O USO DE BENS PÚBLICOS ESTADUAIS POR CONCESSIONÁRIAS DE ENERGIA ELÉTRICA

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO*

I. Introdução; II. Nota preliminar; III. A natureza e vigência das normas federais; III.A. as normas federais no ordenamento; III.B. A recepção pela ordem constitucional; III.C. A não revogação das normas federais; IV. O quadro normativo aplicável: esforço de integração e articulação das competências regulatórias; V. Uma última nota: a referência ao regime de servidão; VI. Conclusões sintéticas

I. Introdução

Trata o presente da discussão acerca da vigência ou não de norma que assegura às empresas concessionárias do serviço público de transmissão e distribuição de energia elétrica o uso gratuito dos terrenos lindeiros às rodovias e ferrovias estaduais (faixas de domínio e terrenos de domínio público adjacente) para neles instalar suas redes.

A questão pode assim ser resumida. O Código de Águas (Decreto nº 24.643/34) dispôs (artigo 151) que as concessionárias dos então denominados serviços de energia elétrica, para prestar os serviços públicos a elas delegados, teriam direito a regalias e favores dentre os quais listava a prerrogativa de utilizar terrenos de domínio público e estabelecer servidões nos mesmos, inclusive através de estradas, caminhos e vias públicas, com sujeição aos regulamentos administrativos. Por seu turno, outro Decreto Federal nº 84.398/80 dispôs que, respeitadas as exigências técnicas de ordem legal e regulamentar, "*as autorizações serão por prazo indeterminado e sem ônus para os concessionários de serviço público de energia elétrica*" (artigo 2º). Dispunha ainda esta norma (agora com redação dada pelo Decreto Federal nº 86.859/82) que a ocupação de faixas de domínio de rodovias e outros próprios públicos "*serão*

* Advogado. Doutor pela USP. Professor-Doutor do Departamento de Direito Público e do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

autorizados pelo poder público federal, estadual ou municipal ou entidade competente, sob cuja jurisdição estiver a área a ser ocupada ou atravessada" (artigo 1°).

Com as transformações havidas, nestes três quartos de século, no quadro jurídico-constitucional e no regime de prestação de serviços públicos (especialmente na última década do século passado), emergiu a controvérsia. Em suma, são contrapostos interesses da União e das concessionárias de transmissão e distribuição de energia, de um lado, e do Estado e das concessionárias de rodovias, de outro. Aquelas propugnam pela gratuidade e obrigatoriedade do uso dos imóveis afetos à atividade rodoviária em benefício do serviços públicos de energia elétrica. Estes defendem que tal uso deve ser oneroso, remunerado por preço público, e sua natureza jurídica não seria compulsória e sim negocial.

Sob o prisma estritamente jurídico, debate-se a não mais vigência das normas constantes dos decretos federais supra referidos basicamente porque, sustenta-se: *i)* as cores e contornos do princípio federativo consagrado pela Constituição de 1988 ensejariam a não recepção destes dispositivos; e que *ii)* pelo advento da Lei Federal n° 8.987/95 teriam restado os mesmos revogados. Além disso, controverte-se em torno da questão da existência ou não de prevalência entre serviços públicos ou de predominância ou não de competências regulatórias federais sobre aquelas atinentes a Estados e Municípios.

Malgrado a existência de abalizados posicionamentos doutrinários sobre o tema, entendo oportuna uma abordagem um pouco distinta mas que também leva a enfrentar, sob novo ângulo, os temas controvertidos.

Para bem enfrentar a questão, faz-se necessário abordar dois planos de raciocínio jurídico. No plano formal, trata-se de cuidar das questões relacionadas com a vigência ou não das normas legais acima mencionadas. Num outro plano, cumpre adentrar numa seara ainda pouco analisada no direito pátrio e que se refere à articulação de subsistemas regulatórios relativos à cadeia de prestação de serviço público de competência de distintos entes da Federação. As conclusões tiradas em cada outro plano certamente terão serventia recíproca.

No desiderato de bem abordar o assunto, seguirei o seguinte itinerário. Por primeiro, creio ser necessário colocar o tema dentro dos marcos mais amplos relacionados à possibilidade ou não de cobrança pelo uso de bens públicos trespassados ou não à exploração pela iniciativa privada (II). Na seqüência (tópico III), abordarei o quadro normativo aplicável *in casu*, procurando dar conta das questões atinentes à posição hierárquica ocupada no ordenamento jurídico por cada norma invocada (III.a.), de eventual não recepção das normas federais pela Constituição vigente (III.b.) e, na seqüência, da revogação ou não daquelas normas prescritoras do direito ao uso gratuito em função das alterações mais recentes no quadro normativo (III.c.). Delimitado o quadro normativo aplicável ao caso, pretendo analisar a seguir os critérios a serem adotados para articulação entre subsistemas de normas editadas no exercício das distintas competências regulatórias federais e estaduais (IV). Após isso, abordarei questão que pode tornar superada toda a discussão até aqui travada, qual seja, o regime de servidão administrativa (V). A síntese e conclusão (VI) virão fechando o trabalho.

As questões levantadas inserem-se dentro do complexo e intrincado tema da remuneração, por concessionários de serviços públicos, pela utilização de bens públicos, de que necessitem para instalar suas redes. A matéria ganhou relevância com a delegação (via outorgas ou privatização de empresas delegatárias) da prestação de serviços públicos à iniciativa privada. Porém, não se trata de questão nova ou inaugurada pelos processos de desestatização.

II. Nota preliminar

II.1. Como dito acima, o tema objeto do presente trabalho remete, em última instância, à discussão acerca da possibilidade ou não de cobrança pelo uso de bem público (mormente os de uso comum, como é o caso das rodovias) por particulares que pretendam explorar atividades econômicas que dependam de uso especial ancilar (mas não prejudicial) ao uso principal ao qual o bem está afetado. Já pude analisar, com outro enfoque, o tema em trabalho em que analisei a possibilidade da cobrança de preço público dos comerciantes que instalam seus negócios às margens de rodovias[1]. Naquela oportunidade — e não vejo razão para alterar meu entendimento — me manifestei contra uma certa tendência da doutrina[2] de entender que os bens de uso comum, por sua própria natureza, predicariam uma gratuidade intrínseca para qualquer uso que se lhe queira dar.

II.1.1. O fato de um bem público ser afetado como de uso comum do povo não implica necessariamente na gratuidade deste, nem mesmo deste uso franqueado a todos[3] (como se verifica na própria possibilidade de cobrança de pedágio em rodovias) e muito menos em vedação da onerosidade de usos outros (especiais ou privativos) que não aquele de natureza comum a toda gente.

II.2. Contudo, não é esse o cerne da controvérsia tratada aqui. Não creio que a solução da controvérsia submetida a juízo passe por determinar se, em gênero, pode ou não o poder público cobrar pelo uso de seus bens. Admito essa possibilidade, bem como concordo que, em se tratando de cobrança por uma destinação de interesse

1 Cf. "*Cobrança pelo Acesso a Rodovias para Exploração de Atividade Econômica*", *in* Revista Tributária e de Finanças Públicas, Editora Revista dos Tribunais, Ano 10, nº 43, março a abril de 2002, pp. 137 a 170.

2 Esse posicionamento doutrinário é bem exposto por Rachel PELLIZZONI da Cruz: "*Há divergência na doutrina quanto à legalidade da cobrança de preço efetuada pela concessionária de obra pública sobre a instalação de infra-estrutura para a prestação de serviço público. Argumentam os autores que a finalidade dos bens de uso comum é atender ao interesse público e que a prestação do serviço público é um dever cujo cumprimento não pode ser impedido ou dificultado.*" ("*Da Cobrança pela Utilização de Bens Públicos de Uso Comum para a Prestação de Serviços Públicos em Regime de Concessão*", *in* Revista de Direito Administrativo, Renovar, nº 231, janeiro a março de 2003, p. 165).

3 Vide o artigo 103 do NCCB.

comum entre o usuário do bem e o poder público dele titular, o valor pago terá a natureza de preço público e não de taxa. Porém, o que se discute aqui é a possibilidade ou não de cobrança para um uso específico, afeto a um serviço público federal e diante da existência [cogita-se] de norma que determina a não onerosidade deste uso. É a partir desta especificidade que desdobram-se os dois campos de análise aqui envolvidos: a vigência da norma federal prescritora da gratuidade do uso específico e a articulação de competências entre entes federados titulares de distintos bens e serviços públicos para regular o uso comum e compartilhado de bens e instalações afetos a ambas as utilidades públicas.

II.3. Daí por que se faz necessária a presente nota preambular para deixar bastante claro que 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[4]. Em suma: admitir (como eu admito) a possibilidade de que o uso do 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.

II.4. Nas linhas que seguem não discorrerei, portanto, sobre a legitimidade, a viabilidade jurídica ou mesmo sobre a conveniência do caráter oneroso do uso (para o gênero das atividades) de bens públicos. Esse talvez seja um equívoco presente em algumas manifestações doutrinárias sobre o tema (na medida em que procuram dar respostas às questões controversas a partir do direito do poder público e de seus delegatários cobrarem preço público daqueles que pretendem dar uso econômico a bens públicos). Tratarei aqui apenas de analisar, repito, a possibilidade de cobrança a partir de uma situação marcada por duas especificidades: *i)* a existência (e eventual vigência) de norma federal que estabelece um regime de uso não oneroso e *ii)* a peculiaridade de que o uso que se quer dar, ancilarmente, aos bens integrantes das rodovias estaduais concedidas é intrínseco à prestação de um serviço público federal constitucionalmente previsto.

4 Por exemplo, não me parece mais cabível, hoje, discutir a possibilidade de cobrança de pedágio em rodovias. Malgrado ainda remanesça uma ou outra discussão sobre o tema, elas se prendem muito mais a situações pontuais do que ao questionamento quanto à essência da viabilidade jurídica de tal cobrança. Não obstante, ninguém olvida que será ilícita a cobrança de pedágio em valores que tornem proibitivo o uso da rodovia ou que inviabilize em absoluto a circulação de pessoas e mercadorias.

III. A natureza e vigência das normas federais

III.1. Grande parte da controvérsia que justifica o presente estudo está na dificuldade de integrar, sistematicamente, normas a partir de três critérios: o hierárquico (pois a questão envolve normas de natureza diversa — decretos regulamentares, decretos editados com força de lei, leis propriamente ditas e normas de natureza contratual); o federativo (pois, como vimos, estão envolvidas normas editadas no exercício de competências dos distintos entes federativos e que assistiram a várias mudanças na ordem constitucional); por fim, o temporal (tema da revogação — mais precisamente ab-rogação — ou não das normas federais pelo advento do novo estatuto das Concessões). Destes três ângulos, parece-me, o primeiro deva ser enfrentado desde logo. Não por ser mais simples (pois tratando-se de lidar com normas editadas há mais de meio século, algumas delas em regime de exceção, simples não é a empreitada), mas porquanto dela dependem as outras análises.

III.2. Pois bem. A celeuma tem origem na prescrição constante, como visto, do artigo 151 do Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934), regulamentado posteriormente pelos Decretos nº 84.398, de 16 de janeiro de 1980 e Decreto nº 86.859, de 19 de janeiro de 1982.

Os textos relevantes (ao menos numa abordagem inicial) têm o seguinte teor:

> Decreto nº 24.643/34 — Código de Águas
>
> Artigo 151. "*Para executar-se 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 terrenos de domínio público e estabelecer as servidões nos mesmos e através das estradas, caminhos e vias públicas, com sujeição aos regulamentos administrativos*; ..."
>
> Decreto nº 86.859/82
>
> Artigo 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.*"

Decreto nº 84.398/80

> Artigo 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."

Estas normas federais, argumenta-se, estariam a colidir com prescrição constante da Lei Federal nº 8.987/95 (artigo 11)[5], bem como com prescrições constantes dos Decretos estaduais que aprovaram o regulamento das concessões rodoviárias paulistas e com prescrições constantes dos respectivos contratos de concessão. Antes de mais nada, cumpre verificar qual o *status* normativo daquelas normas federais.

III.A. As normas federais no ordenamento

III.3. As três normas federais que poderiam ensejar o direito das empresas prestadoras de serviços públicos de energia elétrica ao uso gratuito de bens públicos (rodovias) foram editadas formalmente como decretos. Porém, no tocante ao Código de Águas, parece-me tratar-se de norma com *status* de lei quer pelas circunstâncias de sua edição, quer por ter sido, posteriormente, recepcionado pela ordem jurídica enquanto tal. Vejamos.

III.4. O Código de Águas, embora editado formalmente como Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934, veio ao ordenamento na vigência do Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, no curso da crise institucional que se denominou Revolução de 30. Pelo artigo 1º deste Decreto nº 19.398 vinha prescrito que:

> Artigo 1º. "*O Governo Provisório exercerá discricionariamente, em toda sua plenitude, as funções e atribuições não só do Poder Executivo, como também do Poder Legislativo, até que, eleita a Assembléia Constituinte, estabeleça esta a reorganização constitucional do país.*"

Ou seja, embora editado como simples Decreto, tinha o referido Código o escopo de inovar na ordem jurídica porquanto baixado pelo dirigente de então (denominado Chefe do Governo Provisório), auto investido no exercício plenipotenciário ("*em toda sua plenitude*") do Poder Legislativo. Ou seja, tal norma foi introduzida no ordenamento como se Lei fosse. Pelos seus fundamentos e pelo regime de exceção que então se instaurara no país, não tinha por objetivo tal Decreto regulamentar

5 Cujo texto diz: "*Artigo 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 artigo 17 desta Lei.*"

norma legal preexistente[6]. Alvitrava declaradamente inovar na ordem jurídica[7]. Teve, pois, o *status* assemelhado ao que posteriormente se designaria de Decreto-Lei.

O advento da Constituição de 1934 não alterou este estado de coisas. Não só aquela Constituição não derrogou as normas editadas com base no Decreto nº 19.398, como no tocante à matéria atinente à energia hidrelétrica, aquele texto constitucional continha norma que poderia ser tomada como expressamente recepcionadora do Código de Águas com força de lei[8].

III.5. Posteriormente, esse caráter de norma legal foi, ainda no curso do regime de exceção vivido pelo país, reforçado pela edição do Decreto-Lei nº 852, de 11 de novembro de 1938 que expressamente atribuiu ao Código de Águas o *status* de lei em sentido material. Prescrevia o artigo 1º daquela norma legal[9]:

> Artigo 1º. "*Os Decretos nº 24.643, de 10 de julho de 1934 (Código de Águas), nº 24.673, de 11 de julho de 1934, e o de nº 13, de 15 de janeiro de 1935 deverão ser aplicados com as modificações introduzidas neste decreto-lei.*"

Ora, ao assim dispor, o referido Decreto-lei alçou — se é que ele ainda não tinha — o Código de Águas à condição de norma legal, alterando-o nos pontos que houve por bem.

6 Dúvida não poderia haver quanto à natureza de lei que se pretendia dar ao Código de Águas, pois o texto do decreto era praticamente o mesmo que, elaborado por Alfredo Valadão, tramitava há décadas pelo Congresso Nacional.

7 Isso fica patente na Exposição de Motivos que capeava o Decreto. Lá lemos: "*O Chefe do Governo da República dos Estados Unidos do Brasil, usando das atribuições que lhe confere o artigo 1º do Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930; e considerando que o uso das águas no Brasil 'tem-se regido até hoje por uma legislação absoluta', em desacordo com as necessidades e interesses da coletividade nacional; considerando que 'se torna necessário modificar esse estado de coisas, dotando o país de uma legislação adequada' que, de acordo com a tendência atual, permita o poder público controlar e incentivar o aproveitamento industrial das águas; ...*". Claro estava, portanto, que o Código era editado no sentido de alterar o panorama normativo, utilizando-se o Governo Provisório da função legislativa da qual o regime de exceção supostamente lhe investira.

8 Refiro-me ao artigo 12 das Disposições Transitórias da Constituição de 1934. Seu texto, com grafia da época, era o seguinte: "*Artigo 12. Os particulares ou empresas que ao tempo da promulgação desta Constituição explorarem a indústria de energia hydro-elétrica ou de mineração, ficarão sujeitos às normas de regulamentação que forem consagradas na lei federal, procedendo-se, para esse efeito, à revisão dos contratos existentes.*" Ao fazer referência às normas de regulamentação consagradas na lei federal já vigente, sem ressalvas, pode-se entender que o texto constitucional absorveu como lei a norma então regente desta matéria, ou seja, o então recém editado Código de Águas.

9 Sim, o Decreto-Lei nº 852 tinha irrefutavelmente força de lei porquanto editado com lastro nas competências atribuídas agora pela Constituição de 1937 ao Presidente da República. Dizia o texto (também em grafia da época): "*Artigo 180. Enquanto não se reunir o Parlamento Nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sôbre tôdas as matérias 'de competência legislativa da União'.*"

III.6. Não parece possível dúvida haver que o Código de Águas — malgrado sua origem maculada pelas normas de exceção e pelo regime de concentração de poderes no Executivo — tem força de lei[10]. O Professor Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR reconhece tal fato, em alentado parecer[11].

III.7. Portanto, independente da discussão sobre a vigência dos dispositivos que aqui importam (tema adiante enfrentado), é de rigor concluir que os dispositivos do Código de Águas têm força de lei porquanto como Lei foram editados e como Lei foram recepcionados pelas ordens constitucionais supervenientes[12].

III.8. Distinta é a posição dos Decretos nº 84.398 e nº 86.859. Estes, ao contrário do Código de Águas, não foram editados no exercício de competências legislativas atribuídas (se legitima ou ilegitimamente não importa) ao Chefe do Executivo. Foram expedidos pelo Presidente da República no exercício do seu poder de regulamentar normas legais, consoante a atribuição que era conferida pelo artigo 81, III, da Constituição então vigente, cujo texto foi praticamente mantido pela Constituição de 1988 (cf. artigo 84, IV). Trata-se, portanto, aqui sim, de norma infralegal, cuja amplitude normativa é dada pelo dispositivo legal a ser por ele regulamentado. Em relação a estes dois Decretos, portanto, valem as lições doutrinárias e jurisprudênciais que interditam às normas regulamentares a possibilidade de inovar na ordem jurídica.

III.8.1. Ocorre que, *data venia*, não há no caso a exorbitância do poder regulamentar. Com efeito, o Código de Águas (lembremos, diploma normativo com força de Lei) assegurou às concessionárias o direito de utilizar os terrenos de domínio público e estabelecer as servidões dos mesmos e através de estradas, caminhos e

10 Esse é o firme entendimento de Francisca Neta A. ASSUNÇÃO e Maria Augusta A. BURSZTYN: "*Após essas medidas, 'o governo baixou o Decreto nº 24.643/34, com força de lei, aprovando o Código de Águas'. Destaca-se aqui que do total de 205 artigos deste Código cerca de trinta por cento (30%) referem-se ao aproveitamento do potencial hidráulico. Estes artigos foram regulamentados e aplicados na íntegra, porque havia grande interesse do governo em viabilizar a produção de energia a baixo custo, para atender às demandas das novas indústrias que estavam sendo instaladas no País. Quanto aos demais artigos estes foram deixados de lado, sendo estabelecidas legislações paralelas (portarias, instruções normativas, leis etc.) para tratar dos problemas quando estes surgiam*" (cf. "*As Políticas das Águas no Brasil*").

11 Ao se referir aos Decretos Regulamentares nº 84.398/80 e nº 86.859/82, o dileto professor consigna que: "*O diploma legal regulamentado é o Código de Águas, Decreto nº 24.643, de 12 de julho de 1934, baixado à época com força de lei.*" (fls. 1078 dos autos).

12 Desnecessário lembrar que a recepção da norma infraconstitucional pela nova Constituição há de ser dada a partir da verificação da sua compatibilidade material e não formal. É dizer, o conteúdo da norma há de ser compatível com o novo regime constitucional. Não se discute, em sede da aplicação do princípio da recepção a compatibilidade formal (é dizer, a eventual inadequação do procedimento ou da competência que quem editou a norma em face das prescrições da Constituição novel). "*A recepção tem um limite, porém. O da compatibilidade. Somente ocorre a recepção em relação às normas do ordenamento anterior compatíveis com a nova Constituição. As normas com essa incompatíveis perdem eficácia juntamente com a velha Constituição. 'Esta compatibilidade é de conteúdo, não de forma. A forma é regida pela regra tempus regit actum, de modo que é irrelevante para a recepção. O que importa é o conteúdo'.*" (Manuel Gonçalves FERREIRA FILHO, "*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*", São Paulo, Saraiva, 1990, p. 8).

vias públicas. Assegurado que foi esse direito, restou excluída a possibilidade do titular do domínio destes bens públicos (ou mesmo seus delegatários), se opor ao exercício deste direito, salvo por inviabilidade técnica.

III.8.2. Não haveria, portanto, inovação ou exorbitância no exercício do poder regulamentar quando os Decretos nº 84.398/80 e nº 86.859/82 determinam a forma de exercício deste direito (mediante autorização do órgão competente — artigo 1º com redação dada pelo Decreto nº 86.859/82 — e a título não oneroso — artigo 2º do Decreto nº 84.398/80) ou a perenidade deste (dizendo que as autorizações não terão prazo determinado).

O E. Supremo Tribunal Federal, em aresto relatado pelo Ministro Carlos MEDEIROS SILVA, já deixou consignado que: "*A função do Regulamento não é reproduzir, copiando-os literalmente, os termos da lei. Seria um ato inútil, se assim fosse entendido. Deve, ao contrário, evidenciar e tornar explícito tudo aquilo que a lei encerra. Assim, se uma faculdade, ou atribuição está implícita no texto legal, o regulamento não exorbitará se lhe der forma articulada e explícita.*"[13].

Igualmente não parece emergir afronta ao princípio da legalidade pelo fato de se definir, no Decreto regulamentar, que a sujeição aos regulamentos administrativos referida na parte final do artigo 151, a, do Código de Águas cinja-se às "*exigências legais e regulamentares referentes aos respectivos projetos*". Afinal, se déssemos à locução "*com sujeição aos regulamentos administrativos*" presente no Código de Águias o condão de transferir, a prerrogativa de condicionar ou restringir tal direito de uso, aos entes públicos titulares dos bens de que se servem as concessionárias de energia, estaríamos diante de uma norma inócua. Sim pois, ao mesmo tempo em que assegurava aos concessionários um direito pleno de utilizar-se dos bens públicos, estaria delegando a sua restrição àquele em face do qual o direito deveria ser exercido.

III.8.3. Portanto, tenho comigo que as disposições constantes dos Decretos nº 84.398/80 e nº 86.859/82 que regulamentaram o artigo 151 do Código de Águas não contêm exorbitâncias ou inovações que conflitem com o princípio da legalidade, situando-se suas prescrições dentro dos limites aceitáveis ao exercício do poder regulamentar. O direito assegurado pelo Código às concessionárias de energia já pressupunha a impossibilidade de oposição pelos entes públicos titulares dos bens a serem utilizados, afastando o caráter eventualmente contratual desse direito de uso. Tomando-se por pressuposto que a lei federal pode impor essa restrição ao direito de propriedade de bens públicos estaduais e municipais (tema que adiante enfrentarei), temos que concluir que, assegurado o direito de uso em norma legal federal — sem qualquer ressalva ao pagamento por esse direito[14] —, a relação jurídica que se estabeleceria entre o concessionário dos serviços de energia e o poder público estadual (ou eventualmente os seus delegatários, v.g., concessionários de rodovias) ou municipal não tem natureza jurídica contratual. Portanto, parece um pouco fora

13 In RDA 33/457.

14 Note-se que a norma do Código de Águas, diferentemente da legislação mais hodierna, não faz referência ao direito do titular do bem receber preço ou remuneração pela cessão do uso. Como contraponto, ver o artigo 73 da Lei nº 9.472/97.

de esquadro pretender que, à luz da norma constante do artigo 151 do Código de Águas, remanescesse margem para estipulação de preço, prazo ou cláusulas contratuais na relação entre concessionárias de energia e titulares de bens públicos rodovias.

III.8.4. Em verdade, se quisermos identificar alguma incompatibilidade entre a norma legal (artigo 151 do Código de Águas) e a norma regulamentar (artigo 1° dos Decretos), ela estaria no fato de que a regulamentação ficou aquém da Lei. Deveras, ao prever que o direito de uso (fala-se em ocupação) dar-se-á mediante autorização, o regulamento estaria a amesquinhar o direito assegurado às concessionárias de energia, pois o instituto da autorização, consoante a doutrina, nos remete a ato discricionário[15]. E o direito assegurado pela norma legal (Código de Águas) predicaria um ato vinculado[16].

III.9. No tocante à norma insculpida na Lei de Concessões (artigo 11 da Lei n° 8.987/95) é fora de dúvida tratar-se de norma legal federal. Poder-se-ia discutir se todos os seus dispositivos contemplam ou não normas gerais às quais estão vinculados Estados e Municípios[17]. Contudo, estando posto o contraponto entre normas federais (o Código de Águas e a Lei de Concessões), essa polêmica mostra-se de menos relevância. Apenas me servirei da lei paulista de concessões (Lei Estadual n° 7.835/92) de forma pontual, quando formos perquirir a densidade normativa das regras pretensamente asseguradoras do direito das concessionárias estaduais à cobrança pelo uso dos bens reversíveis, cujo domínio útil lhes foi trespassado.

III.10. As demais normas que estariam a interditar o direito das concessionárias de energia elétrica a fazer uso gratuito dos terrenos de domínio estadual afetos ao

15 É esse o entendimento sobranceiro da doutrina. A esse respeito, como singela amostra, ver Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, "*Curso de Direito Administrativo*", 15ª edição, São Paulo, Editora Malheiros, 2003, p. 401; Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, "*Direito Administrativo*", 13ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2001, p. 211; Odete MEDAUAR, "*Direito Administrativo Moderno*", 4ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 384; Hely Lopes MEIRELLES, "*Direito Administrativo Brasileiro*". De minha parte já manifestei entendimento um pouco diverso, porém no contexto específico da Lei Geral de Telecomunicações (Lei Federal n° 9.472/97), que expressamente determina ser a autorização no setor de telecomunicações como ato vinculado (cf. meu "*Direito das Telecomunicações e Anatel*", *in* "*Direito Administrativo Econômico*", São Paulo, Malheiros, 2000, p. 315).

16 Saber se a lei federal pode criar vinculação para a prática de um ato pela autoridade administrativa de outro ente da federação é questão a ser adiante tratada.

17 A matéria é polêmica. O legislador federal nitidamente pretendeu atribuir a essa norma o caráter geral, fazendo referência à regulamentação do artigo 175 da Constituição. A meu ver, isso não seria suficiente para obrigar Estados e Municípios a observar, em suas concessões, o regime da lei federal. Afinal, o artigo 175, parágrafo único da Carta, se refere apenas à edição de uma lei prevendo o regime de concessões, não aludindo ser esta uma lei nacional ou editada no âmbito de cada ente para os respectivos serviços públicos. O argumento mais forte no sentido de atribuir à Lei n° 8.987/95 o caráter de lei geral nacional parece ser aquele que identifica no regime de concessões normas relativas à concessão como uma modalidade de contratação administrativa, fazendo então aplicável o artigo 22, XXVII da Constituição, que reserva à União competência legislativa para editar normas gerais de contratação (o que incluiria normas gerais sobre o regime jurídico dos contratos de concessão).

uso rodoviário são de natureza infra-legal. Nesse rol estão as normas eventualmente constantes dos contratos de concessão de rodovias e dos regulamentos das respectivas concessões, todas editadas, por óbvio, no âmbito estadual. Ainda no campo infralegal, é de se destacar que nos contratos de concessão de energia elétrica constam disposição muito similar àquela presente nos decretos regulamentares do artigo 151 do Código de Águas, fazendo, portanto contrapostas disposições contratuais presentes nos contratos de concessão de rodovia (prevendo a cobrança) e nos contratos de concessão de energia elétrica (assegurando o direito ao uso não oneroso)[18].

III.11. Dessarte, pelo prisma hierárquico, teríamos no plano legal duas normas federais (o Código de Águas e a Lei federal de Concessões); no plano regulamentar, teríamos os Decretos Federais nº 84.398/80 e nº 86.859/82, bem como os Decretos estaduais que regulamentam cada concessão rodoviária. Por fim, temos normas de natureza contratual correspondentes aos dispositivos constantes dos Contratos de Concessão de rodovias no Estado de São Paulo contrapostos com as disposições constantes dos Contratos de Concessão de energia elétrica emitidos pela União (por intermédio da ANEEL), disposições contratuais estas que praticamente se neutralizam.

Antes de analisar a densidade e a integração de todas estas normas, cumpre enfrentar, pelos dois outros prismas (federativo e temporal), a vigência das normas constantes do Código de Águas e conseqüente regulamentação. No prisma federativo, a questão da recepção pela ordem constitucional. No temporal emerge o tema da vigência.

III.B. A recepção pela ordem constitucional

III.12. Repise-se: o direito das concessionárias de energia a se utilizar (sem restrições, sem temperamentos ou condicionantes, sem negociar ou contratar este uso) decorre diretamente do Código de Águas, sendo as prescrições constantes dos Decretos Federais nº 84.398/80 e nº 86.859/82 meramente regulamentares e secundárias para o que é relevante: o direito pleno e incondicionado ao uso dos bens em apreço assegurado pela norma federal (Decreto — com força de lei — nº 24.643/34). Portanto, primeiro cumpre abordar se a norma constante do artigo 151 do Código de Águas teria ou não sido recepcionada pela Constituição de 1988.

III.13. De tudo que li, identifico as seguintes linhas de argumentação no sentido da não recepção sustentada na contrariedade da norma federal: ***i)*** os contornos do princípio federativo inserto e reforçado pela Constituição de 88 impediriam que norma federal determinasse como deve se dar o uso de bem público estadual ***ii)***

18 Cf. Cláusula Sétima do contrato examinado que prevê expressamente dentre as prerrogativas da concessionária: "*I — utilizar, durante o prazo da concessão e sem ônus, os terrenos de domínio público e construir sobre eles estradas, vias ou caminhos de acesso e instituir as servidões que se tornarem necessárias à exploração dos serviços concedidos, com sujeição aos regulamentos administrativos.*"

haveria contrariedade do disposto nas normas federais em face do prescrito pelo artigo 175 da Constituição que atribuiria aos entes federados a prerrogativa de editar lei regulamentando o regime de concessão para os serviços de que são titulares. Enfrentemos cada qual.

III.14. É pacífico que a Constituição de 1988[19] consagrou um federalismo reforçado. Isso se vê desde a própria definição do Estado brasileiro como República Federativa (artigo 1°); na distribuição de competências legislativas (artigos 22, 24 e 30, II) e materiais (artigos 21, 23, 25 e 30 e incisos); na repartição das receitas tributárias (artigo 147 e seguintes); na impossibilidade de emenda constitucional tendente a abolir a forma federativa do Estado (artigo 60, § 4°, I) e especialmente na definição da organização político-administrativa do Estado brasileiro como integrado pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios "*todos autônomos*" nos termos da Constituição (artigo 18). Isso não se discute, embora seja verdade que em relação aos Estados membros (diferentemente do que ocorreu com os Municípios) o regime constitucional anterior já assegurasse margens elevadas de autonomia.

Porém, o federalismo consagrado pela Constituição de 1988 não implica, de modo algum, nem numa autonomização absoluta dos entes federados, nem na impossibilidade de prevalência de interesses de um ente em relação aos demais. Ao contrário, a Constituição prevê situações em que, conforme a densidade do interesse e sua abrangência, prevalecerão competências de um ente em detrimento de outro. Assim ocorre com os interesses predominantemente locais para os quais, malgrado possam eventualmente conflitar com interesses da União ou do Estado, haverá de prevalecer a autonomia municipal.

Firmo aqui, desde logo, uma posição (a ela retornarei no tópico seguinte) que, embora possamos afastar uma prevalência permanente e a priori dos interesses da União em relação a Municípios e Estados e destes em detrimento daqueles, é fato a Constituição consignar matérias em que, atribuídas competências materiais ou legislativas para um ente da federação, estas poderão ser exercidas inclusive com prevalência sobre as competências de outro ente. Em matéria de serviços públicos isto se põe especialmente relevante.

III.15. Isso se vê particularmente no regime de gestão e administração dos bens públicos, matéria sobre a qual aqui se verte. É inerente à autonomia federativa que cada ente federado tenha liberdade para administrar os bens que integram o seu acervo patrimonial. Isso envolve não só margens de liberdade para gerir o domínio destes bens (alienando-os ou não, respeitadas as normas gerais de licitação por força da regra constante do artigo 22, XXVII já aludida) como para disciplinar o uso destes (afetando-os, outorgando direitos de uso privativo, estabelecendo usos concomitantes, restringindo, limitando ou disciplinando as formas de utilização). Porém, o direito indeclinável de qualquer ente da federação (desde a União até o mais singelo dos Municípios) não o faz imune ao exercício de competências atribuídas a outros entes.

19 Sobre o tema ver, dentre tantos outros, Fernanda Dias Menezes de ALMEIDA, "*Competências na Constituição de 1988*", São Paulo, Atlas, 1991.

O município tem plenas competências para disciplinar o uso do viário municipal (bens públicos de uso comum integrantes do seu patrimônio). Porém, ao fazê-lo está sujeito ao cumprimento das normas de trânsito (normas legais e infralegais) de competência privativa da União (cf. artigo 22, XI). Se a normatização de trânsito da União interditar que em vias de leito inferior a x metros a velocidade máxima não supere, digamos, 40 km/h, o Município não poderá lançar mão de sua autonomia para, buscando permitir maior fluidez do tráfego, autorizar que os veículos lá transitem a 60km/h.

Da mesma forma vale a volta. A União tem autonomia para gerir seu patrimônio. Porém, isso não faz que a utilização de seus bens de uso especial ou dominical localizados dentro das Cidades seja imune ao cumprimento das posturas municipais ou das restrições urbanísticas, matéria de competência dos Municípios (cf. artigo 30, VIII, e artigo 182).

III.16. A matéria em debate envolve, nos lindes do presente trabalho, estritamente a possibilidade de normas da União, versantes sobre energia elétrica, prescreverem uma determinada sujeição ao uso de bens públicos estaduais. Notemos que não têm o Código de Águas ou sua regulamentação a pretensão de disciplinar em absoluto o uso destes bens públicos, dizendo que sua utilização sempre dar-se-á de forma gratuita, para todo fim. Não se cogita, na norma federal, de determinar que veículos de concessionárias de energia ou do governo federal não pagarão pedágio, por exemplo. Fosse assim, é dizer, estivéssemos diante de uma norma geral sobre o uso de tal ou qual bem público, e entendo que haveria crassa inconstitucionalidade[20]. Mesmo — e especialmente — em sede de norma geral.

Diversa, muito diversa, é a questão quando posta nos quadrantes do presente estudo. Nas normas federais enfocadas há uma determinada regra estrita e funcionalmente ligada à prestação de um serviço público de competência da União e sobre o qual compete privativamente a ela legislar. A *mens legis* não está em invadir a autonomia dos Estados em disciplinar o uso dos bens integrantes do seu acervo patrimonial. Está, isso sim, em disciplinar as condições para prestação dos serviços públicos de energia, matéria de irrefreável competência da União.

III.17. Dessarte, com relação ao primeiro tópico de argumentos que sustentariam a não recepção das normas federais (o Código de Águas e sua regulamentação), tenho comigo que ela não vinga pois, a recepção destas normas, dá-se por duas válvulas de engate.

III.17.1. Por primeiro, a normatização federal foi recepcionada pela nova Constituição por força da competência normativa constante do artigo 22, IV que prescreve

20 De minha parte tenho como inconstitucional até mesmo legislação federal que, ao lume da prescrição constante do artigo 22, XXVII, atinente a normas gerais de contratação viesse a disciplinar, com contornos genéricos, de regime jurídico, o regime geral de concessão ou autorização de uso de bens públicos estaduais ou municipais. Isso, *data venia*, é muito distinto de se disciplinar a utilização do plexo de bens (públicos ou privados) serviente à prestação de serviços públicos de competência federal.

a competência da União para legislar sobre "*águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão*". Ora, a ninguém ocorreria sustentar que no campo da energia a legislação se atém apenas à sua produção (geração)[21].

A competência da União para legislar sobre energia envolve, por óbvio, a prerrogativa de disciplinar toda a cadeia de energia elétrica em suas etapas de geração, transmissão e distribuição[22]. Enquanto na primeira (geração) a disciplina envolve, entre outros aspectos, a utilização dos potenciais de energia hidráulica (para a energia hidroelétrica, bem entendido) bens públicos exclusivamente da União (artigo 20, VIII), nas outras etapas, que tangem ao transporte da energia gerada, as normas se voltarão fundamentalmente à disciplina de redes.

E redes de transporte de energia dependem, intrinsecamente, dos bens imóveis sobre ou sob os quais são instaladas[23]. Pode-se afirmar, sem nenhum medo de equívoco, que as redes de transmissão e distribuição de energia são integradas não apenas pelos equipamentos específicos usados na sua construção (fios, cabos, transformadores, postes, torres etc.), como também pelos direitos de utilização dos bens imóveis (próprios ou de terceiros) no quais elas são instaladas. Estes direitos, tenho convicção, integram inclusive o plexo de bens reversíveis inerentes ao serviço concedido.

Daí por que, ao prever a competência privativa da União para legislar sobre energia[24], o texto constitucional admitiu que todas as atividades e relações jurídicas inerentes à oferta de energia aos cidadãos e à exploração das atividades a isso correlatas fossem objeto de disciplina pela União. E se o fez, fê-lo com acerto. Se admitíssemos que, direta ou indiretamente, os Estados e Municípios interferissem na forma de prestação e exploração dos serviços públicos de energia, teríamos um forte comprometimento do próprio princípio federativo.

Afinal, mormente num país com matriz energética predominantemente hidráulica como o nosso, os serviços de energia são integrados e sua prestação envolve necessariamente o território de vários Estados. A energia gerada num ente da fede-

21 Maria João C. Pereira ROLIM, "*Direito Econômico da Energia Elétrica*", Rio de Janeiro, Forense, 2002; Carlos Raul BORENSTEIN e C. Celso de Brasil CAMARGO, "*O Setor Elétrico no Brasil*", 1ª edição, Porto Alegre, Sagra Luzzatto, 1997; Clever M. CAMPOS, "*Introdução ao Direito de Energia Elétrica*", São Paulo, Ícone, 2001.

22 Para efeito do presente trabalho não é relevante abordar as demais atividades como a comercialização.

23 Pois ainda não se desenvolveu, ao menos em escala comercialmente viável, tecnologia de transporte de energia elétrica *wireless*.

24 Note-se, a propósito, que a Constituição de 88 não inovou nesse particular em relação à constituição anterior (Emenda nº 1, de 1969). No regime constitucional anterior havia previsão também da competência da União para legislar sobre energia (artigo 8º, XVII, "*i*"). Apenas não se deixava expresso tratar-se de competência privativa e se exemplificava os tipos de energia (elétrica, térmica, nuclear ou qualquer outra). Deixando por menos a impropriedade técnica do rol de exemplos, tais diferenças não se mostram relevantes. O regime constitucional, neste particular, portanto, não inovou.

ração há de ser transmitida por vários outros para ser distribuída e consumida num Município alhures. Tomemos o exemplo da transmissão de energia. Esta atividade depende, intrinsecamente, da utilização de bens públicos estaduais, mormente rodovias pois estas têm, por natureza, características radiais. Ora, fosse de competência exclusiva dos Estados disciplinar (como parece sustentar em parecer o dileto Professor Tércio Sampaio Ferraz Jr.) o modo como dar-se-ia o uso destes bens, e um Estado poderia disciplinar tal uso de forma tão exorbitante que praticamente inviabilizasse o consumo de energia num outro Estado, vizinho, com o qual mantivesse rusgas regionalistas.

O exemplo pode parecer exagerado, mas ilustra a razão e a necessária amplitude da competência legislativa da União em matéria de energia. Vê-se já por ai que a própria Constituição contempla norma que autoriza a União a legislar, de forma ampla, sobre matéria energia (disciplinando todas as relações jurídicas necessárias para a prestação das atividades que integram a respectiva cadeia, dentro do que se insere, por óbvio, o uso de bens para implantação das redes). Desnecessário reiterar que, dentro da competência legislativa da União, se insere também a competência para regulamentação, nos termos do artigo 84, IV, também da CF de 88.

III.17.2. Já por isso, parece-me demonstrada a recepção das normas decorrentes do Código de Águas pela Carta vigente. Porém, outro dispositivo constitucional vem em reforço a isso. Trata-se da norma prevista no artigo 21, XII, b da Constituição que serve, de modo ainda mais veemente, como engate para recepção das normas federais invocadas aqui. Prescreve o dispositivo:

> Artigo 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*;"

Vemos, portanto, que o legislador seguindo já o que previra a Constituição anterior (artigo 8°, XV, b, da EC n° 01/69) não se limitou a atribuir à União competência material para explorar os serviços públicos de energia. Deu-lhe competência para explorar as instalações de energia elétrica. Ora, é certo e seguro que as redes de transmissão e distribuição hão de ser tomadas como instalações de energia elétrica na locução constitucional. E, já disse e repito, redes não são instaladas nas nuvens e sim sobre bens imóveis, públicos ou privados, mas não necessariamente do domínio da União ou das suas delegatárias (o que seria uma irrefreável irracionalidade econômica).

Temos daí que a competência material atribuída pelo texto constitucional para a União explorar as instalações de energia elétrica importa, obviamente, na confe-

rência de competências regulatórias para disciplinar a constituição e o uso destas instalações. Seria um tanto inusitado que a Carta assegurasse a competência exclusiva da União explorar estas instalações, mas tivesse — não em texto expresso, mas no seu espírito — garantido que Estados e Municípios prosseguissem a ter plenas prerrogativas para ditar as condições para implantação e exploração destas instalações!

Ainda que admitamos que o tema é controverso, me parece que o texto constitucional não autoriza afirmar que as normas federais disciplinadoras do modo de utilização dos bens públicos sob ou sobre os quais se implantam instalações de energia elétrica não se coadunam com texto constitucional que reserva: *a)* competência legislativa privativa da União para dispor sobre a matéria energia de forma ampla; e *b)* competência material exclusiva da União para explorar (e, portanto, para regular a forma de fazê-lo) as instalações (bens tangíveis e intangíveis — v.g. direitos a eles inerentes) de energia elétrica.

III.18. A outra suposta incompatibilidade do texto constitucional com as normas federais em apreço diria com o artigo 175. O raciocínio nos remete de volta a alguma argumentação acima expendida. Segundo se sustentou, o artigo 175, ao prever que o poder público terá, na forma da Lei, que disciplinar o regime de concessão dos serviços públicos de sua competência, está remetendo a cada ente da federação a atribuição de disciplinar o modo de exploração de cada serviço. Não seria lícito, portanto, que a União interferisse no regime de concessão de um serviço público de titularidade do Estado membro.

III.18.1. Aqui, parece-me, estamos diante de uma premissa verdadeira mas que leva a uma conclusão equivocada. Não me parece duvidosa a competência dos entes federados para disciplinar a forma de prestação, exploração ou mesmo — sustento eu — delegação dos serviços públicos de que são titulares. Porém, não é disso que aqui se trata. No caso posto a exame, estamos diante da necessária compatibilização entre dois regimes regulatórios distintos: de um lado, as normas legais e infralegais regentes do serviço público de energia, de competência da União; de outro, normas infralegais (vinculadas, pelo que se sustenta, em prescrição legal federal genérica artigo 11, Lei nº 8.987/95) reitoras de concessão de bens públicos — ou, vá lá, serviço público — rodovias.

III.18.2. Haveria sim, como dito, invasão de competências contrária à Constituição se a União pretendesse disciplinar (sem qualquer relação com a regulação de serviços públicos de sua titularidade) o regime de exploração de rodovias estaduais. Inconstitucionalidade haveria, por exemplo, se a União viesse a editar lei que concedesse isenção do pagamento de pedágio em todas as rodovias (federais ou não) a caminhões, carros antigos ou modelos exóticos. Porém, não é disso que aqui se trata. Em foco estão normas cujo escopo é disciplinar, exclusiva e estritamente, a utilização dos bens imóveis imprescindíveis para implantação das instalações (redes) de energia elétrica indispensáveis à prestação de serviços públicos inegavelmente de competência federal.

III.18.3. Claro que seria inconstitucional uma lei estadual que alvitra dar isenção no pagamento da tarifa de um serviço público de competência da União. Como também seria inconstitucional uma lei federal que concedesse isenção no pagamento da tarifa do serviço público de distribuição local de gás canalizado ou de saneamento básico.

III.18.4. A falha mais grave presente no raciocínio em comento é que ele olvida da sua aplicação inversa. Da mesma forma como seria, a se abraçar este entendimento, inconstitucional a União, ao regular os serviços de distribuição e transmissão de energia elétrica, afetar o regime de exploração das rodovias estaduais, seria de rigor enxergar a mesma inconstitucionalidade se uma lei estadual, no condão de disciplinar a exploração de rodovias, vir afetar o regime de prestação dos serviços de energia elétrica[25]. E olhe que se no âmbito da União estamos em sede de Lei, como vimos acima, no âmbito estadual, com vistas a assegurar a cobrança das concessionárias, mais não há do que meros decretos regulamentares e normas contratuais. Mas a isso voltarei pouco adiante.

III.18.5. Por agora, creio ser o suficiente para firmar meu entendimento de que tampouco o artigo 175 (quanto mais combinado com o artigo 21, XII, b e artigo 22, IV) da CF serviria para determinar a não recepção pela Constituição de 1988 do artigo 151 do Código de Águas e das suas respectivas normas regulamentares.

III.19. Sou levado, portanto, a concluir este tópico reafirmando que o artigo 151 do Código de Águas e sua regulamentação foi sim recepcionado pela Constituição de 1988 a qual, para além de não expelir tais normas do ordenamento, as recebeu com reforço de densidade normativa, haja vista os dispositivos que reforçaram as competências da União na seara dos serviços e instalações de energia elétrica.

III.C. A não revogação das normas federais

III.20. Visto está que a Constituição, longe de conter dispositivos elisivos da recepção das normas federais em apreço, encerra disposições que dão competência à União para regrar (tanto no exercício de competência legislativa, como de competência regulatória, que inclui a de regulamentar nos limites da lei) a matéria atinente à energia elétrica (incluindo os bens integrantes de suas instalações). Cumpre agora analisar se, no plano infraconstitucional, teria havido revogação do artigo 151 do Código de Águas.

25 Sobre este específico tema já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, pelas palavras do Ministro Moreira Alves: *"... Lei estadual, máxime quando diz respeito à concessão de serviço público federal e municipal, como ocorre no caso, não pode alterar as condições da relação contratual entre o poder concedente e os concessionários sem causar descompasso entre a tarifa e a obrigação de manter serviço adequado em favor dos usuários, infringindo, assim, não só a política tarifária estabelecida contratualmente e sob o controle do poder concedente, mas também introduzindo elemento novo na relação contratual entre o poder concedente e o concessionário, alterando, dessa forma, as condições contratuais previstas na licitação exigida pelo "caput" do artigo 175 da Carta Magna, que, assim, é violado."* (ADI nº 2.299-MC-RS, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 28.03.2001.

III.21. É de sabença geral que o instituto da revogação[26] vem previsto no artigo 2°, § 1°, da Lei de Introdução ao Código Civil[27]. Dele decorre que a superveniência de uma norma pode suprimir outra antes por revogação tácita (implícita) ou expressa (manifesta), parcial (ab-rogação) ou total (derrogação). No caso em apreço não se discute nem revogação expressa (pois inexiste nas leis supervenientes disposição qualquer que determinasse a revogação integral do Código de Águas ou mesmo do seu artigo 151), nem derrogação tácita (posto não ter sido editada nenhuma lei federal com o escopo de regrar integralmente o conteúdo do Código[28]). Se revogação houve, tratar-se-ia de revogação tácita e parcial (ab-rogação implícita), atinente mais precisamente ao artigo 151 alínea "a" por força especificamente do advento do artigo 11 da Lei Federal n° 8.987/95 (Lei de Concessões).

III.22. Ensina, com a precisão típica dos seus escólios, Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR que "a revogação tácita não se presume, exigindo-se a demonstração da incompatibilidade por quem o alega"[29]. A demonstração de incompatibilidade entre a norma antiga e a nova nos remete ao tema das antinomias jurídicas[30]. Se dele fosse me ocupar com o rigor necessário o presente trabalho restaria interminável e mais maçante do que a má verve literária do escriba já o faz. Para o presente, basta lembrar o ensino do já saudoso Norberto BOBBIO para quem a antinomia jurídica corresponde *"[à]quela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade."*[31] Calha, pois, cotejar as duas normas para, antes de mais nada, verificar se existe mesmo a incompatibilidade entre os respectivos conteúdos normativos.

26 Maria Helena DINIZ, *"Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada"*, 6ª edição atualizada, São Paulo, Editora Saraiva, 2000, p. 66.

27 O texto: *"§ 1°. 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."* Para um aprofundamento ver Florisbal de Souza DEL'OLMO e Luiz Ivani de Amorim ARÚJO, *"Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Comentada"*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 27.

28 Neste particular, embora tenha surgido nos últimos anos legislação federal versante sobre recursos hídricos (especialmente a Lei n° 9.433/97) e sobre os serviços de energia elétrica (mormente as Leis n° 9.074/95; n° 9.427/96 e n° 9.648/98), nenhum destes diplomas teve o condão de esgotar as matérias tratadas no Decreto n° 24.643/34. De todo modo, é sempre complexo identificar a revogação tácita de forma global meramente por versar o diploma novel na integralidade sobre a matéria tratada pela lei anterior. Não por outra razão a Lei Complementar n° 95, com redação dada pela Lei Complementar n° 107 recomenda a cláusula de revogação expressa.

29 Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR, "Introdução ao Estudo do Direito", São Paulo, Atlas, 1989, p. 183.

30 Sobre o assunto, ver, entre outros, Marcelo NEVES, *"Teoria da Inconstitucionalidade das Leis"*, São Paulo, Editora Saraiva, 1988, p. 32; Juarez FREITAS, *"A Interpretação Sistemática do Direito"*, São Paulo, Malheiros Editores, p. 62; Marcos Rolim Fernandes FONTES, *"Antinomias no Direito: Da Visão Teórica ao Caso Prático"*, *in* Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, Nova Série, Ano 4, n° 7, janeiro a junho de 2001, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, pp. 84 a 102.

31 Ver Norberto BOBBIO, *"Teoria do Ordenamento Jurídico"*, Brasília, Editora UnB, 7ª edição, 1996, p. 88.

O texto da lei nova (Lei Federal nº 8.987/95) determina:

> Artigo 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 artigo 17 desta Lei.*"

III.22.1. A norma constante do artigo 151 do Código de Águas, por seu turno, assegura às concessionárias de energia elétrica o direito de utilizar os terrenos de domínio público e mesmo de sobre eles estabelecer servidões, o que por si só já interditaria a vinculação do uso ao pagamento de preço público para as concessionárias estaduais de rodovias. Explicitando essa conclusão, os decretos regulamentares (a meu ver, como demonstrado, sem exorbitar no poder de regulamentar) explicitam que esse uso dar-se-á a título gratuito.

III.22.2. Pois bem. A norma inserta na Lei nº 8.987/95 prescreve uma possibilidade geral, ampla, de que as concessionárias de serviços públicos sejam autorizadas pelo poder concedente a auferir receitas outras que não apenas aquelas decorrentes da cobrança de tarifa. É de rigor notar que o referido artigo sequer afirma o direito das concessionárias de obter especificamente receitas pela cobrança do uso dos bens reversíveis ou a eles adjacentes. Não. Apenas se prevê que o plexo de receitas das concessionárias poderá ser não exclusivamente de origem tarifária. A regra, ademais, tem por finalidade viabilizar o princípio da modicidade tarifária, algo que, como sabemos, se aplica a todas as tarifas de serviços públicos[32].

III.23. Ora, não me parece possível extrair do teor do artigo 11 um conteúdo normativo suficiente para dizê-lo contrário à norma que faz impositivo (e, portanto, não contratual, não remunerável por preço) determinado uso especial dos bens integrantes da concessão. Uma coisa é se admitir que as concessionárias aufiram receitas acessórias, complementares, associadas ou alternativas. Outra é daí concluir que o uso dos bens públicos cuja gestão lhes é confiada haverá de ser, obrigatoriamente, oneroso.

É certo que as concessionárias de serviços públicos [incluamos aí as concessionárias de rodovias] podem ser autorizadas pelo edital a amealhar receitas outras que não tarifárias. Porém, as atividades que lhes venham a conferir tais receitas deverão se desenvolver em conformidade com a legislação. Ninguém sustentaria que a previsão constante do artigo 11 da Lei de Concessões permitiria que as concessionárias explorassem postos de gasolina ao arrepio das normas federais ou da regulamentação da ANP, órgão regulador do setor. Tampouco poderíamos dizer que a

32 Donde se conclui que a obtenção de receitas acessórias, complementares, alternativas ou de projetos associados que acarretem o comprometimento do princípio da modicidade tarifária de um outro serviço público caracteriza a utilização da autorização legal com finalidade diversa daquela prevista na lei. Volto ao tema mais adiante.

possibilidade objeto do artigo 11 permitiria que uma concessionária modelasse um "*projeto associado*" que evolvesse atividade econômica vedada em lei federal.

III.24. É patente que a autorização genérica, repita-se, para as concessionárias poderem explorar atividades ancilares ao serviço público concedido e com isso obter recursos que propiciem a modicidade tarifária, há de se dar em conformidade com a legislação, inclusive aquela editada por outros entes da federação dentro de suas competências legislativas.

Fosse necessário ilustrar esse raciocínio e serviria perfeitamente o exemplo da exploração de publicidade nos terrenos lindeiros às rodovias. Todos sabemos que uma das mais comuns receitas acessórias que uma concessionária de rodovia pode obter decorre da cobrança de preço público dos agentes econômicos que desejem explorar publicidade no eixo das estradas. Porém, para poderem explorar tal atividade e obter as correspondentes receitas, as concessionárias deverão observar a legislação de trânsito (normas federais)[33]. Impossível sustentar que a autorização do artigo 11 da Lei de Concessões (mesmo tratando-se de lei federal) tivesse o condão de afastar as normas de tráfego e trânsito editadas no exercício da competência legislativa da União. Se o Código Brasileiro de Trânsito vedasse a publicidade (não o fez, permitindo-a no artigo 83), não seria a Lei de Concessões suficiente para permiti-la.

III.25. Nem se venha dizer que a incompatibilidade decorreria do contexto histórico de cada norma, pois ao tempo de edição do Código de Águas não se cogitava de delegação da exploração de rodovias pela iniciativa privada. O argumento não calha. Primeiro, porque a norma do artigo 151 do Código fala até mesmo em servidão sobre bens públicos (alínea a) e privados (alínea c). Se em favor do serviço público de energia elétrica poder-se-ia até mesmo restringir o uso da propriedade, mais ainda pode-se aceitar a restrição da mera expectativa de exploração econômica do bem. Diga-se, aliás, que a atividade que as concessionárias de rodovias pretendem explorar nada mais é do que a exploração de um bem público de titularidade dos Estados e sob sua posse e gestão. Portanto, o direito incondicionado ao uso assegurado pelo artigo 151 do Código de Águas se exerce em face do titular do bem (o Estado), sendo irrelevante que este bem esteja, circunstancialmente, sob a administração ou gestão do particular.

III.26. Parece, portanto, que nem sequer haveria uma incompatibilidade entre as normas em testilhas[34]. Mostra-se absolutamente possível integrar os seus conteúdos normativos da seguinte forma: as concessionárias de rodovias (como de resto todas as concessionárias), quando autorizadas pela disposição editalícia, podem explorar atividades econômicas ancilares ao objeto da concessão, auferindo receitas não tarifárias, e respeitadas as normas legais que impedem, condicionam ou restringem algumas destas atividades. Dentre estas normas legais está o artigo 151 do

33 A esse respeito ver meu: "*Publicidade em Faixas de Domínio de Rodovias — Inconstitucionalidade na Lei Estadual Paulista nº 8.900/94*", *in* BDA — Boletim de Direito Administrativo, Editora NDJ, nº 10, Ano XVII, outubro de 2001, pp. 769 a 772.

34 Neste sentido ver, Resp. nº 246.531-MG, Relator Ministro Garcia Vieira, DOJ 11.06.2001.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
BIBLIOTECA MARIO HENRIQUE SIMONSEN

Código de Águas (e sua regulamentação) que interdita a cobrança pelo uso dos terrenos lindeiros ou jazentes às rodovias quando utilizados para instalações de energia elétrica (redes de transmissão e distribuição). São, pois, compatíveis os dois conteúdos normativos. Não havendo antinomia, sequer se haveria de falar de revogação[35].

III.27. Porém, mesmo que diante de antinomia estivéssemos, tampouco creio que pudéssemos chegar a concluir pela ab-rogação do artigo 151 do Código de Águas. Se contradição houvesse, ela oporia uma norma geral (a prescrição genérica do artigo 11 da Lei nº 8.987/95 que autoriza a auferição de receitas não tarifárias) e a norma especial (a prescrição específica do artigo 151 do Código de Águas e da sua regulamentação que retira o caráter econômico do uso dos bens integrantes da concessão quando utilizados para implantar instalações de energia elétrica) que interditaria uma hipótese específica de auferição de receitas (cobrança pelo uso da faixa de domínio) para um uso específico (instalação de redes de energia).

Se antinomia houvesse, ela dar-se-ia entre uma norma anterior-especial (Código de Águas, artigo 151) e outra posterior-geral (Lei de Concessões, artigo 11). Para esta situação, como leciona Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR, "*valeria a meta-regra lex posteriori generalis non derrogat priori speciali*"[36], é dizer, a norma posterior, de textura normativa geral, não revoga a anterior, especial e voltada a uma situação específica que em nada interdita a eficácia da norma posterior. Recorrendo novamente a BOBBIO, "*o conflito entre o critério de especialidade e o critério cronológico deve ser resolvido em favor do primeiro: a lei geral sucessiva não tira do caminho a lei especial precedente. O que leva a uma posterior exceção ao princípio lex posterior derrogat priori: esse principio falha, não só quando a lex posterior é inferior, mas também quando é generalis (e a lex prior é especialis)*"[37].

Este é ademais, o entendimento de nossas Cortes superiores. O Ministro José Delgado, incorporando como suas palavras constantes de Acórdão recorrido, consignou:

> "*Sabe-se, também, que o artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil disciplina a vigência das leis, dispondo que a lei nova só revoga a anterior quando (1) expressamente o declara 2) seja com ela incompatível ou (3) regula inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.*
>
> *Sabe-se, ainda, que a lei nova, que estabelece disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior (artigo 2º, § 2º, LICC), de modo que se conclui que a lei geral posterior não derroga, necessariamente, a Lei especial anterior, enquanto que a lei especial pode derrogar lei geral.*

35 Cf. STJ, Resp. nº 463.432-DF, Relator Ministro Vicente Leal, julgado em 01 de abril de 2003.

36 In op. cit., p. 189.

37 Norberto BOBBIO, in op. cit, p. 108.

Têm estas regras a finalidade de eliminar antinomias, de modo que reine a harmonia no ordenamento jurídico."[38]

Desta feita, ainda que concordássemos na existência de antinomia (que, a meu ver, mostra-se apenas aparentemente), ainda assim descaberia falar em ab-rogação pois a norma anterior (lembremos que ambas, Lei de Concessões e Código de Águas, são leis federais) é especial e a posterior é genérica, não havendo como esta revogar tacitamente a primeira.

III.28. Por fim, quanto a este tópico, é de se registrar que as normas estaduais tampouco teriam o condão de revogar a regra do Código de Águas. Mesmo elas se referindo expressamente à possibilidade das concessionárias de rodovias explorarem, obtendo receitas acessórias, o uso da faixa de domínio, isso não seria suficiente para revogar a norma federal. Isso porque o artigo 151 do Código de Águas não tem o objetivo de impedir que as concessionárias de rodovia explorem as faixas de domínio, cobrando pelos diversos usos que dela podem se dar combinadamente com o uso rodoviário (publicidade, instalação de postos de combustíveis, lojas de conveniência, pontos de repasto, hotéis, oficinas, centros de exposição e feiras, entre tantos outros).

A norma federal apenas dá aos prestadores dos serviços de energia (não em benefício destes, mas em favor do próprio serviço e dos seus usuários) o direito ao uso destes bens estaduais para implantação das redes de energia, retirando o eventual caráter negocial que revestiria o uso não fosse essa garantia. Portanto, o Código de Águas apenas exclui da possibilidade de exploração econômica do uso das faixas de domínio uma determinada utilização específica para viabilizar a prestação de um serviço público de competência da União.

Releva notar, porém, que no âmbito Estadual não é a Lei que assegura expressamente o direito das concessionárias de rodovias cobrarem pelo uso das faixas de domínio mesmo quando a usuária for uma concessionária e o uso se der em favor da prestação do serviço público. De fato, a norma legal estadual similar ao artigo 11 da Lei nº 8.987/95 é o artigo 32, II, da Lei nº 7.835/92. Seu teor é o seguinte:

> Artigo 32. (...)
>
> "*II — além da tarifa, o concessionário de obra pública poderá ser remunerado nos termos previstos no edital e no contrato, dentre outras fontes, pela renda proveniente de contribuição de melhoria instituída pelo Poder Público, pela renda derivada da exploração, direta ou indireta, de áreas de serviço, lazer ou repouso, na faixa de domínio da obra pública ou em zona integrada ao patrimônio público por desapropriação extensiva ou qualquer outra forma, bem como receita decorrente de projetos associados.*"

38 Apud in Resp. nº 178.192-SP, Relator Ministro José Delgado, DOJ 24.05.99.

Note-se que a lei estadual faz referência à possibilidade de cobrança pela utilização da faixa de domínio das rodovias apenas para exploração de áreas de serviço, lazer ou repouso. Não só não se refere à exploração para implantação de redes de suporte a serviços públicos, como nem mesmo contempla locuções[39] aptas a se interpretar o rol de atividades como meramente exemplificativo. Pode-se entender que o legislador estadual, ciente das limitações do seu poder de legislar que impedem de regrar condição intrínseca à prestação de serviço público de titularidade de outro ente da federação, excluiu a cobrança de preço das concessionárias de serviços públicos do rol de receitas acessórias. Ou seja, a norma estadual seria ainda menos oposta e mais afeita à integração do que a própria norma federal (artigo 11 das lei de Concessões).

O fato dos decretos estaduais que regulamentam as diversas concessões[40] conterem expressa referência à possibilidade de cobrança pelo uso da faixa de domínio pelas concessionárias de serviços públicos não teria o condão de revogar o artigo 151 do Código de Águas pois, neste caso, a antinomia (aqui, sim, presente) cairia pelo critério hierárquico.

III.29. Vê-se, portanto, que tampouco pode-se falar em revogação (ab-rogação) do artigo 151 do Código de Águas seja pelo advento do artigo 11 da Lei Federal nº 8.987/95, seja pela Lei estadual de concessões paulista (Lei Estadual nº 7.835/92), seja muito menos pelos decretos regulamentadores das concessões rodoviárias paulistas.

IV. O quadro normativo aplicável: esforço de integração e articulação das competências regulatórias

IV.1. Pelo tanto até aqui arrazoado, parece indubitável que o artigo 151 do Código de Águas bem como as normas que o regulamentaram seguem vigentes no ordenamento jurídico. Resta, então, tentar trilhar alguns critérios que permitam integrá-los às demais normas também vigentes, mormente aquelas editadas no âmbito estadual. Parte deste esforço hermenêutico já foi alinhavado acima. Retomemo-lo.

IV.2. A questão envolve, mais do que a contraposição de normas federais e estaduais, novas e antigas, a necessidade de encaixe entre dois ordenamentos setoriais[41]. A estes ordenamentos setoriais (conjunto de normas e princípios atinentes a um dado setor e em torno dos quais se constrói um arcabouço regulatório próprio,

39 Tais como em especial, especialmente, entre outras. A locução *"dentre outras fontes"* constante dos dispositivos parece abrir a alternativa entre as três hipóteses previstas: contribuição de melhoria, remuneração pela exploração de atividades nomeadas e projetos associados.

40 Vide, entre outros, o Decreto Estadual nº 41.371/96 (artigo 14, VI); Decreto Estadual nº 42.948/98 (artigo 14, VII); Decreto Estadual nº 42.646/97 (artigo 14, VII); Decreto Estadual nº 42.840/98 (artigo 14, VII).

41 Sobre o tema ver, por todos, a parte inicial do brilhante artigo de Alexandre Santos ARAGÃO: *"As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes — Uma Contribuição da Teoria dos Ordenamentos Setoriais"*, *in* RT, volume 786, abril de 2001, pp. 11 e s.

dotado de especialidade[42]) corresponde o que em outra oportunidade chamei de subsistemas de normatização[43].

IV.2.1. De um lado, o ordenamento afeto ao setor de energia elétrica (do qual fazem parte os dispositivos do Código de Águas e demais normas de regulamentação), dentro do qual prevalecem objetivos de integração, eficiência, racionalização e economicidade (inclusive modicidade tarifária e viabilização dos investimentos no setor) dos serviços de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica. Doutro, está o ordenamento setorial da atividade de exploração rodoviária, onde prevalecem os interesses da melhor e mais eficiente exploração dos ativos rodoviários (inclusive pelo prisma da modicidade das tarifas de pedágio). Integrá-los é imprescindível para resolver a singela questão motivadora do presente estudo (em última instância: devem ou não as concessionárias de energia pagar pelo uso das faixas de domínio das rodovias estaduais?).

IV.3. Diferentemente do plano em que se travou o debate até agora, não me parece que a questão deva ser equacionada pelo prisma da valoração dos interesses públicos prevalecentes. Como já pude aludir, há situações em que deve prevalecer o interesse do ente federativo mais amplo (União) e outros em que deve predominar o interesse aos cuidados do ente menos amplo (Estados e Municípios). Outros critérios parecem ser mais servíveis para ensejar, *in casu*, a integração entre os dois ordenamentos setoriais[44].

IV.4. O primeiro critério que poderíamos adotar seria o da aferição da densidade normativa das regras contrapostas. A densidade deve ser perquirida não apenas pela especificidade e posição hierárquica da norma, mas pela finalidade por ela perseguida.

42 Importante que as normas que integram cada ordenamento setorial não são necessariamente exclusivas dele. Uma mesma norma pode integrar mais de um subsistema jurídico, sendo amoldada às especificidades de cada qual e podendo receber em cada um deles uma conformação regulamentar diversa. Isso é particularmente verificado quando se trata de normas gerais. Um bom exemplo é o próprio artigo 11 da Lei nº 8.987/95. Para cada serviço público (e, portanto, para cada regulação setorial, os contornos do modo de um concessionário obter receitas acessórias ou alternativas será conformado de forma distinta, consoante as peculiaridades do setor).

43 Conferi meu "*A Nova Regulação Setorial e as Agências Independentes*", *in* "*Direito Administrativo Econômico*", cit., p. 83.

44 Os ordenamentos setoriais — ou os subsistemas normativos — permitem uma integração vertical interna entre as normas que os compõem. Porém, uma vez estruturados, estes subsistemas devem ser integrados horizontalmente dentro do sistema jurídico, a partir de critérios de articulação, densidade e relevância que variarão conforme a situação. A matéria aqui versada dá mostras de que, no contexto do direito contemporâneo, os critérios tradicionais de solução de antinomias ou de integração de normas se mostram insuficientes. A integração intra-sistêmica dos Decretos Federais nº 84.398/80 e nº 86.859/82 com o Código de Águas (no âmbito interno ao regulamento setorial de energia elétrica) e dos Decretos estaduais de regulamentação das concessões rodoviárias com a Lei paulista de concessões (no âmbito interno ao regulamento setorial afeto às concessões rodoviárias estaduais) são prova disso. O elo de articulação entre os subsistemas normativos (que ao mesmo tempo serve de engate com outros sistemas — v.g econômico, social, político) é a Constituição. Sem pretender avançar por estas sendas, mas se pode dizer que o modelo hierárquico e piramidal de Kelsen cede espaço para um modelo de ordenamento fragmentado e orgânico de Teubner.

No tocante à finalidade de ambas, creio ser prevalecente nos dois casos a busca da modicidade tarifária. No caso da autorização genérica das concessionárias auferirem receitas adjetivas à tarifa, isso é explícito (cf. artigo 11 da Lei nº 8.987/95). No caso das normas atinentes ao setor de energia elétrica, ainda que não vazada de forma explícita, a não onerosidade do uso dos bens em apreço leva, obviamente, à modicidade (pois que tendo que pagar pelo uso, este fato caracterizará ônus superveniente[45] a ser repassado para a tarifa de energia, comprometendo o desígnio da modicidade).

Contrapostos os conjuntos normativos pelo prisma da economicidade, temos como muito mais densa a prescrição das normas do setor de energia elétrica. É que o ordenamento do setor de rodovias não oferece nenhuma garantia de que a cobrança pelo uso das faixas de domínio traduzir-se-á em redução das tarifas de pedágio. Mesmo porque algumas concessionárias de rodovias já cobram pela instalação de redes e isso não levou a qualquer abatimento tarifário. Doutro bordo, passando a pagar, definitivamente, pelo uso destes bens certamente as concessionárias de transmissão e distribuição de energia postularão (em sede de revisão ordinária ou extraordinária de tarifas) a neutralização do impacto destes novos ônus.

Ainda sobre o prisma da densidade normativa, podemos sem muito esforço perceber que o conteúdo prescritivo das normas do setor elétrico é muito mais específico ao assegurar o direito de uso incondicionado dos bens públicos estradas, caminhos e vias públicas (consagrando no setor de energia o conceito de não onerosidade pela remuneração dos bens públicos que suportam as redes) do que as normas do setor de concessão de rodovias que prevêem uma possibilidade genérica de auferição de receitas acessórias, especificando a possibilidade de cobrança pelo uso por parte de outras concessionárias apenas nos regulamentos aplicáveis a cada concessão.

Portanto, se quisermos integrar os dois conjuntos normativos pelo prisma da densidade normativa, creio que a decisão haverá de ser no sentido de que o direito das concessionárias de rodovias em auferir receitas alternativas, acessórias e associadas, inclusive pela cobrança pelo uso de faixas de domínio por outras concessionárias encontrará óbice pontual e relativo quando esse uso for feito por concessionárias de transmissão e distribuição de energia com finalidade de implantar suas redes.

IV.5. Outro critério possível seria a integração dos dispositivos pelo prisma da razoabilidade e da proporcionalidade. Visto já está que a possibilidade franqueada pelo artigo 11 da Lei Federal nº 8.987/95 está vinculada à finalidade de se obter a modicidade tarifária. Esta é consagrada na própria lei de concessões (cf. artigo 6º) como parte integrante do conceito de "*serviço adequado*", ao qual estão obrigadas todas as concessionárias de serviços públicos. Ora, consagrar-se a tese esposada pelas concessionárias de rodovias — obrigando as concessionárias de energia a pagar pelo uso das faixas de domínio — importaria em fazer uso de permissivo voltado a

45 Com todo o respeito à posição contrária de alguns pareceristas, parece-me inarredável calhar à espécie o artigo 65, II, d, da Lei nº 8.666/93.

assegurar a modicidade justamente para encetar a imodicidade das tarifas de energia. Logo, esta solução afrontaria a razoabilidade e a proporcionalidade (esta pelo prisma da adequação)[46].

IV.6. Poder-se-ia ainda adotar o critério da abrangência das competências regulatórias, afeto ao princípio federativo. Este critério é albergado pela Constituição na distribuição de competências materiais quando comete a cada ente (União, Estados e Municípios) a titularidade de serviços públicos a partir do âmbito de abrangência da prestação da utilidade. Isso é muito visível na repartição de competências sobre o transporte rodoviário de passageiros[47]. Não se trata de afirmar que um serviço público é mais importante que outro. Trata-se apenas de perquirir a abrangência dos interesses regulados num e noutro (se estes interesses cingem-se aos usuários de um só Estado ou que a eles se igualem, ou se a regulação desta atividade produz efeitos diretos fora do âmbito Estadual).

O enquadramento da abrangência das competências regulatórias deflui do próprio princípio federativo. A atribuição à União das competências materiais exclusivas para regular serviços públicos que tenham abrangência nacional (ou pelo menos transestadual) se presta justamente a evitar que o exercício do poder por um Estado membro produza efeitos em cidadãos de outro Estado[48].

O caso ora versado é ilustrativo disso. A cobrança pelo uso de faixas de domínio, por exemplo, para instalação de linhas de transmissão por um ente estadual poderá trazer reflexos na tarifa da energia elétrica consumida pelo cidadão de um outro Estado. A eventual exorbitância no preço público (imaginando, no caso, poder se tratar de preço público) pelo uso de uma rodovia de um Estado que gere energia poderá inviabilizar o desenvolvimento industrial de um Estado que, não produtor de energia, dependerá da transmissão da eletricidade despachada no território do vizinho. Igualmente, poder-se-ia produzir impactos indiretos nos Municípios por exemplo, onerando os custos da iluminação pública de vias e logradouros municipais.

Pela mesma razão que a Constituição cometeu estas competências para a União é que, contrapostas competências regulatórias, a indicação da abrangência dos interesses envolvidos predicará qual conjunto de normas deve prevalecer. A regulamentação do setor de energia, creio, prevalece no caso concreto não por ser federal, mas por ser mais abrangente. Se assim não fosse, a prescrição constante de normas exclusivamente estaduais estaria a produzir efeitos não só sobre serviços públicos de titularidade da União, mas sobre os interesses dos outros Estados membros e Municípios, o que não se coaduna com o regime constitucional vigente.

46 A esse respeito ver meu "*Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal*", *in* Revista de Direito Público da Economia — RDPE, nº 1, janeiro, fevereiro e março de 2003, Editora Fórum, Belo Horizonte, pp. 69 a 93.

47 Como se sabe, o transporte interestadual e internacional é de competência da União (cf. artigo 21, XII, e). O intermunicipal cabente aos Estados (cf. artigo 25, § 2º). E o transporte de passageiros intramunicipal de competência dos Municípios (cf. artigo 30, V).

48 O mesmo vale, *vis a vis*, para os Municípios em relação aos Estados.

Tenho certo, então, que também pelo critério da abrangência de interesses, devem prevalecer as normas regulatórias do setor de energia, que conferem o direito de gratuidade no uso.

IV.7. Um último critério que poderia ser adotado diz respeito às competências sobre o regime de bens. Efetivamente, a polêmica aqui tratada envolve a imunidade dos Estados membros a regras da União que afetem sua liberdade de disciplinar o uso dos seus bens. Sob este prisma, duas vertentes podem ser utilizadas. Na primeira, impende saber se é absoluto o direito dos Estados sobre os seus bens que sejam necessários à prestação dos serviços de energia elétrica. Na segunda, cumpre verificar se o ordenamento jurídico prevê alguma regra para disciplinar a articulação entre os entes federados no que toca ao domínio de seus bens.

IV.7.1. No primeiro caso, quer me parecer que o ordenamento jurídico preveja uma relativização no direito de propriedade dos bens por entes públicos e privados quando estes bens envolverem utilidades afetas aos serviços de energia elétrica. Isso fica explícito no caso dos potenciais de energia hidráulica que a Constituição atribui como sendo de titularidade exclusiva da União (artigo 20, VIII) e determina que constituem propriedade distinta da do solo (artigo 176). Ou seja, independente de a quem caiba o domínio do imóvel, sendo dele integrante uma dada utilidade (potencial de energia hidráulica), tal utilidade está, por força de norma constitucional, subtraída do domínio do titular da coisa. Embora sem a mesma explicitude, igual tratamento pode ser lobrigado no tocante a outras utilidades relativas ao setor de energia elétrica. Tanto que a Carta (artigo 21, XII, b), repito, atribui competência para a União sobre as instalações de energia elétrica.

Já discorri sobre os efeitos desta prescrição. O que importa dizer, agora, é que dela decorre uma certa relatividade do direito — incontroverso — que os Estados têm para gerir seus bens. É que a utilidade integrante dos bens estaduais e que seja imprescindível para a implantação de instalações de energia elétrica deverá receber um tratamento jurídico menos absoluto do que o direito de propriedade plena. Daí por que indicar a prevalência das competências da União sobre as do Estado.

IV.7.2. No presente caso, a questão se torna mais simples haja vista o ordenamento jurídico conter chave para integrar os dois subsistemas. Com efeito, na legislação reitora das desapropriações (matéria de competência legislativa privativa da União, cf. artigo 22, II), há regra que consagra a possibilidade de desapropriação de bens públicos apenas na linha descendente, vedando o exercício dessa prerrogativa na linha ascendente. Diz o artigo 2°, § 2°, do Decreto-Lei n° 3.365/41:

> *"§ 2°. Os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios poderão ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados, mas, em qualquer caso, ao ato deverá preceder autorização legislativa."*

Embora haja quem veja neste dispositivo inconstitucionalidade[49], a jurisprudência das Cortes superiores é praticamente uniforme no sentido de admitir a desapropriação descendente e inadmitir a ascendente.

49 Neste sentido, ver Fábio Konder COMPARATO, "*Expropriação de Bens Dominicais de Outras Unidades Federadas pela União Federal*", in RT, volume 723, janeiro de 1996, pp. 111 a 115.

Pois bem. Se no direito brasileiro se confere aos entes federados mais abrangentes a prerrogativa mesmo de expropriar bens dos entes federados menos abrangentes — consagrando uma prerrogativa descendente de dominialidade pública — quer me parecer que daí decorre a prevalência das normas editadas no âmbito federal e concernentes ao setor de energia. Se a União pode mesmo extinguir a propriedade dos Estados, assumindo o domínio do bem, mais ainda poderá impor uma restrição parcial à utilização econômica deste bem em favor de um serviço público do qual ela, União, é titular.

IV.7.3. Portanto, se adotado o critério do regime jurídico dos bens públicos teríamos aqui também que concluir que a integração entre os dois subsistemas deve se dar pela prevalência das regras atinentes ao setor de energia e, portanto, favoráveis à gratuidade do uso dos bens pelas concessionárias de transmissão e distribuição.

V. Uma última nota: a referência ao regime de servidão

V.1. Não posso concluir sem abordar, rapidamente, o tema da aplicação do instituto da servidão administrativa[50] ao caso em tela.

V.2. Poder-se-ia, já pela própria natureza do uso assegurado pelo Código de Águas para as concessionárias de energia, identificar, como fazem alguns autores[51], presente o instituto da servidão administrativa[52].

V.3. Porém, no caso, sequer haveria que se falar em discussão quanto à natureza do instituto posto que a norma constante do artigo 151 do Código de Águas prevê expressamente a possibilidade de servidão. E por duas vezes. Vejamos:

> Artigo 151. "*Para executar-se 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:*

50 Por todos, vale a definição de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO: "*Servidão administrativa é o direito real de gozo, de natureza pública, instituído sobre imóvel de propriedade alheia, com base em lei, por entidade pública ou por seus delegados, em favor de um serviço público ou de um bem afetado a fim de utilidade pública.*" (Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *in* "Direito Administrativo", cit., p. 145).

51 "*... há, na ocupação do subsolo dos bens de uso comum de que se cuida, um direito restritivo em benefício do prestador de serviço público, direito restritivo este que a ele possibilita, instrumentando sua atuação, o pleno cumprimento do dever-poder, que o vincula, de prestar o serviço. A conclusão de que não cabe a percepção, pelo Município, pelo Estado-membro e pela União, de qualquer preço por essa ocupação far-se-á prontamente mansa e pacífica, após a breve exposição que segue.*" (Eros Roberto GRAU, "*Concessionária de Serviço Público — Bens Públicos — Direito de Uso*", *in* Revista de Direito Administrativo, nº 218, outubro a dezembro de 1999, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, Livraria e Editora Renovar, p. 350).

52 "*Semelhante, enfim, à servidão de aqueduto é a servidão administrativa de apoio de fios condutores de eletricidade. Chamam-lhe os italianos, 'elettrodotto', e, quando permanente (quando temporária, embora o 'nomen juris', resolve-se em figura jurídica diversa), tem o serviço público, qualquer que seja, de subministração de energia elétrica como 'res dominans' (artigo 151, Código de Águas).*" (Ruy CIRNE LIMA, "*Das Servidões Administrativas*", *in* Revista de Direito Público, nº 5, julho a setembro de 1968, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p. 26).

a) utilizar os terrenos de domínio público e estabelecer as servidões nos mesmos e através das estradas, caminhos e vias públicas, com sujeição aos regulamentos administrativos; ..."

b) ...

c) estabelecer as servidões permanentes ou temporárias exigidas para as obras hidráulicas e para o transporte e distribuição da energia elétrica;

Ora, se a legislação assegurou às concessionárias[53] o direito até mesmo a estabelecer servidões sobre os bens públicos[54] necessários à instalação das redes de distribuição e transmissão de energia, sentido algum há em se cogitar em negociação (contratação) deste uso perante as concessionárias de rodovia. Para que se pudesse cogitar da cobrança de preço público (como sustentam os ilustres e diletos professores Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO e Antônio Carlos CINTRA DO AMARAL, haveríamos de estar diante de uso consensado bilateralmente e não em face de servidão imposta por Lei.

V.4. Se diante de servidão administrativa estamos, não se falaria de remuneração. O máximo de que se poderia cogitar seria o direito das concessionárias à indenização se demonstrassem que a servidão acarreta incontornável dano ou prejuízo para a utilização própria do bem[55]. No caso, isso me parece absolutamente incogitável. É pressuposto que o uso ancilar das faixas de domínio para implantação de redes de transmissão e distribuição de energia elétrica não interfere e menos ainda impede o uso rodoviário. Se assim não fosse, não se trataria de direito à indenização, mas aí sim a vedação do uso secundário dada a prevalência, nesta situação, da regulação estadual[56]. De resto, tampouco se há de falar sobre impedimento ou

53 "*Desnecessário seria, nestas poucas linhas, levantarmos a questão do poder que teriam as concessionárias, de estabelecer servidões administrativas pois, acreditamos pacífico o assunto. Não é evidente o Estado, o único a quem incumbe o direito de estabelecer tais gravames.*" (Evaristo SILVEIRA JÚNIOR, "*Servidões Administrativas*", *in* Revista de Direito Administrativo, volume 62, outubro a dezembro de 1960, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, p. 350).

54 "*Essas servidões administrativas pesam tanto sobre os terrenos de domínio público como sobre os de domínio particular, por conseguinte, presentemente, pela legislação em vigor, está estabelecida, de forma categórica, a servidão pública sobre os terrenos marginais, nas hipóteses supra mencionadas, a essa servidão podia, pois, ser estabelecida, como vimos do estudo a que se está procedendo, consoante lição dos mais eméritos publicistas, por ato unilateral do poder publico, independente de qualquer indenização, e sobre as margens externas mesmo de domínio particular.*" (Osvaldo Aranha BANDEIRA DE MELO), "*Servidão Pública Sobre os Terreno Reservados*", *in* Revista de Direito Administrativo, volume VI, outubro de 1946, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, p. 38).

55 "*Em resumo, remanesce para o Estado o dever de indenizar somente quando e na medida em que a instituição de uma servidão administrativa causar um prejuízo ao titular da propriedade privada. Isto, entretanto, somente pode ser verificado em cada caso concreto.*" (Adilson Abreu DALLARI, "*Servidões Administrativas*", *in* RDP, nº 59-60, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 96).

56 O que aliás já estava contemplado no próprio Código de Águas, quando fazia referência à subordinação aos regulamentos administrativos.

restrição a usos acessórios, pois a instalação de redes, postes e torres está longe de inviabilizar o uso das faixas lindeiras às rodovias, sendo, pois absolutamente compatível com outros usos que se lhe queira dar.

V.5. Portanto, restando a possibilidade do direito de uso das faixas de domínio das rodovias caracterizar servidão administrativa instituída por lei, em favor do serviço público de energia, creio que caem por terra tanto o caráter negocial subjacente à cobrança de preço público, como a própria argumentação de que o uso assegurado não seria gratuito. No caso, tanto por se tratar de servidão instituída por lei, quanto por não implicar ela em qualquer restrição ao uso ao qual o bem público está afetado, decorre forçoso reconhecer que sequer em indenização calharia de se cogitar, reforçando-se o caráter não oneroso do uso a que fazem jus as concessionárias de energia.

VI. Conclusões sintéticas e respostas aos quesitos

VI.1. Creio que, finalmente, já é possível concluir, pontuando de forma sintética as conclusões a que cheguei:

- possibilidade de cobrança pelo uso de bens públicos seja pelo poder público, seja pelos seus delegatários não é plena e absoluta, encontrando limites e condicionamentos na legislação;
- Decreto Federal nº 24.643/24 (Código de Águas), quer pelo regime de concentração de poderes vigente à época de sua edição, quer pela sua recepção posterior como tal, tem força de Lei, situando-se dentro do ordenamento jurídico como Lei ordinária;
- Decretos nº 84.398/80 e nº 86.859/82, de natureza infralegal, vieram a regulamentar o artigo 151 do Código de Águas. Suas normas não exorbitam os limites do poder regulamentar, cuidando apenas de detalhar e explicitar os contornos do direito de uso assegurado às concessionárias de energia. Tanto a perenidade, quando a gratuidade deste uso decorrem direta e autonomamente da norma legal inserta no Código:
- artigo 151 do Código de Águas e sua respectiva regulamentação foram plenamente recepcionados pela Constituição de 1988 pois com ela não colidem materialmente em ponto algum;
- muito ao contrário, o instituto da recepção se dá de forma reforçada por força dos dispositivos constitucionais constantes do artigo 21, XII, b (que assegura competência da União sobre as instalações de energia elétrica); artigo 22, IV (que atribui competência legislativa privativa da União para regrar o tema energia), bem como pelo artigo 175 que confere competência para cada ente da federação disciplinar os aspectos atinentes à concessão dos serviços de sua respectiva titularidade;
- tampouco foi o Código de Águas revogado. Não há antinomia entre o seu artigo 151 e a regra constante do artigo 11 da Lei nº 8.987/95;
- mesmo que houvesse tal antinomia, ela oporia norma especial-anterior a norma geral-posterior. E nesse caso a solução dar-se-ia pelo critério *lex posteriori generalis non derrogat priori speciali*, em favor da vigência do Código de Águas;

• pelos mesmos motivos, não há que se falar em antinomia ou ab-rogação em virtude do artigo 32, II, da Lei de Concessões Paulista;

• vigente que estão as regras do Código de Águas e regulamentação posterior, coloca-se o desafio de integrar o ordenamento setorial do setor de energia (de âmbito federal), com o subsistema de concessões de rodovias (de âmbito Estadual). Neste mister, qualquer dos critérios que se adote, temos a prevalência das regras federais;

• pelo critério da densidade normativa, prevalecem as normas federais do setor de energia elétrica por serem elas mais densas, quer pela sua especificidade e concretude, quer por serem elas mais aderentes à finalidade comum (modicidade de tarifas de serviços públicos);

• pelo critério da razoabilidade e proporcionalidade, hão de prevalecer as normas do setor de energia, pois a gratuidade do uso garante a modicidade existente na tarifa de energia, enquanto nada há a assegurar que se atingirá a modicidade das tarifas de pedágio caso perenizada a onerosidade do uso das faixas de domínio;

• se adotado o critério da abrangência dos interesses, novamente o ordenamento setorial de energia deve predominar sobre a regulação de estradas, pois naquela estão tutelados interesses de usuários do país todo, não podendo as normas de um Estado membro ser, reflexamente, impostas a outros Estados e Municípios;

• já se utilizarmos o critério jurídico em relação ao regime de bens, teremos que as normas editadas no exercício das competências da União prevalecerão, pois a regra vigente entre nós, presente no regime de desapropriação, adota o critério descendente de sujeições ao direito de propriedade entre entes da federação;

• no mais não fosse, tem-se que reconhecer que a regra constante do artigo 151 do Código de Águas faz alusão à instituição de servidão administrativa, pelas concessionárias de rodovias, sobre os bens públicos estradas. Disso já restaria afastado o caráter oneroso que se quer dar ao uso das faixas de domínio. Nem mesmo de indenização calharia se falar pois, tratando-se de indenização imposta por lei, de reparação indenizatória não de cogita[57].

Enfim, muito ainda há que se caminhar na construção de uma doutrina atualizada de uso dos bens públicos, mormente quando servientes à prestação de serviços públicos. Essa discussão está apenas começando.

57 Afinal, como asseverava há mais de cinqüenta anos Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, nem mesmo a obrigação de indenizar (distinta pois do caráter remuneratório próprio aos preços públicos) decorreria automática do instituto da servidão: "*Como norma, inexiste o direito do titular da propriedade de pretender indenização pelas limitações e servidões impostas, por lei, pela autoridade pública, no desempenho das atividades de defesa do interesse coletivo e cumprimento de seu poder de polícia.*" (cf. RDA, volume V, julho de 1946, p. 30).

Perfis do Direito Civil

Introdução ao Direito Civil Constitucional

Pietro Perlingieri



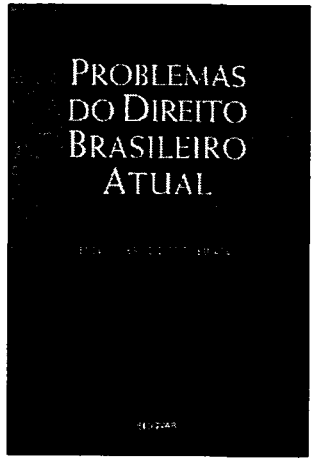
Trata-se de uma renovação dos estudos privatísticos através da influência da Constituição sobre o Direito Civil que leva a um modo novo de abordar os problemas e de raciocinar sobre a sua solução. Este é o espírito que anima o livro de Pietro Perlingieri, onde se percebe a tentativa de tornar o jurista plenamente consciente da riqueza teórica e da problematicidade dos próprios instrumentos de trabalho.

Ref. 0135 **Brochura** **369 págs.**
Form. 16x23 **1997**

Problemas do Direito Brasileiro Atual

Waldirio Bulgarelli

O presente livro, além de informativo, é curioso e instigante. Apresentando-se como "um ensaio sobre o direito em ação", envolve-nos numa rica e atraente série de temas que se apresentam problemáticos a desafiar a nossa compreensão do Direito, nos nossos dias.



Ref. 0191 **Brochura** **300 págs.**
Form. 14x21 **1998**