultados, tornando possível a legitimação (mas também sua responsabilização) dos atos administrativos por seu êxito em atingir os fins pretendidos por lei.<sup>8</sup> Dentro do dever de prestação de serviços públicos, a nova solução para essa responsabilidade de Administração pelos resultados, i.e, por um serviço adequado, de qualidade e com tarifas módicas, é dada justamente pela organização empresarial, pela persecução do lucro.

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

<sup>7</sup> É o que se vê quando ele afirma que: "[p]ara o concessionário, a prestação do serviço é um meio através do qual obtém um fim que almeja: o lucro. Reversamente, para o Estado, o lucro que propicia ao concessionário é o meio por cuja via busca sua finalidade, que é a boa prestação do serviço" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 633).

<sup>8</sup> Ver Ferraz Junior, "Agências Reguladoras: legalidade e constitucionalidade". *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, ano 8, v. 35, p. 143 et seq., nov./dez. 2000.

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.

Não parece sustentável que o privilégio da gratuidade somente seria inadmissível se referente especificamente à tarifa cobrada pelo serviço objeto da concessão, mas não com relação a outros bens concedidos, que não se relacionem diretamente ao serviço contratado. Ora, é justamente no reconhecimento de que a empresa, ao perseguir lucro, tem maior capacidade de aproveitar e explorar o potencial econômico dos bens e de todos os bens concedidos, estando eles ou não ligados ao serviço principal, que reside o novo regime de concessões. Existe uma intenção firme do Estado, dentro do novo modelo, em permitir que todos os bens e recursos públicos concedidos 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. É o que destaca Marçal Justen Filho ao comentar esse artigo:

O dispositivo traduz a indispensável modificação de mentalidade que acompanha o processo de privatização e de incremento de concessões. O êxito dessas medidas dependerá, em grande parte, de outro enfoque acerca da atividade a ser desenvolvida. Será imperioso considerar o serviço público na sua dimensão mais ampla, enquanto inserido num processo econômico muito mais complexo. (...) Com a perspectiva da difusão das concessões, os projetos deverão ser norteados por concepções empresariais de alta especialidade. Isso significa explorar intensamente todas as perspectivas propiciadas pela atividade, desde que seja respeitada a natureza indisponível do interesse público. A concessão não abrangerá, portanto, apenas a atividade nuclear do serviço público, mas todas as acessórias. (op. cit., p. 158-159)

Justen Filho sustenta, inclusive, que o art. 11 da Lei de Concessões instituiria mesmo um *dever* das concessionárias em explorar receitas alternativas e cobrar pelo uso de bens não diretamente relacionados à concessão, posição que é compartilhada pelos administrativistas também quanto ao uso de margens de rodovias.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Ver, por exemplo MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Algumas notas sobre a concessão de rodovias. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, ano 17, n. 4, p. 255, abril 2001: "(...) no caso de um bem público rodovia, existe associado ao bem material (estrada), um bem intangível representado pelo potencial de negócio atrelado ao tráfego rodoviário. E este bem intangível, uma espécie de fundo de comércio, pode e deve ser explorado pelo Poder Público, ou por agente delegado seu, de modo a impedir que um excedente

Portanto, 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 de rodovias, não cabem mais antigos privilégios ou gratuidades. Como ressalta Arnold Wald, o novo regime de exploração dos recursos públicos, tendo em vista a eficiência na prestação aos administrados, se sujeita apenas à racionalidade econômica, não fazendo concessões para acertos políticos de qualquer ordem.<sup>10</sup>

## 2.1 O limite imposto pela defesa da concorrência: a solução encontrada pela legislação das telecomunicações

Como vimos, a gratuidade era remédio precário para minorar uma ineficiência crônica, mas não é solução apta a permitir o desenvolvimento eficiente dos serviços de energia, dentro do novo modelo de prestação de serviços públicos. Dentro de uma gestão empresarial eficiente a remuneração constitui um direito do concessionário, que obviamente não pode ser exercido de forma abusiva.

Assim, a cobrança de preço *exorbitante*, capaz de impedir ou dificultar a atividade de distribuição de energia, entraria em choque com o direito das concessionárias de energia elétrica à utilização das margens de rodovias. Essa sim é uma preocupação justa, tendo em vista que o bem em questão pode ser admitido como essencial (i. é, ressalvada a eventual admissão da possibilidade técnica de outras alternativas) para as concessionárias de energia em face de sua concessão às concessionárias de rodovias estaduais. Mas para tanto, a própria Constituição já colocou à disposição os devidos remédios, como a competência do STF como Tribunal da Federação (CF 88, art. 102, I, f) e a repressão ao abuso de poder econômico

econômico criado com recursos da coletividade sirva para beneficiar apenas parcela da sociedade"; e GARCIA, Flávio Amaral. A remuneração nas concessões de rodovias. *Revista de Direito Público da Economia*, n. 05, p. 57, jan./mar. 2004: "O que se tem notado, contudo, é uma total inércia na concepção do edital e na formulação da modelagem do contrato, desconsiderando que esta norma não deve ser interpretada como uma faculdade conferida ao poder concedente, mas como verdadeira imposição decorrente do princípio constitucional da eficiência, previsto no caput do art. 37 da Constituição Federal."

<sup>10</sup> Ver WALD, Arnold; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O direito de parceria e a nova lei de concessões*. 1. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 1996. p. 16: "A inovação da lei, abrangendo especialmente os casos de concessão de obras para realização de serviços, com a atribuição ao concessionário dos custos e a transferência aos usuários do dever de pagá-las no tempo, terá também incontestável efeito sobre as atuais empresas públicas e sociedades de economia mista que deverão, para se manter no mercado, adotar critérios empresariais e não mais poderão atender a injunções políticas."

e ao aumento arbitrário de lucros (CF 88, art. 173, §4º), esse último o instrumento de controle por excelência da atividade empresarial que está na base do novo regime de prestação de serviços públicos.

A propósito, a legislação de telecomunicações é bem representativa dessa nova mentalidade afeta ao redimensionamento do Estado e ao regime de concessões, da qual decorre a compatibilização entre a prestação de serviço por uma concessionária e exploração econômica de bem público concedido, por outra.

Em primeiro lugar, por meio de Emenda Constitucional (EC nº 08/1995), modificou-se o regime de prestação do serviço público de telecomunicações que passou a ser passível de autorização, permissão ou concessão a qualquer empresa capaz, independente desta ter ou não controle estatal. Um marco significativo na reforma de enxugamento das atividades do Estado, concomitante aos diversos processos de privatização ocorridos também nos serviços de telecomunicação.

Em segundo lugar, o art. 73 da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações - LGT) traz expressamente a forma de articulação adequada entre a prestação de serviço e o uso de bem essencial pertencente ou controlado por terceiro ao estabelecer que "*as prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo tem garantido o direito à utilização*" (note: direito à utilização) de bens e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de outro serviço de interesse público, "*de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis*".<sup>11</sup> Fica claro aqui que a preocupação justa está somente com o impedimento ou criação de dificuldades na prestação do serviço de telecomunicações, a partir do exercício abusivo de posição dominante por outra concessionária, o que se coaduna perfeitamente com (na verdade, pressupõe) a cobrança pelo uso desses bens.

<sup>11</sup> Nesse sentido a decisão citada por Wald et al. (op. cit., p. 649) da Justiça Federal do Rio de Janeiro permitindo à concessionária Nova Dutra a cobrança pelo uso de faixas marginais à rodovia por empresa de telecomunicações: "A permissão para o uso especial de bem público poderia perfeitamente se sujeitar à exigibilidade de contraprestação (cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998. p. 742; GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 339; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, [1990?]. p. 431). O fato da autora ser prestadora de serviço, de per si, não ensejaria imunidade ou isenção em relação ao Poder Público administrador do bem. Vale observar que a transferência da exploração do bem para uma concessionária (NOVADUTRA) não impediria a cobrança pelo uso da coisa pública. Aliás, serviria como mecanismo para redução das tarifas cobradas (art. 11 da Lei 8.987/95)" (Ação Ordinária provida por CEG Rio S/A contra o DNER e a Concessionária Nova Dutra. - Processo n. 2000.6101019220-6, 11ª Vara Federal, decisão proferida em 18 de março de 2002).

Aliás, a cláusula impeditiva de preços discriminatórios ou abusivos presente na Lei de Telecomunicações é redundante, pois já decorre da lei geral de defesa da concorrência (Lei nº 8.884/94) que, em seu art. 21, proíbe a qualquer agente “*impor preços excessivos ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço*” (inc. XXIV) ou “*discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou de prestação de serviços*” (inc. XII), que possa representar ou produzir o efeito de aumento arbitrário de lucros ou exercício abusivo de posição dominante (art. 20, incs. III e IV). Note-se que a lei concorrencial aplica-se a quaisquer agentes econômicos, públicos ou privados, prestadores ou não de serviços públicos (art. 15 da Lei nº 8.884/94).

Assim, as proteções concorrenciais abrangem também a prestação de serviços e exploração econômica de bens públicos pelas concessionárias de rodovias vedando qualquer tentativa de abuso que possa criar dificuldades à prestação do serviço de energia elétrica. Essa proteção não é incompatível, pelo contrário, pressupõe a cobrança de preço (justo e razoável) pelo uso dos bens, o que se articula perfeitamente com o novo espírito empresarial das concessões, mormente com o art. 11 da Lei nº 8.987/95 que prevê a exploração de receitas alternativas pelas concessionárias e, portanto, a gestão econômica dos bens concedidos.

Tal direito de cobrança, não só pela prestação do serviço, mas pela exploração econômica de recursos alternativos não afetos ao serviço concedido, está no cerne do novo regime de concessões.

### 3 A revogação da gratuidade de uso de bens objeto da concessão pelas concessionárias de serviços de energia elétrica

A hipótese de revogação do art. 151 do Código de Águas deve ser examinada a partir da compreensão dessa inter-relação entre a Lei de Concessões e o novo modelo de Estado.

Dentro dessa análise vale lembrar, de início, que o referido artigo fala apenas em direito de utilizar as margens de rodovias, mas é omissivo quanto à gratuidade ou onerosidade dessa utilização. Do ponto de vista lógico, ao direito ou prerrogativa de utilizar contrapõe-se uma obstrução desse uso. Porém, como já esclarecido, não é essa a questão problemática; não se pretende proibir o uso do bem, apenas cobrar pelo uso. Portanto, tomado em sua acepção própria — garantia de um direito de uso —, o art. 151 do Código de Águas não é incompatível com o art. 11 da Lei

nº 8.987/95, que fala de outra coisa, ou seja, da obtenção de receitas alternativas, da cobrança a partir da exploração econômica dos bens concedidos: a garantia do direito de usar e o direito de cobrar pelo uso acomodam-se perfeitamente.

O verdadeiro problema está na interpretação que se quer dar ao direito de uso, incluindo-se ali o privilégio da gratuidade. Aqui surge uma inconsistência normativa da qual decorre a conseqüente revogação tácita.<sup>12</sup>

Com efeito, a questão relevante do ponto de vista da concessionária de energia elétrica é a utilização *gratuita* das margens de rodovias. Contrapõe-se a essa pretensão, por parte das concessionárias de rodovias, o direito à exploração econômica dos bens objeto da concessão, para a obtenção de receitas alternativas. Havendo, de ambas as partes, um direito (permissão forte) ao exercício das correspondentes ações, aí surge inexoravelmente o conflito, pois, dado que, dentre os bens objeto da concessão e sujeitos à exploração econômica, estão incluídas as margens de rodovias, das quais, de um lado, se pretende cobrar uma remuneração pelo uso, de outro lado, se pretende o uso gratuito, duas permissões fortes (direitos) se contrapõem.

O legislador da Lei de Concessões não fez qualquer ressalva quanto aos bens que poderão ser utilizados, concluindo-se que abrange todos aqueles que fazem parte do objeto da concessão (a busca de receitas não poderia se referir a bens próprios, caso contrário seria redundante, nem poderia se referir a bens alheios à concessão, pois seria absurdo). Assim, a admitir-se a gratuidade, não pode a concessionária de rodovia exercer seu direito sem afetar o exercício do direito das concessionárias de energia elétrica e vice-versa. Daí a necessidade de solução do conflito normativo.

Note-se que o conceito de conflito normativo desenvolvido pela lógica jurídica ganhou contornos mais amplos e delimitados do que aquele presente na concepção tradicional de contradição ou incompatibilidade lógica,<sup>13</sup> na qual se contrapunha simplesmente a obrigação de realizar uma ação à obrigação ou permissão de omiti-la. Tal conceito, elaborado a partir de uma reflexão sobre obrigações morais, categóricas, revela-se inadequado

<sup>12</sup> Como se sabe, a revogação pode ser expressa ou tácita, ocorrendo esta última ou pela incompatibilidade com a norma anterior ou pela disciplina integral de matéria anterior. Prefiro usar para essa última situação o termo "revogação global" (cf. meu *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 204-205).

<sup>13</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoría do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: Ed. UnB, 1995; VON WRGHT, G.H. *Deontic logic*. *Mind*, 60, 1-15 e *Norma y acción: una investigación lógica*. Madrid: Tecnos, 1970.

e de pouca aplicabilidade prática em contextos jurídicos, nos quais o enlace de conjuntos normativos contendo obrigações, permissões, definições, qualificações, é bem mais complexo.<sup>14</sup>

Segundo a concepção mais recente, a inconsistência não se liga necessariamente a uma impossibilidade (razão absoluta), mas sim a considerações de *racionalidade prática*. Um conjunto normativo é conflitante ou inconsistente se, do ponto de vista prático, for inexecutável pelos sujeitos normativos, isto é, se for impraticável para o sujeito normativo, em algum caso possível, aproveitar-se dos direitos ou autorizações a ele atribuídos ou cumprir as obrigações a ele impostas, sem, ao mesmo tempo, desrespeitar uma outra norma igualmente vinculante ou obstar que outro sujeito exerça um direito ou cumpra uma obrigação a ele imposta.<sup>15</sup>

Não há dúvida, portanto, que se está diante de uma autêntica inconsistência normativa, ensejando, como afirmei em parecer anterior, a revogação da *gratuidade* imposta pelos decretos regulamentadores do art. 151 do Código de Águas, que carregam aquela concepção estatizante do serviço público, visto como uma *generosidade*, o que não se coaduna com o art. 11 da Lei nº 8.987/95, de organização do serviço público sob a ótica da (e objetivando a) eficiência do empreendimento privado.

Cabe, todavia, considerar possível argumento a ser levantado contra a revogação, segundo o qual o art. 11 da Lei nº 8.987/95 apenas permitiria a exploração de receitas alternativas desde que não contrariassem as leis federais, sendo que, portanto, a cobrança pelo uso de margens de rodovias ficaria vedada apenas pelo art. 151 do Código de Águas, conforme regulamentação, ao atribuir uso gratuito às concessionárias de energia elétrica.

<sup>14</sup> A necessidade de adaptação dos conceitos de lógica deontica para sua aplicabilidade a contextos jurídicos é bem observada na obra de lógica jurídica de ALCHOURRÓN y BULYGIN. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Astrea, 1993. p. 21.

<sup>15</sup> A distinção entre conflito e inconsistência normativa foi apontada dentro do contexto da pragmática comunicativa por Tercio Sampaio Ferraz Junior em *Direito retórica e comunicação*. São Paulo: Saraiva, 1973. Ver também FERRAZ JUNIOR. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 209-212. No âmbito da lógica deontica a distinção foi feita de forma explícita por Risto Hilpinen, em HILPINEN, Risto. Conflict and change in norm systems. In: FRANDBERG, A.; VAN HOECKE, M. (Ed.). *The structure of law*. Uppsala: Iustus Förlag. p. 37-49, e também VON WRIGHT, G.H. Norms truth and logic. In: \_\_\_\_\_, *Practical reason*. Oxford: Basil Blackwell, 1983. p. 130 et seq. Hilpinen chegou a afirmar que a própria lógica deontica clássica necessitava ser revista para tratar dessa distinção. Contra, ver Carlos ALCHOURRÓN. Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos. In: ALCHOURRÓN C.; BULYGIN E. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. Para uma recente revisão dessa discussão, ver o artigo "Why was Alchourrón afraid of snakes?", de Juliano S. A. MARANHÃO, a ser publicado na revista *Análisis Filosófico*, editado pela Sociedade Argentina de Análisis Filosófico, em 2006.

Mesmo admitindo que o art. 151 (Código de Águas) prevê, implicitamente, o uso gratuito, explicitado em regulamento, não fica claro no argumento acima se efetivamente se assume ou não a existência de conflito normativo, quando se diz que a cobrança a que se refere o art. 11 (Lei de Concessões) não poderia contrariar o art. 151 do Código de Águas (afinal, se o sentido do art. 11 é autorizar cobrança, *salvo legislação em contrário*, então teríamos que admitir que, entre ele e o art. 151, há uma incompatibilidade).

Ora, se o argumento assume que há conflito, então incorre em manifesta *petitio principii*. Isto porque, na análise da revogação, a validade do art. 151 do Código de Águas é justamente o que se quer provar. Não se pode, portanto, assumir por hipótese que essa norma é válida, para depois se concluir, no curso do mesmo argumento, que a permissão de cobrança do art. 11 da Lei nº 8.987/95 é inaplicável porque contraria o mesmo art. 151 do Código de Águas (se o art. 151 é válido, então o art. 11, que o contradiz, não o revoga, donde o art. 151 é válido!). Sua validade ainda não está comprovada. Algo assumido por hipótese, tornar-se-ia a conclusão do mesmo argumento.

Caso se queira dizer com o argumento que não há, na verdade, qualquer conflito, sendo que o art. 11 da Lei de Concessões apenas permitiu o uso de receitas de fontes que não fossem proibidas, novamente se incorre em equívoco. Desta vez não quanto a uma falácia argumentativa mas quanto à estrutura lógica das normas e às atitudes normativas em cotejo. A falha consiste em passar ao largo da distinção entre *permissões fortes* (positivas) e *permissões fracas* (negativas), de particular relevo para a presente discussão.

Do ponto de vista do discurso que descreve as normas pertencentes ao ordenamento, as permissões podem ser fracas (negativas, isto é, por ausência de proibição) ou fortes (positivas, isto é, por disposição expressa). Estamos, pois, diante de uma permissão fraca para uma ação, quando não existe, no ordenamento, qualquer norma proibindo essa mesma ação. A permissão fraca descreve, assim, a *inexistência de normas proibitivas*. Por outro lado, estamos diante de uma permissão forte para a ação quando existe no ordenamento uma norma permissiva para essa ação: descreve-se aqui a *existência* de uma norma.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Ver VON WRIGHT, G. H. *Norma y acción: una investigación lógica*. Madrid: Tecnos, 1970. cap. 5, p. 100 et seq.

Do ponto de vista do discurso prescritivo tais normas têm o mesmo significado: autorização da conduta; mas enquanto a permissão fraca revela uma atitude do legislador em simplesmente tolerar a conduta, no caso da permissão forte há uma atitude positiva no sentido de indução da ação. Em outras palavras, diante da permissão fraca, ocorre mera *tolerância* (pode, se quiser); diante da permissão forte, há *direito* (está autorizado, com pretensão garantida). Por outro lado, sob a ótica da dinâmica do sistema normativo, a lógica deôntica *reconhece o efeito revogador da permissão forte*, o que não está presente na permissão fraca.<sup>17</sup> Obviamente, tratando a permissão forte da presença de uma norma permissiva para uma ação (direito), essa tem por consequência força para revogar proibições ou qualquer norma que impeça o exercício dessa permissão, seja ela uma norma anterior, seja uma norma posterior de nível hierárquico inferior.

Entendo que a autorização para explorar economicamente os bens da concessão para a obtenção de receitas alternativas constitui uma permissão forte para a cobrança pelo uso desses bens. Até porque o próprio art. 11 da Lei nº 8.987/95 destaca que essa permissão é estabelecida “*com vistas a favorecer a modicidade de tarifas*”, ou seja, constitui um direito, cujo conteúdo é um meio para que se atenda a um dos princípios fundamentais do regime atual de concessões (art. 6º, par. 1º, da Lei nº 8.987/95), fazendo aliás parte da definição legal de “serviço adequado”. Aqui, fica clara a atitude indutora e não simplesmente tolerante do legislador para que o concessionário se aproveite, o quanto possível, das oportunidades para a obtenção de receitas, a não ser que se admita que o legislador apenas tolera e não estimula o “serviço adequado”.

Como visto acima, boa parte da doutrina chega até mesmo a ver no art. 11 da Lei nº 8.987/95 um dever de explorar economicamente os bens da concessão para a obtenção de receitas alternativas. Não iria tão longe a ponto de ver uma obrigação nessa permissão forte. No meu entender, não poderia o legislador tornar a exploração de receitas uma obrigação, caso contrário estaria novamente o Estado a dirigir o setor privado, a determinar ao agente de que forma alocar os recursos da concessão, concepção que não tem abrigo na ordem econômica da CF 88. Faz parte do conceito

<sup>17</sup> ALCHOURÓN y BULYGIN. The expressive conception of norms. In: *New studies in deontic logic*. Ed. Risto Hilpinen, 1981 traduzido pelos autores como “La concepción expresiva de las normas”. In: *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 146.

de eficiência na prestação do serviço concedido, a atribuição ao agente privado das soluções na alocação de bens e recursos. A obrigação está na modicidade de tarifas, apenas quando a exploração de determinado bem concedido é um meio necessário para aquele fim, é que haveria, no meu entender, uma obrigação. Mas certamente há uma clara e forte indução pelo legislador desse comportamento de busca de receitas alternativas (quase mesmo uma exigência).

Assim, contendo o art. 11 da Lei nº 8.987/95, no mínimo, uma permissão forte, essa não sucumbe perante impedimentos legais, antes os confronta e os revoga naquilo que lhe for contrário, ou seja, naquilo que obstar a exploração econômica dos bens e de quaisquer bens da concessão, incluindo-se aí as margens de rodovias. Noto, novamente, que essa mesma exploração das margens não impede o seu uso pelas concessionárias de energia, apenas o torna oneroso.

Para tornar mais transparente a discussão, vale o recurso a um exemplo hipotético, porém esclarecedor. É evidente que uma das receitas acessórias mais utilizadas pelas concessionárias de rodovias constitui-se na exploração de publicidade em suas margens. Porém, pergunta-se: se o Código Brasileiro de Trânsito proibisse a publicidade (o que não ocorreu, como se vê pelo seu art. 83), alguém veria nessa proibição um atentado à livre disposição pelos Estados de seus bens? Obviamente não, pois a proibição ou autorização teria a ver com a competência da União para legislar normas gerais sobre trânsito e o exercício dessa competência constitucional não atentaria contra a Federação. Mas se o Código de Trânsito autorizasse a propaganda, porém exigisse que ela fosse gratuita, isto não seria mais exercício de competência legislativa para regular trânsito. Mas, então, poderia a Lei de Concessões permitir a publicidade nas margens de rodovias caso o Código Nacional de Trânsito a houvesse proibido? É evidente que não. Porém, se a propaganda fosse autorizada, a Lei de Concessões poderia permitir o uso oneroso das margens onde fosse ela instalada. Mas é essa a questão correta aqui, uma vez que não discutimos o impedimento, mas a onerosidade do uso de bens. Insisto talvez de forma exaustiva, nesse exemplo, pois seu exame permite destacar com clareza as rotas para a confusão que, desde o início deste parecer quero evitar, i.e., a confusão entre *impedimento do uso* e *simples onerosidade do uso*.

Poder-se-ia sustentar que o art. 11 da Lei nº 8.987/95 constituiria *lex generalis*, ao passo que o art. 151 do Código de Águas mais os decretos

regulamentares que instituíram a gratuidade constituiriam uma *lex specialis* e que, portanto, por força do *meta-critério* (regra sobre regra de solução de antinomia) *lex posterior generalis non derogat lex speciali* não haveria derrogação. A aplicação de tal critério é discutida por Norberto Bobbio,<sup>18</sup> que destaca:

Também foi aqui transmitida uma regra geral que soa assim: *Lex posterior generalis non derogat priori speciali*: a lei geral sucessiva não tira do caminho a lei especial precedente. (...) Essa regra, por outro lado deve ser tomada com certa cautela, e tem um valor menos decisivo que o da regra anterior. Dir-se-ia que a *lex specialis* é menos forte que a *lex superior*, e que, portanto, a sua vitória sobre a *lex posterior* é mais contrastada. Para fazer afirmações mais precisas nesse campo, seria necessário dispor de uma ampla casuística. (op. cit., p. 108, ênfase nossa)

Também no livro *Introdução ao estudo do direito*, destaca-se que o referido meta-critério tem “*aplicação restrita à experiência*” e é “*de difícil generalização*” (4. ed. Atlas, 2003, p. 211). Por que tamanha hesitação na aplicação do meta-critério e por que a ênfase no exame de cada caso?

Vale destacar que a dogmática jurídica descarta a aplicação do critério como se absoluto fosse, justamente porque a identificação ou não do efetivo conflito entre lei geral e especial depende do exame dos textos legais em questão e da vontade do legislador, ou seja, se a intenção é de compatibilização entre uma regra excepcional e uma regra geral que se aplique aos outros casos ou se há efetivamente conflito. Assim, Roberto de Ruggiero chega a afirmar que o brocardo *lex posterior generalis vs lex priori specialis* “*é falso pelo seu absolutismo*” (*Instituições de direito civil*, v. 1, p. 168), pois se trata de matéria interpretativa. Como afirma Serpa Lopes,<sup>19</sup> citando De Ruggiero e Ennecerus-Kipp-Wolf: “A solução deve ser buscada na pesquisa dos objetivos da lei ou da vontade do legislador, sem se ater, como um axioma, aos pressupostos exarados nos brocardos em foco” (op. cit., p. 57).

Note-se que a Lei de Introdução ao Código Civil, ao dispor sobre a revogação da lei especial pela lei geral apenas obsta a revogação *quando as normas puderem conviver*, ou seja, quando as disposições forem especiais ou gerais “a par das já existentes”, sem com elas conflitarem. É o que ensina Miguel Maria de Serpa Lopes:

<sup>18</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: Ed. UnB, 1995.

<sup>19</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria. *Comentários à Lei de introdução ao Código Civil*, v. 1.

A disposição atual constante do §2º do art. 2º [da LICC], não enfrenta o problema em tais termos. Limita-se a prescrever que a lei nova, *a par das já existentes*, não revoga nem modifica a lei anterior.

Ora, essa expressão, *a par das já existentes* significa tratar-se de normas que ficam a par das anteriores, quer dizer, iguais em qualidade e merecimento, e que podem atuar lado a lado, sem incompatibilidade. Parece-nos uma regra redundante em relação à fixada no parágrafo antecedente [lex posterior], pois apenas corrobora o critério da incompatibilidade, o consagrado como elemento básico para se interpretar a revogação ou não de uma norma por outra. No caso do §2º do art. 2º, não há revogação porque as normas são compatíveis.<sup>20</sup> (op. cit., p. 56)

Mas como demonstrado acima, estamos diante, de um lado, de uma permissão forte posterior para um sujeito *A* cobrar pelo uso de quaisquer bens e, de outro, uma permissão forte anterior para um sujeito *B* usar gratuitamente um bem específico, o que é o mesmo que proibir ao sujeito *A* a cobrança pelo uso desse bem. Não há como ambos exercerem esse direito simultaneamente com relação ao bem em questão (margens de rodovias), o que põe de manifesto o conflito.

E como destaca Clóvis Beviláqua:<sup>21</sup> “Se entre lei geral posterior e lei especial anterior há contradição direta e manifesta, resolve-se o conflito pela revogação da lei anterior” (op. cit., p. 62).

Mas vamos supor, no caso em tela, que as normas fossem compatíveis. A pergunta que se colocaria é se estamos diante de uma exceção. Afinal, é possível “acontextualmente” compatibilizar ambas as normas (art. 11 e art. 151), como sendo uma geral e outra excepcional. Mas a questão é entender qual foi a escolha do legislador: excepcionar ou revogar?

Com relação a esta última pergunta, simplesmente não é crível que o legislador dos decretos regulamentadores do Código de Águas tenha

<sup>20</sup> A explicação de Serpa Lopes tem um fundamento lógico. Note-se que a regra lei geral posterior não revoga lei especial anterior é um meta-critério em relação às outras regras (portanto uma meta-meta-norma), isto é uma regra que se refere a regras instituidoras de critérios de solução de conflitos entre normas. É um meta-critério para a não derrogação (*non derogat*) em oposição às regras (*lex superior, posterior, specialis*) que são meta-normas de derrogação (*derogat*), a partir da identificação do conflito. Ou seja, o meta-critério serve para bloquear a aplicação da *lex posterior* em face do conflito. Há aqui uma aparente incoerência: se a *lex posterior* tem a função de eliminar um conflito normativo, o seu bloqueio (pela regra de exceção: lei geral posterior não revoga lei especial anterior) levaria à preservação do conflito no ordenamento e, portanto, a uma irracionalidade: a lei especial ficaria no ordenamento, em contradição permanente com a lei geral que também permanece. Na verdade, não é isso que ocorre. Ao evitar a derrogação de lei especial pela lei geral posterior, o meta-critério sintetiza um questionamento da própria existência do conflito normativo. Basicamente quer significar que, nos casos de confronto entre lei geral e lei especial, não haveria conflito, ou melhor, que, pelo menos, se deve ter cautela, em cada caso, para identificar-se o conflito que ensejaria a aplicação da *lex posterior*. Ou seja, somente se aplica o meta-critério, quando não há conflito, caso contrário, vale a revogação pelo critério *lex posterior*.

<sup>21</sup> *Theoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Livr. Francisco Alves, 1929.

desejado estabelecer já de antemão uma exceção à exploração de bens por concessionárias de rodovias, simplesmente porque tal possibilidade sequer era à época concebível. Como visto, houve uma completa inversão da mentalidade no que se refere à concepção do serviço público, manifesta exatamente no art. 11 da Lei de Concessões, que quis abranger a exploração econômica de quaisquer bens da concessão, até porque o legislador posterior, que certamente conhecia a regulamentação do Código de Águas, não fez qualquer ressalva quanto ao uso das margens de rodovias. Não se poderia estabelecer uma exceção a uma regra ainda inexistente se essa não poderia sequer ser concebida dentro daquele quadro normativo anterior, já superado.

Assim, ficando claro que houve uma mudança na concepção das concessões, denota-se uma intenção de modificação do regime anterior, no qual cabiam privilégios específicos de gratuidade, do que decorre então o choque normativo e a consequente revogação dos decretos regulamentadores do art. 151 do Código de Águas (ou desse próprio artigo caso nele se queira incluir o sentido de gratuidade).

#### 4 Conclusão: a articulação entre prestação de serviços e exploração de bens públicos concedidos

Parece claro que a forma de articulação do uso de bens públicos pela concessionária e a prestação de outros serviços públicos a eles relacionados foi bem e claramente definida pelo legislador. O prestador de serviços de energia não pode ser impedido de usar as margens de rodovias e os bens necessários à distribuição de energia elétrica. Para tanto, não desrespeita o direito de uso e de exploração econômica de seus bens pela concessionária de rodovias, que está autorizada a auferir receitas com o uso desses bens por terceiros.

Obviamente, não pode a concessionária que detém o bem cobrar preço exorbitante ou não razoável pelo uso, seja porque isso poderia impedir a prestação de serviço, seja porque o bem é essencial e exclusivo (*essential facility*), de forma que o preço excessivo caracterizaria abuso de poder econômico, reprimido por lei própria (Lei nº 8.884/94, arts. 20, inc. IV e 21, incs. XXIV e XII). Agora, não se sustenta a pretensão da União em impor ao Estado a gratuidade desse uso. Essa regalia é que foi revogada pelo novo regime de concessões, que introduz o serviço público pautado pela organização e eficiência da alocação privada de recursos, o que

pressupõe a exploração econômica e conseqüente remuneração pelo uso dos bens concedidos.

Não há, assim, necessidade de uma nova articulação de políticas públicas pelo intérprete dogmático, porque não está em jogo aqui tornar ou não factível a prestação de serviços essenciais de energia ou de tráfego rodoviário. Também não cabe ao intérprete jurídico discutir qual seria a melhor fórmula para a obtenção, considerando os serviços em geral da União, Estados e Municípios, de tarifas módicas, com uma articulação entre os diferentes entes dos serviços que podem ou não ser remunerados. Tal esforço seria no máximo de política jurídica, dirigida talvez a novos projetos de lei. Por enquanto, cabe ao intérprete investigar e explicitar as escolhas já efetuadas pelo legislador que se refletem nas normas válidas do ordenamento.

Conclui-se, portanto, que vige no regime atual uma permissão forte (no sentido de uma indução ou quase exigência) às concessionárias de rodovias de cobrarem pelo uso das margens de estradas, seja ele por agentes privados ou públicos, de quaisquer entes da federação, para fins publicitários, para instalação de postes de energia elétrica, ou para qualquer outra destinação.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. O princípio de eficiência e a gestão empresarial na prestação de serviços públicos: a exploração econômica das margens de rodovias. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 17, p. 191-209, jan./mar. 2007.