

A COBRANÇA PELA UTILIZAÇÃO EXCLUSIVA DE FAIXA DE DOMÍNIO DE RODOVIAS ESTADUAIS POR PRESTADORES DE SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA

THE CHARGE FOR THE EXCLUSIVE USE OF STATE'S HIGHWAYS LAND BY ELECTRIC ENERGY SERVICE PROVIDES

Diogo dos Santos Baptista¹

RESUMO: O presente trabalho explora as razões jurídicas em torno da cobrança pela utilização exclusiva de bens públicos por prestadoras de serviços públicos, especificamente pelo uso de faixa de domínio de rodovia estadual por prestadores de serviço de energia elétrica. Após considerações acerca da exploração de bens públicos, serão analisados os fundamentos que levaram os tribunais superiores a decidirem pela impossibilidade de cobrança para, em seguida, realizarmos uma análise crítica com apoio na literatura sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Bens públicos. Exploração econômica. Autonomia federativa.

ABSTRACT: This paper explores the legal reasons around charging for exclusive use of public goods by public service providers, specifically the use of state's highway lands by electric energy providers. After considerations about the public goods exploration, will be analyzed the legal reasons that leads the higher courts to decide for impossibility of charge, and then a critical analysis will be done with support of literature about the subject.

KEYWORDS: Public goods. Economic exploration. Federative autonomy.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Exploração econômica de bens públicos. 2. A cobrança pelo uso e ocupação de vias públicas. 3. Autonomia estadual e leis federais dispendo sobre seus bens. 4. Uso gratuito como comportamento *free rider*. 5. A previsão de cobrança e suas repercussões na competência federal. 6. Conclusão. Referências.

SUMMARY: Introduction. 1. Economic exploration of public goods. 2. The charge for use and occupation of public roads. 3. State autonomy and federal laws disposing your goods. 4. Free use as free rider behavior. 5. The charge establishment and its repercussions of federal competence. 6. Conclusion. References.

Introdução

Em cenário de crise econômica os gestores públicos buscam soluções criativas para fechar as contas públicas no azul. Embora as opções se encontrem amarradas às possibilidades

¹ Mestrando em Direito Público (UERJ). Pós-graduando em Direito e Advocacia Pública (UERJ) e especialista em Direito Processual Civil (UCAM).

jurídicas, tornando os empréstimos públicos a saída mais usual, as circunstâncias exigiram uma postura distinta e criativa. Desse movimento surgiram, por exemplo, pacotes anti-crise, leis sobre “falência pública”, o apoio de governadores para regulamentação de jogos de azar e manutenção de loterias estaduais.

Dentre as alternativas para captação de receitas se inserem os bens públicos, cuja concepção vem sofrendo interessante mutação. Em uma visão tradicional, a ideia de indisponibilidade, da incompatibilidade do interesse privado no seio da Administração Pública e a excepcional atuação do Estado do domínio econômico reduziram o espectro de exploração de bens públicos, nada obstante a doutrina clássica sempre ter considerado relevante abordar os instrumentos jurídicos que legitimassem sua utilização por particulares. Essa cultura ainda influencia sobremaneira a postura de desprezo pelos bens públicos, até mesmo pelo Poder Público.²

Somente nas últimas décadas que a exploração econômica dos bens públicos recebeu uma abordagem inovadora, sobretudo pela ampliação do debate sobre temas até então não tão explorados, a exemplo da constitucionalização, função social do direito e regulação. Exemplos dessa mudança se encontram na ideia de múltiplas utilidades de bens públicos, funcionalização da propriedade pública e a exploração de *naming rights* sobre bens públicos.³

Por outro lado, ainda se verificam situações em que a exploração dos bens públicos é obstada pelo Poder Judiciário, a exemplo da utilização de faixas de domínio de rodovias estaduais, objeto do presente trabalho.⁴ Não se tem aqui a pretensão de trazer uma solução

² Estima-se que, no Estado do Rio de Janeiro, haja centenas de imóveis públicos não utilizados ou subutilizados, em evidente desperdício de recursos públicos para manutenção e de oportunidade de exploração. Cf. NEDER, Lívia. Imóveis públicos da cidade são subutilizados. *O Globo*, Rio de Janeiro, 17 jun. 2012. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/bairros/imoveis-publicos-da-cidade-sao-subutilizados-5224013>>. O debate foi reaberto quando se constatou que a Universidade de São Paulo titularizava diversos imóveis inutilizados ou irregularmente ocupados, apesar do grande déficit orçamentário. Cf. PALHARES, Isabela. USP tem 235 imóveis herdados sem uso ou ocupados irregularmente. *O Estado de S. Paulo*, 24 ago. 2016. Disponível em: <<http://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,em-crise-usp-tem-235-imoveis-herdados-sem-uso-ou-ocupados-irregularmente,10000071604>>.

³ Para uma abordagem contemporânea sobre bens públicos, cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos. função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009; BAPTISTA, Patrícia. Regime jurídico dos bens públicos: perspectiva civilista, funcionalização e outros temas. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. NUNES JR., Vidal Serrano; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE, André Luiz (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017; ARAUJO, Bernardo José Oliveira. *Bens públicos: múltipla funcionalização e economia colaborativa*. Rio de Janeiro, 2017. No prelo.

⁴ Outra situação conhecida é o caso das cadeiras cativas. De modo a captar recursos para a construção do Estádio Jornalista Mário Filho (atual Maracanã), a Lei Distrital nº 57/1949 vendeu o uso de “cadeiras cativas” no estádio pelo período de 5 (cinco) anos. Posteriormente, a Lei Distrital nº 335/1949 possibilitou aos titulares convolarem a utilização das cadeiras cativas em caráter “perpétuo”. Atualmente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro é firme quanto ao caráter perpétuo desse direito e de não ser possível a cobrança periódica pelo uso das

inovadora, mas de revisitar uma situação que, embora não resolva a crise, seja um meio do Estado obter recursos: a exploração de bens públicos. Especificamente, trataremos aqui da questão da utilização desses bens, especialmente as faixas de domínio de rodovias estaduais, por prestadores de serviço de energia elétrica, na qual os tribunais superiores mantêm o entendimento de haver um direito à utilização gratuita.

1. Exploração econômica de bens públicos

Tradicionalmente, os bens públicos são vistos como bens de titularidade do Estado para que possa cumprir seus fins, inclusive para assegurar sua continuidade e a subsistência da coletividade. Em virtude dessa vinculação e do regime jurídico específico da atuação administrativa, a propriedade estatal não se confunde com aquela de cunho civilista.

A Constituição Federal de 1988 traz um rol exemplificativo do patrimônio dos Estados-membros, ao estabelecer que “*incluem-se* entre os bens dos Estados” (art. 26), isto é, sem prejuízo de outros. Além disso, decorre desta norma a propriedade administrativa, isto é, “um direito de domínio sobre os bens públicos, cujo titular é o Estado, (...) regulado pelo direito comum, com as restrições impostas por sua inclinação ao interesse público”.⁵ Convergem, aqui, as ideias de personalidade estatal, com a possibilidade de ser titular de posições jurídicas, e de autonomia política, a valer-se de meios próprios para consecução de seus fins. Assim, a disciplina jurídica dos bens públicos é matéria reservada dos entes federados que os titularizam.

A utilização desses bens públicos, no entanto, não é exclusiva do Estado, sendo possível a utilização por particulares. Na doutrina, invoca-se a lição de Diogo Freitas do Amaral para, em relação ao sujeito utilizador, distinguir (i) o *uso normal*, que é aquele conforme ao destino principal da coisa pública por sujeitos indiscriminados, (ii) do *uso privativo*, que é a utilização consentida a pessoa determinada, com base em título jurídico individual. Quanto a este último, indica tratar-se “de utilizações que representam para quem as faz uma vantagem especial, diferente da que a generalidade dos cidadãos extrai do uso comum”.⁶ Daí decorre que

cadeiras cativas, já que a lei não havia criado tal condição. Na prática isso cria a estranha figura dos “particulares donos de bens públicos”, a título gratuito e perpétuo. Sobre o tema, cf. SOUTO, Marcos Juruena Villela. Parecer 18/99 - MJVS. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, (Edição Especial), 2012.

⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado do domínio público*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 42.

⁶ AMARAL, Diogo Freitas do. *A utilização do domínio público pelos particulares*. Lisboa: Coimbra Ed., 1965, p. 100.

os bens públicos podem ter um uso comum ou um uso especial, este último referente à “utilização do domínio público por particulares com privatividade”.⁷

Nesse sentido, o Código Civil de 2002, a exemplo do anterior, estabelece que “o uso comum dos bens públicos pode ser *gratuito ou retribuído*” (art. 103). Embora o dispositivo não mencione o uso especial, com mais razão poderá haver retributividade nesse caso. Isso porque a exclusividade sobre o bem conferida ao particular em detrimento dos demais cidadãos, inclusive podendo explorar o bem público com interesse lucrativo, “justifica a exigência de uma prestação que funcione como contrapartida dessa vantagem”.⁸⁻⁹

Como a gestão dos bens públicos decorre da autonomia de cada ente, a Constituição do Estado do Rio de Janeiro de 1989 optou pela não-gratuidade na utilização de bens públicos imóveis, ressalvadas as hipóteses nela trazida (art. 68).¹⁰ Por sua vez, a Lei Complementar Estadual nº 08/1977 possui diversas passagens enfatizando que “os imóveis do Estado são (...) insuscetíveis (...) de cessão de uso gratuito” (art. 3º) e que a permissão de uso se dará “sempre mediante remuneração ou imposição de encargos” (art. 35), devendo conter “a remuneração, fixada esta em UFERJ” (art. 36, I), podendo ser gratuita em hipóteses excepcionais.¹¹

Como já alertava Diogo de Figueiredo Moreira Neto, essa cobrança é “erroneamente denominada taxa de ocupação”,¹² não apresentando natureza tributária (*i.e.*, receita derivada). Na verdade, por decorrer da exploração de seus próprios bens e por geralmente pela utilização e a cobrança se realizarem por ajuste contratual (termo de permissão de uso), trata-se de uma receita originária. Essa contraprestação tem natureza de *preço público*, “geralmente originando-se da exploração de bens públicos”,¹³ e apenas incidindo com sua

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 554.

⁸ AMARAL, Diogo Freitas do. *A utilização do domínio público pelos particulares*. Lisboa: Coimbra Ed., 1965, p. 100.

⁹ CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. v. 2. Coimbra: Almedina, 1983, p. 943-944; FERREIRA, Sérgio de Andréa. Alguns aspectos da permissão de uso de bem público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 216, abr./jun. 1999, p. 50.

¹⁰ Constituição do Estado do Rio de Janeiro de 1989, Art. 68. Os bens imóveis do estado não podem ser objeto de doação nem de utilização gratuita por terceiros, nem de aluguel, salvo mediante autorização do Governador, se o beneficiário for pessoa jurídica de direito público interno, entidade componente de sua administração indireta ou fundação instituída pelo Poder Público, bem como nos casos legalmente previstos para regularização fundiária.

¹¹ Sobre o regime jurídico dos bens públicos do Estado do Rio de Janeiro, cf. BAPTISTA, Patrícia; SILVA FILHO, Carlos da Costa; CUNHA, Marcelle Figueiredo. O patrimônio público estadual e seu regime jurídico: a disciplina jurídica do Patrimônio Público no Estado do Rio de Janeiro e outras questões. In: SOUTO, Marcos Jurueña Villela; MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar (coords.). *Direito Público Estadual*. Rio de Janeiro: APERJ, 2015.

¹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 392. No mesmo sentido, JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1148: “A remuneração auferida pela Administração Pública em virtude da fruição diferenciada de bens públicos não apresenta natureza tributária. Não existe, no direito brasileiro, taxa de uso de bem público.”

¹³ BALEIRO, Aliomar. Uma introdução à ciência das finanças. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 136.

utilização,¹⁴ denotando a não-compulsoriedade. Para alguns autores seria *preço semiprivado* (ou quase-privado) por decorrer de atos negociais do particular com a Administração Pública.¹⁵ De fato, os estudiosos convergem no sentido de não se tratar de taxa, mas preço público.¹⁶

Não se deve perder de vista que o Estado também titulariza direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII) e, “se é proprietário, pode extrair as vantagens que um proprietário pode extrair dos seus bens, pode inclusive fazer a utilização econômica”.¹⁷ Nesse sentido, Marçal Justen Filho afirma a possibilidade do Estado “aproveitar as oportunidades acessórias ou adicionais dos seus bens públicos”, “sobretudo pela necessidade do Estado obter receitas para assegurar a promoção dos direitos fundamentais”.¹⁸ Sendo possível a cobrança pela utilização, a mesma tem cunho remuneratório, e não indenizatório.

2. A cobrança pelo uso e ocupação de vias públicas

Nada obstante a possibilidade - no caso do Estado do Rio de Janeiro, o dever - de cobrar pelo uso exclusivo de bem público por terceiros, quando se insere no debate a prestação de serviços públicos federais fala-se em gratuidade na utilização,¹⁹ notadamente os de

¹⁴ STF (Tribunal Pleno), RE 54.491 EI, Rel. Min. Pedro Chaves, j. 03/05/1965. Cf. STF (Tribunal Pleno), RE 556.854, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 30/06/2011: “A taxa é cobrada em razão de uma obrigação legal enquanto o preço público é de pagamento facultativo por quem pretende se beneficiar de um serviço prestado.”. STF (Tribunal Pleno), ADI 2.586, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 16/05/2002: “As taxas decorrem do poder de polícia do Estado, ou são de serviço, resultantes da utilização efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição (C.F., art. 145, II).”.

¹⁵ AMARAL, Antônio Carlos Cintra. Utilização de faixas de domínio em rodovias concedidas, por outras concessionárias de serviço público. *Interesse Público*, São Paulo, ano 3, n. 9, p. 97-112, jan./mar. 2001; ANDRADE, Letícia Queiroz de. Uso compartilhado da faixa de domínio das rodovias por concessionárias de serviço público. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 8, n. 40, nov./dez. 2006.

¹⁶ Dentre outros: . MOTA, Eduardo Viana. A ocupação de bem de uso comum. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 65, p. 393-398, jan. 1961; FRANCISCO, Raimundo Nonato. Da concessão de uso de bens públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 118, p. 1-11, jan. 1974; HARADA, Kiyoshi. Natureza jurídica do pagamento pela utilização do subsolo municipal. *Universo Jurídico*, Juiz de Fora, ano XI, ago. 2001; MUKAI, Toshio; MARQUES, Alberto J.. A legalidade da cobrança de remuneração, pelo município, pela utilização do subsolo. *Boletim de Direito Municipal*, São Paulo, v. 18, n. 6, p. 426-429, jun., 2002; PRESTES, Vanêsa Buzelato. As redes de infraestrutura aéreas e subterrâneas e a relação com o poder local: obrigatoriedade de licenciamento e possibilidade de cobrança pela utilização do bem público. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 2, n. 7, jul./set. 2000.

¹⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. Utilização remunerada do espaço público pelas concessionárias de serviços. *Revista Brasileira de Direito Municipal*, v. 4, n. 7, jan./mar. 2003.

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. A exploração econômica de bens públicos: cessão do direito à denominação. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, edição especial, 2012, p. 228-229. Cf. AZEVEDO, Gustavo Philadelpho. As possibilidades de utilização dos bens públicos imóveis do Estado do Rio de Janeiro pelo particular. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, v. 41, 1989, p. 75: “Os bens disponíveis, inaproveitados, passaram a oferecer possibilidade de exploração econômica pelo particular, com iniludível vantagem para a comunidade, para o erário e para o interesse público.”.

¹⁹ Nesse sentido: TÁCITO, Caio. Concessionária de energia elétrica - Postes - Taxa municipal. *Revista de Direito*

telecomunicações e de energia elétrica, cancelada pelos tribunais superiores. O caso mais emblemático, julgado pela sistemática da repercussão geral pela Corte Suprema, se refere ao RE 581.947/RO, de relatoria do então Min. Eros Grau.

Naquele caso, um Município editou lei instituindo taxa de uso e ocupação de solo, sob o argumento de exercer o poder de polícia, sobre instalações de postes de transmissão de energia elétrica. Então uma concessionária de energia elétrica, que fazia uso de vias públicas, buscou judicialmente o afastamento da exação. O tribunal local entendeu ser ilegal a taxa cobrada, pois o fato gerador não seria o exercício do poder de polícia mas o uso e ocupação do solo. O Município interpôs recurso extraordinário e a questão foi apreciada pelo STF que, por unanimidade, declarou a lei municipal inconstitucional *incidenter tantum*.

Do voto do relator Min. Eros Grau se infere a adoção da teoria dos poderes implícitos ao argumentar que o Estado teria o dever-poder de se valer de tudo aquilo o que fosse necessário para cumprir sua função administrativa. Então as concessionárias teriam a garantia implícita de se valer do domínio público necessário à execução do serviço concedido. A maioria dos Ministros *concordou com a conclusão, embora por razões diversas*.

Os demais Ministros entenderam que a lei municipal não poderia cobrar taxa de uso e ocupação de solo urbano da concessionária porque (a) ela seria materialmente imposto, pois, naquele caso, não havia discriminação das atividades de polícia exercidas, e (b) a imunidade recíproca impediria a cobrança de quaisquer tributos, não se limitando aos impostos.²⁰ Interessante notar que sequer foi afastada peremptoriamente a cobrança de taxa pelo exercício do poder de polícia, mas tão somente naquele caso em especial.²¹

Administrativo, Rio de Janeiro, v. 211, p. 351-353, jan. 1998; GRAU, Eros Roberto. Concessionária de serviço público - Bens públicos - Direito de uso. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 218, p. 343-356, out. 1999; MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. O uso de bens públicos estaduais por concessionárias de energia elétrica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 236, p. 1-32, abr. 2004; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Uso privativo de bem público por particular*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

²⁰ Do extrato da ata de julgamento se constata os seguintes fundamentos: (i) aquela lei municipal não tinha como fato gerador o exercício do poder de polícia (nesse sentido: Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Gilmar Mendes), (ii) ainda que a taxa fosse legítima, a cobrança não seria possível diante da imunidade recíproca, que abrangeria não somente impostos (nesse sentido: Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso), (iii) que poderia haver lei municipal instituindo taxa pelo exercício do poder de polícia, desde que indicasse como fato gerador as atividades que seriam exercidas, e (iv) o Ministro Eros Grau ainda sustentou (iv.a) que, por se tratar de bem de uso comum do povo, não seria necessária autorização especial ou cobrança pelo uso, (iv.b) que da propriedade pública ser instrumento da prestação de outro serviço público e (iv.c) que a lei municipal invadiria a competência da União para legislar sobre energia elétrica.

²¹ A ata de julgamento revela bem esse sentimento, das seguintes afirmações que extraímos dos votos: Min. Ayres Britto: “[N]ão estou de todo convencido quanto aos fundamentos do belo voto do eminente Relator. (...) E penso que temos um encontro marcado (...) com essa matéria”; Min. Marco Aurélio: “O que se verifica (...) é que se partiu para o campo da cobrança ligada muito mais à ocupação (...) do que à certa atividade municipal”; Min. Cezar Peluso: “Noutras palavras, não vamos apagar as luzes para o município”; Min. Gilmar Mendes: “Talvez a lei não tenha conseguido apreender o objeto do serviço prestado, mas certamente há e pode haver o exercício do poder de polícia”; Min. Ricardo Lewandowski: “[A]penas quis manifestar esta minha preocupação no sentido de

Além de não ter formado precedente, por não ter sido alcançada maioria quanto à *ratio decidendi*,²² esse julgado não pode ser invocado em casos envolvendo cobrança de preço público, por força de relação contratual, pois ele apreciou questão envolvendo taxa (espécie tributária). Com base neste argumento, se encontra pendente o ARE 1.005.878, em que o Min. Gilmar Mendes reviu sua decisão de considerar a questão correspondente ao julgado no RE 581.947.²³

Apesar disso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pela inviabilidade tanto da cobrança de taxa *quanto a de preço público*, das concessionárias de energia elétrica, pela utilização de faixa de domínio.²⁴ Essa orientação se originou a partir do RMS 12.081/SE, de relatoria da Min. Eliana Calmon, que envolvia lei municipal instituindo taxa pela utilização de logradouros públicos. Se entendeu que a cobrança não teria natureza de taxa, pois não haveria serviço prestado nem exercício do poder de polícia; e não seria preço público pois a utilização se reveste em favor da coletividade²⁵ e a atividade não é de natureza comercial ou industrial.²⁶ Uma análise crítica revela que há equívocos na definição adotada de preço público, o que torna o afastamento de sua cobrança – que vem sendo repetido até hoje – equivocado.

Aquele precedente considera duas premissas, extraíveis do voto da Min. Eliana Calmon: (1) invocando decisão do STF, entendeu que (p1) preço público seria a remuneração por um serviço não especificamente estatal, *de natureza comercial ou industrial*, e (p2) como

não fecharmos as portas para uma eventual hipótese de o município, mediante uma lei específica, em que discrimine esses serviços, possa cobrar uma taxa”.

²² DIDIER JR., Fredie. A ordem do processo nos tribunais no CPC-2015 e o sistema de precedentes: voto vencido, redação de acórdão e colheita de votos. *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2018: “*Chama-se decisão plural aquela que, embora haja maioria em relação ao resultado, dela não há como extrair uma ratio decidendi, ‘na medida em que nenhum dos fundamentos que nela estão contidos são sustentados pela maioria’. (...) Há casos em que a maioria do colegiado é favorável a um determinado resultado, mas não há maioria em relação ao fundamento determinante da decisão. Nesses casos, surge o chamado voto concorrente: o julgador adere ao resultado vencedor, sem aderir ao fundamento.*”

²³ O parecer da Procuradoria-Geral da República também considerou que não haveria identidade entre os julgados, pois no ARE 1.005.878 se discute a inviabilidade ou não de cobrança de preço público, e não de taxa. Contudo, entendeu que, por envolver fundamentos de natureza infraconstitucional, o recurso não deveria ter seguimento.

²⁴ Cf. STJ (2. Turma), AREsp 977.205/SP, Rel. Min. Og Fernandes, j. 19/04/2018, DJe 25/04/2018

²⁵ Embora irrelevante para a definição de preço público, embora afirma-se que a gratuidade na utilização de bens públicos decorre por se destinarem a servir as pessoas, como bem pondera Carlos Ari Sundfeld, “*os serviços públicos também existem para servir (...) mas nem por isso são gratuitos*”, tanto que “*nem a justiça é gratuita*” (SUNDFELD, Carlos Ari. Utilização remunerada do espaço público pelas concessionárias de serviços. *Revista Brasileira de Direito Municipal*, v. 4, n. 7, jan./mar. 2003).

²⁶ Ementa: ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO - TAXA DE LICENÇA PARA PUBLICIDADE E PELA EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE EM LOGRADOUROS PÚBLICOS. 1. A intitulada “taxa”, cobrada pela colocação de postes de iluminação em vias públicas não pode ser considerada como de natureza tributária porque não há serviço algum do Município, nem o exercício do poder de polícia. 2. Só se justificaria a cobrança como PREÇO se se tratasse de remuneração por um serviço público de natureza comercial ou industrial, o que não ocorre na espécie. 3. Não sendo taxa ou preço, temos a cobrança pela utilização das vias públicas, utilização esta que se reveste em favor da coletividade. 4. Recurso ordinário provido, segurança concedida. (STJ (2. Turma), RMS 12.081/SE, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 15/05/2001, DJ 10/09/2001, p. 366)

a cessão do espaço público pelo Município não seria atividade comercial ou industrial, (q) logo aquela cobrança não poderia ser preço público. Ou seja, entendeu não ser possível cobrar preço público pois a exploração de bens públicos *não seria* remunerada por preço público; (2) ato contínuo, baseando-se na lição de Hugo de Brito Machado, afirmou que, não sendo taxa ou preço público, “*havendo dúvida, pode a lei definir a receita como taxa ou como preço*”. Naquele julgamento, não sendo taxa nem preço, a Exma. Ministra verificou que a lei municipal definiu a cobrança como “taxa”. E, como argumentou antes, seria inviável a cobrança da taxa.

Há dois equívocos na construção desse precedente: (1) *o preço público não é a cobrança que derive exclusivamente de uma atividade comercial ou industrial, não havendo dúvidas de que a receita oriunda da exploração do patrimônio imobiliário público tem natureza de preço público*; e (2) *a lei não altera a natureza das coisas, não podendo transformar preço público em taxa e vice-versa*.

Aprofundando sobre a primeira premissa, de fato o STF, no RE 89.876/RJ, analisou se a contraprestação pelo serviço de remoção normal de lixo domiciliar teria natureza de taxa ou preço público. No caso não foi possível se valer dos critérios do enunciado 545 de sua Súmula,²⁷ razão pela qual adotou “*o exame da natureza da relação jurídica que está em causa, entre o Poder Público e o particular*”, sendo “*preço público se o serviço prestado (remoção normal de lixo domiciliar) for serviço comercial ou industrial*” e “*taxa, se for ele serviço próprio do Estado*”.²⁸ Isso não significa, porém, que preço público decorre apenas de atividades comerciais ou industriais, mas que estas são uma de suas causas.²⁹ Ademais, no âmbito do próprio STJ há decisões considerando preço público aquele decorrente de serviços *não* comercial ou industrial.³⁰

²⁷ Enunc. 545 da Súm. do STF: Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu.

²⁸ STF (Tribunal Pleno), RE 89.876/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, j. 04/09/1980, DJ 110/10/1980.

²⁹ AMARAL, Bruno Monteiro de Castro; AMARAL, Francisco Xavier. Sobre o uso privativo de bens públicos de uso comum do povo. *Revista IOB de direito administrativo*, São Paulo, v. 1, n. 5, mai./2006, p. 75-76: “*Não quis dizer, o Pretório Excelso, que preço público é a remuneração pela prestação de um serviço público de natureza comercial ou industrial; disse, isso sim, que, em se tratando de serviços públicos, serão remunerados por preço os que tiverem natureza comercial ou industrial. Acabou por definir o chamado preço de serviço, mas não o preço público, figura muito mais abrangente. E, quando tratamos de retribuição pelo uso de um bem público, não se há de pensar em prestação de serviços; está-se diante de outra hipótese de aferição de rendimentos pelo Ente Estatal, semelhante ao que significa o aluguel para os particulares, e cuja natureza jurídica é, inegavelmente, a de preço público.*”. No mesmo sentido, CAVALI, Marcelo Costenaro. Remuneração pela utilização especial de bens públicos de uso comum: o caso das concessionárias de energia elétrica (comentários a acórdão do Superior Tribunal de Justiça). *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 4, n. 15, p. 227-248, jul./set. 2006: “*Igualmente correto é o entendimento de que tal figura não poderá ter justificativa, como tarifa, na prestação de um serviço público de natureza comercial ou industrial, já que a mera utilização de um bem público de uso comum não se confunde com tais atividades.*”

³⁰ STJ (2. Turma), REsp 223.655/ES, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 03/05/2005, DJ 29/08/2005, p. 235: “A

Mais uma vez, o preço público não é definido pelo exercício de atividade comercial ou industrial, mas da exploração do próprio patrimônio estatal. Aquela é tão somente uma das formas de preço público, a exemplo da remuneração decorrente da exploração de bens públicos, como reconhecido pacificamente pela doutrina.³¹ Relativamente ao uso exclusivo de faixa de domínio, não é serviço público próprio do Estado fornecer acesso às rodovias para instalação de infraestrutura (logo, não é taxa) e não há compulsoriedade na sua cobrança pois, geralmente, há alternativas ao particular para realizar as instalações, ainda que mais dispendiosas (seria preço público).³² Há de se dizer que o fundamento do STJ não se sustenta, sendo sim possível a cobrança de preço público.

aferição pelo Inmetro de bombas de combustíveis em postos distribuidores não é atividade prestada sob forma de serviço público posto à disposição do usuário. O preço cobrado pelo Inmetro por essa aferição independe de lei e não se sujeita ao princípio da anterioridade, tratando-se, por conseguinte, de preço público”.

³¹ BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 136; PEREIRA, Marcelo Henrique et al. Uso remunerado de bens públicos: o controle externo dos Municípios em Santa Catarina. *Novos Estudos Jurídicos*, [s.l.], v. 9, n. 3, p. 657-684, out. 2008; MARQUES, Alberto J.; FERREIRA NETO, Francisco Damasceno. Uso remunerado de bens públicos: por que só alguns pagam? *Jornal da APAFERJ*, Rio de Janeiro, ano XXII, n. 241, p. 11-12, out. 2005; HARADA, Kiyoshi. Natureza jurídica do pagamento pela utilização do subsolo municipal. *Universo Jurídico*, Juiz de Fora, ano XI, ago. 2001; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Cobrança municipal pela ocupação de áreas públicas para a prestação de serviços de infra-estrutura. *Boletim de Direito Municipal*, São Paulo, v. 16, n. 8, p. 470-476, ago. 2000; MUKAI, Toshio; MARQUES, Alberto J.. A legalidade da cobrança de remuneração, pelo município, pela utilização do subsolo. *Boletim de Direito Municipal*, São Paulo, v. 18, n. 6, p. 426-429, jun., 2002; FIGUEIREDO, Lucia Valle. Telecomunicações e infraestrutura: artigos 73 e 74 da lei 9.472/97. *Revista do Tribunal Regional Federal da Terceira Região*, Belo Horizonte, n. 46, p. 21-38, mar./abr. 2001; FAVRETO, Rogerio. Bens públicos municipais e o uso remunerado do seu subsolo e parte aérea. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre, v. 14, n. 15, p. 65-76, dez. 2001; DALLARI, Adilson Abreu. Uso do espaço urbano por concessionárias de serviços de telecomunicações. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*, Belo Horizonte, ano 1, n. 5, set./out. 2002; COSTA, Camila Maia Pyramo. Legitimidade da cobrança de preço público pela utilização privativa de bem público por particular. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, n. 92, ano 8, ago. 2009; CLÈVE, Clèmerson Merlin; SEHN, Solon. Municípios e concessionárias federais de serviço de energia elétrica e telecomunicações - cobrança de preço público pela permissão de uso do solo urbano e taxa pela fiscalização de instalação de equipamentos - possibilidade. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 1, n.33, p. 100-109, 2001; CAVALI, Marcelo Costenaro. Remuneração pela utilização especial de bens públicos de uso comum: o caso das concessionárias de energia elétrica (comentários a acórdão do Superior Tribunal de Justiça). *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 4, n. 15, p. 227-248, jul./set. 2006; ARAUJO, Christiane Flores de. Uso remunerado do espaço público. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*, Belo Horizonte, ano 2, n. 10, jul./ago. 2003; AMARAL, Bruno Monteiro de Castro; AMARAL, Francisco Xavier. Sobre o uso privativo de bens públicos de uso comum do povo. *Revista IOB de direito administrativo*, São Paulo, v. 1, n. 5, p. 75-88, mai./2006; MOTA, Eduardo Viana. A ocupação de bem de uso comum. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 65, p. 393-398, jan. 1961; PRESTES, Vanêscia Buzelato. As redes de infraestrutura aéreas e subterrâneas e a relação com o poder local: obrigatoriedade de licenciamento e possibilidade de cobrança pela utilização do bem público. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 2, n. 7, jul./set. 2000; FRANCISCO, Raimundo Nonato. Da concessão de uso de bens públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 118, p. 1-11, jan. 1974; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 63-64; MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. O uso de bens públicos estaduais por concessionárias de energia elétrica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 236, abr./jun. 2004, p. 3-4.

³² MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 454-457: “Quanto à remuneração pelo uso ou pela aquisição da propriedade de bens do Estado, é pacífico o entendimento: a receita é um preço. Nunca uma taxa. (...) Se a ordem jurídica obriga a utilização de determinado serviço, não permitindo o atendimento da respectiva necessidade por outro meio, então é justo que a remuneração correspondente, cobrada pelo Poder Público, sofra as limitações próprias dos tributos. (...) Por outro lado, se a

Por se tratar de preço público, que não possui natureza tributária, não seria oponível a imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, da CF/1988, que veda a instituição de impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços entre os entes federados. Para Luís Eduardo Schoueri, a razão da norma, para além da manutenção do pacto federativo, residiria no princípio da capacidade contributiva, pois tudo o que um ente público arrecada já se voltaria aos fins públicos, não se cogitando em “sobra”. Nesse caso haveria capacidade econômica mas não capacidade contributiva, diferente da cobrança de taxas, que diz respeito a uma contraprestação por gasto efetivo.³³ Nesse sentido, o próprio STF já decidiu que “ao se referir especificamente a ‘imposto’, a Constituição permite, por óbvio, a incidência de outros tributos”,³⁴ sendo possível a cobrança de preço público e, até mesmo, de taxas.³⁵

O mesmo ocorre em relação à imunidade prevista no art. 155, § 3º, da CF/1988, pelo qual “nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica”. A doutrina ainda afirma que essa imunidade diz respeito tão somente com operações de energia elétrica (entendida como mercadoria), “e não a todas e quaisquer atividades prestadas pela empresa concessionária”,³⁶ e que a cobrança do preço público não está vinculada a operações relativas a energia elétrica, mas sim a utilização de bens públicos, e “os serviços públicos não se confundem com as infraestruturas através das quais são veiculados”.³⁷ Por fim, as concessionárias são entidades privadas, não havendo qualquer imunidade,³⁸ tendo as empresas em regime de concorrência sido excluídas da imunidade (CF, arts. 150, § 3º, e 173, § 1º, II).

3. Autonomia estadual e leis federais dispendo sobre os seus bens

Dentre os principais argumentos em prol da utilização gratuita de faixas de domínio

ordem jurídica não obriga a utilização do serviço público, posto que não proíbe o atendimento da correspondente necessidade por outro meio, então a cobrança da remuneração correspondente não ficará sujeita às restrições do sistema tributário.”

³³ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 438-448.

³⁴ STF (2. Turma), RE 354.016 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 18/03/2014.

³⁵ Esse entendimento, como se viu acima, não é pacífico, pois o STF sinaliza para admitir a imunidade em relação às demais espécies tributárias. De qualquer forma, fica o registro de que preço público não é espécie tributária e não haveria razão para incluí-lo na imunidade recíproca.

³⁶ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. As empresas de energia elétrica e o uso do solo urbano: breves considerações. *Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre, v. 14, n. 15, p. 51-63, dez. 2001, p. 60.

³⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 422.

³⁸ FIGUEIREDO, Lucia Valle. Telecomunicações e infra-estrutura: artigos 73 e 74 da lei 9.472/97. *Revista do Tribunal Regional Federal da Terceira Região*, Belo Horizonte, n. 46, p. 21-38, mar./abr. 2001.

de rodovias estaduais está o de que o Código de Águas teria assegurado às concessionárias o direito de “utilizar os termos de domínio público e estabelecer as servidões nos mesmos e através das estradas, caminhos e vias públicas, com sujeição aos regulamentos administrativos” (art. 151, “a”). Regulamentando o dispositivo, o Dec. Federal nº 84.398/1980 dispôs que a ocupação de faixas de domínio seria autorizadas pelo órgão público competente (art. 1º) e que “as autorizações serão por prazo indeterminado e sem ônus para os concessionários de serviços públicos de energia elétrica” (art. 2º).

Pois bem.

Em primeiro lugar, causa perplexidade que um decreto federal tenha estabelecido que a utilização de bens públicos de Estados fosse gratuita. Sob o aspecto formal, o Código de Águas não prevê o uso gratuito, mas apenas um direito de uso, e como os decretos se prestam à fiel execução das leis, o Dec. Federal nº 84.398/1980 teria inovado indevidamente na ordem jurídica, criando direitos e obrigações.³⁹ No entanto, alguns autores sustentam que esse diploma foi recepcionado pela CF/1988 como lei ordinária,⁴⁰ embora, continue sendo incompatível com a ordem jurídica por outras razões.

Em segundo lugar, poder-se-ia argumentar que esses dispositivos inserem o dever de compartilhamento de infraestruturas essenciais (*essential facilities doctrine*). Para alguns autores, decorreria dos princípios da função social da propriedade e da livre concorrência um dever de compartilhamento da infraestrutura,⁴¹ de modo que o Poder Público não poderia negar a permissão de uso para a prestação de serviços públicos. Mas se por um lado a infraestrutura essencial deve ser acessível aos prestadores de serviços, por outro estes não podem utilizá-la de forma gratuita,⁴² notadamente em garantia ao direito de propriedade.⁴³ Não por menos, o art. 151, “a”, do Código de Águas determina a observância dos regulamentos administrativos, o que

³⁹ ANDRADE, Letícia Queiroz de. Uso compartilhado da faixa de domínio das rodovias por concessionárias de serviço público. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 8, n. 40, nov./dez. 2006; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Cobrança municipal pela ocupação de áreas públicas para a prestação de serviços de infra-estrutura. *Boletim de Direito Municipal*, São Paulo, v. 16, n. 8, ago. 2000, p. 471.

⁴⁰ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. O uso de bens públicos estaduais por concessionárias de energia elétrica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 236, abr./jun. 2004, p. 6-8.

⁴¹ GARCIA, Flavio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. A exploração da faixa de domínio das rodovias por concessionárias de energia elétrica e o interesse público. In: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno; FREITAS, Rafael Vêras de (Coord.). *A nova regulação da infraestrutura e da mineração: portos - aeroportos - ferrovias - rodovias*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 426; SUNDFELD, Carlos Ari. Utilização remunerada do espaço público pelas concessionárias de serviços. *Revista Brasileira de Direito Municipal*, v. 4, n. 7, jan./mar. 2003.

⁴² AMARAL, Antônio Carlos Cintra. Utilização de faixas de domínio em rodovias concedidas, por outras concessionárias de serviço público. *Interesse Público*, São Paulo, ano 3, n. 9, p. 97-112, jan./mar. 2001; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 432-435.

⁴³ Cf. SIDAK, J. Gregory; LIPSKY, Abbott B.. Essential Facilities. *Stanford Law Review*, v. 51, n. 5, p. 1187-1249, may 1999.

poderia incluir a previsão de cobrança pela utilização do espaço público. Nesse sentido, o art. 13 do Dec. Federal nº 2.003/1996⁴⁴ e art. 2º do Dec. Federal nº 2.655/1998⁴⁵ preveem o direito de livre acesso à infraestrutura de energia elétrica “mediante o ressarcimento” ou “mediante o pagamento dos encargos correspondentes”.

Em terceiro lugar, não haveria mais a razão de existir dessa gratuidade. Com efeito, na década de 80 a exploração de serviço de energia elétrica era predominantemente estatal, através de empresas públicas ou sociedades de economia mista, expandindo o setor elétrico.⁴⁶ Somente na década de 90 houve a ampla privatização do setor, cuja exploração do serviço passou a se dar por empresas privadas e no intuito lucrativo. Essa circunstância é bem ressaltada em despacho da Procuradoria do DNIT, ao se manifestar contrariamente à gratuidade.⁴⁷

Em quarto lugar, a CF/1988 assegura a autonomia dos Estados (art. 18), decorrendo a capacidade de auto-organização e gestão de seus próprios bens (art. 25), e veda a criação de preferências entre os entes da federação (art. 19, III), decorrendo não haver hierarquia entre os mesmos.⁴⁸ E, ao dispor sobre bens públicos estaduais, o Dec. Federal nº 84.398/1980 viola a autonomia dos entes federados, não tendo sido recepcionado pela CF/1988,⁴⁹ ou, em

⁴⁴ Art. 13. Para garantir a utilização e a comercialização da energia produzida, o produtor independente e o autoprodutor terão assegurado o livre acesso aos sistemas de transmissão e de distribuição de concessionários e permissionários de serviço público de energia elétrica, mediante o ressarcimento do custo de transporte envolvido.

⁴⁵ Art 2º As atividades de geração e de comercialização de energia elétrica, inclusive sua importação e exportação, deverão ser exercidas em caráter competitivo, assegurado aos agentes econômicos interessados livre acesso aos sistemas de transmissão e distribuição, mediante o pagamento dos encargos correspondentes e nas condições gerais estabelecidas pela ANEEL.

⁴⁶ Cf. LORENZO, Helena Carvalho de. O setor elétrico brasileiro: passado e futuro. *Perspectivas*, São Paulo, v. 24/25, p. 147-170, 2001/2002; PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 36. Cf., ainda, FAVRETO, Rogerio. Bens públicos municipais e o uso remunerado do seu subsolo e parte aérea. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre, v. 14, n. 15, p. 65-76, dez. 2001, p. 65: “[Q]uando prestados diretamente pelo Poder Público permitiam uma compreensão diferenciada na utilização dos espaços e equipamentos públicos, face à convergência de interesses dos entes envolvidos, ou seja, voltados ao atendimento da coletividade sem qualquer interesse econômico envolvido”.

⁴⁷ ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Procuradoria Federal Especializada - DNIT. Despacho/PFE/DNIT nº 00441/2010. Fabio Marcelo de Rezende Duarte. 04 mai. 2010: “No entanto, é de causar espécie que a Procuradoria junto à ANEEL defenda a manutenção dessa gratuidade. Por certo não atentou o Ilustre Procurador que ao tempo da edição do Decreto n. 84.398/1980, as prestadoras do serviço público de energia elétrica eram estatais e, por isso mesmo, foram agraciadas com o favor legal. Todavia, no contexto atual, todas essas empresas possuem natureza privada e exploram o serviço público com finalidade lucrativa. Assim, não faz mais sentido manter aquela gratuidade, posto que divorciada da realidade.”

⁴⁸ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1115; SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 185-186.

⁴⁹ FAVRETO, Rogerio. Bens públicos municipais e o uso remunerado do seu subsolo e parte aérea. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre, v. 14, n. 15, dez. 2001, p. 72; DALLARI, Adilson Abreu. Uso do espaço urbano por concessionárias de serviços de telecomunicações. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*, Belo Horizonte, ano 1, n. 5, set./out. 2002; AMARAL, Antônio Carlos Cintra. Utilização de faixas de domínio em rodovias concedidas, por outras concessionárias de serviço público. *Interesse Público*, São Paulo, ano 3, n. 9, p. 97-112, jan./mar. 2001; ARAUJO, Christiane Flores de. Uso remunerado do espaço público. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*, Belo Horizonte, ano 2, n. 10, jul./ago. 2003; AMARAL, Bruno Monteiro

interpretação conforme, que essa disposição apenas se refere aos bens públicos federais. Registre-se que o STF, ao analisar o art. 17, I e II, “b”, da Lei nº 8.666/1993, entendeu não ser possível à lei federal dispor sobre doação de bens estaduais ou municipais, por violar suas autonomias.⁵⁰

Inclusive, para alguns autores, interpretando extensivamente a LC nº 101/2000 (LRF), como tal contraprestação se enquadra como receita corrente líquida (art. 2º, IV), decorreria daí um dever de arrecadação (art. 11).⁵¹ A imposição de gratuidade na utilização do bem estadual implicaria em renúncia de receita (art. 14, § 1º), sem observar as formalidades próprias (CF, art. 165, § 6º).

4. Uso gratuito como comportamento *free rider*

A utilização privativa (uso especial) de bem de uso comum tem como consequência a exclusividade, implicando em “impedimento para a concorrente e igualitária utilização de terceiros”.⁵² Sob o aspecto econômico, isto desvirtua um bem público, caracterizado pela não-

de Castro; AMARAL, Francisco Xavier. Sobre o uso privativo de bens públicos de uso comum do povo. *Revista IOB de direito administrativo*, São Paulo, v. 1, n. 5, p. 75-88, mai./2006; FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Revogação da gratuidade de ocupação de faixas de domínio de rodovias por linhas de transmissão de energia elétrica conferida pelo Dec. 84.398/80 e sua inconstitucionalidade face ao princípio federativo. In: ANDRADE, Leticia Queiroz de (org.). *Rodovias: uso da faixa de domínio por concessionárias de serviços públicos. Decisões e pareceres jurídicos*. São Paulo: ABCR, 2005, p. 53; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. As empresas de energia elétrica e o uso do solo urbano: breves considerações. *Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre, v. 14, n. 15, dez. 2001, p. 55-57; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Cobrança municipal pela ocupação de áreas públicas para a prestação de serviços de infra-estrutura. *Boletim de Direito Municipal*, São Paulo, v. 16, n. 8, ago. 2000, p. 471.

⁵⁰ STF (Tribunal Pleno), ADI 927 MC, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 03/11/1993, DJ 11/11/1994: “*Não veicularia norma geral, na alínea b, que cuida da doação de imóvel, se estabelecesse que a doação somente seria permitida para outro órgão ou entidade da Administração Pública. No ponto, a lei trataria mal a autonomia estadual e a autonomia municipal, se interpretada no sentido de proibir a doação a não ser para outro órgão ou entidade da Administração Pública. Uma tal interpretação, constituiria vedação aos Estados e Municípios de disporem de seus bens, a impedir, por exemplo, a realização de programas de interesse público (...)*”

⁵¹ MARQUES, Alberto J.; FERREIRA NETO, Francisco Damasceno. Uso remunerado de bens públicos: por que só alguns pagam? *Jornal da APAFERJ*, Rio de Janeiro, ano XXII, n. 241, p. 11-12, out. 2005, p. 11: “*Ora, impõe-se, assim, uma interpretação sistemática da Lei de Responsabilidade Fiscal, mais precisamente do seu art. 2º, IV; com o novo Código Civil, art. 103. De tal interpretação sistemática, pois o ordenamento jurídico é um sistema normativo, exsurge a real vontade do legislador, qual seja, a de que o uso remunerado de bens públicos é de observância obrigatória por parte da Administração Pública e seus agentes.*” Também nesse sentido: ARAUJO, Christiane Flores de. Uso remunerado do espaço público. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*, Belo Horizonte, ano 2, n. 10, jul./ago. 2003; COSTA, Camila Maia Pyramo. Legitimidade da cobrança de preço público pela utilização privativa de bem público por particular. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, n. 92, ano 8, ago. 2009.

⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 943. Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 391: “*A universalidade da utilização de um bem público pode ser ainda mais restrita, se depender da outorga de um título estável de utilização privativa emitida em favor de um particular ou de outro ente*

excludência e não-rivalidade, o transformando em monopólio. Há, assim, uma prerrogativa especial a determinado usuário, auferindo benefícios que decorrem da utilização exclusiva e restringindo o acesso dos demais cidadãos.⁵³

Por tais características, fala-se na cobrança pelo uso anormal de bens públicos, que ocorre “quando o particular fruir do bem público de modo a excluir idêntico benefício para outrem, em situação de absoluta igualdade”.⁵⁴ Para Cotrim Neto, a “onerosidade do uso privado, assenta no fato de que o beneficiário do uso anormal deve compensar a comunidade pela desigualdade do desfrute do seu bem”.⁵⁵ Na lição de J. M. de Carvalho Santos, por importar em utilidades particulares a determinados cidadãos, “é justo que êstes concorram para as despesas e manutenção da coisa pública, (...) com uma especial contribuição, na medida das utilidades especiais que da coisa pública ou obra pública lhe advêm”.⁵⁶

De fato, se injustificadamente um indivíduo se beneficia à custa da coletividade, contrariam-se os princípios da solidariedade e da isonomia (CF, arts. 3º, I, e 5º, *caput*). Se por um lado um particular não deve assumir sozinho com uma carga pública, por gerar situação de desigualdade em relação aos demais cidadãos,⁵⁷ por outro ele também não deve se beneficiar sozinho sem arcar com despesas, assim como os demais. Esta é a outra face do princípio da repartição das cargas públicas (*égalité devant les charges publiques*), pois quem tem o bônus, também deve suportar o ônus.

Segundo Charles Debbasch, “a utilização privativa, por definição, exclui o uso coletivo e, conseqüentemente, igualitário. Ela não é realizada de forma livre, não sendo um direito, mas, mais frequentemente, um favor administrativo ou uma tolerância. Ela é, além disso, raramente gratuita”.⁵⁸ Nesse sentido, Marçal Justen Filho põe em xeque a isonomia, decorrendo

administrativo. A exclusividade é, portanto, a característica desse instituto (...)”.

⁵³ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. As empresas de energia elétrica e o uso do solo urbano: breves considerações. *Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre, v. 14, n. 15, dez. 2001, p. 53-54: “O entendimento esposado justifica-se pelo fato de representar para o beneficiário, isto é, para aquele que se utiliza do bem público, um plus, uma vantagem não assegurada a todos os munícipes.”; COSTA, José Rubens. Bens municipais - Utilização - Taxas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 225, mar. 2015, p. 271: “Esta cobrança, além de legítima do ponto de vista do direito, teria inegável fundamento moral, na medida em que o particular, ao utilizar o bem público para a execução de sua atividade, na qual visa o lucro, remunera toda a coletividade, como contraprestação pelo uso privativo de bem público.”.

⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1142: “Uma manifestação mais intensa de anormalidade e extraordinariedade se verifica quando o sujeito privado se vale de um bem público para a obtenção de vantagens econômicas.”

⁵⁵ COTRIM NETO, A. B.. Da utilização privada dos bens públicos de uso comum. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 90, jan. 1967, p. 475.

⁵⁶ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. v. 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944, p. 160.

⁵⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. t. 2. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002, p. 464.

⁵⁸ DEBBASCH, Charles (et al.). *Droit administratif des biens*. Paris: Presses Universitaires, 1994, p. 157-158.

a exigência de que “o sujeito que acarreta certa despesa ou que obtém um benefício diferenciado relativamente a um bem público seja onerado de modo específico”.⁵⁹

Aqui se evidencia o chamado efeito carona (*free rider*) ou comportamento parasitário, no qual os “indivíduos de um grupo se beneficiam dos esforços dos demais membros”,⁶⁰ já que os custos da manutenção do bem público são redirecionados aos demais usuários. Seria situação configuradora do enriquecimento sem causa, pois este não ocorre somente pelo acréscimo patrimonial, mas também “por outras razões, tais como, poupar despesas, deixar de se empobrecer etc.”,⁶¹ isto é, deixar de perder quando deveria custear. Sobre os fundamentos da vedação ao enriquecimento sem causa, Orlando Celso da Silva Neto sustenta que “[d]o ponto de vista econômico (e até filosófico), a motivação é impedir um comportamento ‘*free rider*’, ou seja, de permitir que alguém se beneficie do esforço ou do patrimônio de outro ou de outros, ao simplesmente quedar-se inerte e não participar desse esforço individual ou coletivo. Este comportamento de *free rider*, tenha ou não má fé, é reprimido pelo ordenamento, e não se pode permitir, como regra, que este comportamento *pays off*, isto é, seja recompensado (valha a pena).”⁶²

E não há falar que a prestação do serviço de energia elétrica por concessionárias tem fins altruísticos. O exercício da atividade possui intuito lucrativo, pois “não se está diante de uma estrutura administrativa fechada, porventura circunscrita a bens e serviços *extra commercium*, mas sim de uma empresa privada que explora a comercialidade típica e própria das obras e serviços públicos”.⁶³ Nesse mesmo sentido já se manifestou o Tribunal de Contas da União, ao contrapor a atividade lucrativa de concessionárias com a utilização gratuita de área pública, caracterizando “uma redução injustificada de custos à concessionária, obtida à conta do dinheiro público”.⁶⁴

⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1147.

⁶⁰ HARDIN, Russell. The free rider problem. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2013 Edition). Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2013/entries/free-rider/>>.

⁶¹ FIUZA, César. Contornos teórico-dogmáticos do princípio do enriquecimento sem causa. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 54, jan./jun. 2009, p. 61. Neste sentido também consta o enunciado nº 35 da I Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF: “A expressão ‘se enriquecer à custa de outrem’ do art. 886 do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento.”

⁶² SILVA NETO, Orlando Celso da. Enriquecimento sem causa, tragédia dos comuns e dos anticomuns. In: LARA, F.T.R.; FERREIRA, G.A.; VIEIRA, S.C. (coords.). *Direito, economia e desenvolvimento sustentável I*. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 182-183.

⁶³ MOREIRA, Egon Bockmann. Concessão de serviço público: breves notas sobre a atividade empresarial concessionária. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, edição especial, 2012, p. 101.

⁶⁴ TCU (Plenário), Acórdão nº 511/2004, Rel. Min. Adylson Motta, j. 05/05/2004.

Para além disso, não se deve esquecer que o serviço de energia elétrica compreende a produção (*i.e.*, geração), transmissão e distribuição (art. 2º do Dec. Federal nº 41.019/1957), sendo que as atividades de geração e comercialização “deverão ser exercidas em caráter de competitividade” (art. 2º do Dec. Federal nº 2.655/1998). Especial destaque tem as produtoras independentes de energia elétrica (PIE), que recebem autorização (e não concessão), “para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco” (art. 11 da Lei nº 9.074/1995). E, de acordo com a doutrina majoritária, os produtores independentes de energia não prestam serviço público, mas sim atividade econômica *strictu sensu*,⁶⁵ submetendo-se ao princípio da livre iniciativa e norteada para a obtenção de lucros.

De modo geral, a utilização das faixas de domínio de rodovias estaduais de forma gratuita é mais rentável para as prestadoras de energia elétrica, tendo em vista a infraestrutura proporcionada. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “sem dúvida é óbvio o interesse econômico de uma prestadora de serviços públicos em ficar liberada dos dispêndios pelo uso especial do bem (...), que isto minoraria seus custos”.⁶⁶ No mesmo sentido, Letícia Queiroz de Andrade afirma que, “caso optassem por passar suas redes e dutos por imóveis lindeiros às rodovias, tais concessionárias teriam que realizar investimentos para preparar a correspondente infra-estrutura”.⁶⁷

⁶⁵ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 70; CALDAS, Geraldo Pereira. *Concessões de serviços públicos de energia elétrica em face à Constituição Federal de 1988 e o interesse público*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 170-171; JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 17; TACITO, Caio. Produtor independente de energia elétrica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 242, out./dez. 2005, p. 184; PIMENTA, André Patrus. Serviços de energia elétrica explorados em regime jurídico de direito privado. In: CASTRO, Marcus Faro de; LOUREIRO, Luis Gustavo Kaercher (Orgs.). *Direito da energia elétrica no Brasil: aspectos institucionais, regulatórios e socioambientais*. Brasília: ANEEL, 2010, p. 273-274.

⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Legitimidade e natureza jurídica da cobrança de concessionárias de serviço público pela utilização subterrânea das faixas de domínio de rodovias dadas em concessão. In: ANDRADE, Letícia Queiroz de (org.). *Rodovias: uso da faixa de domínio por concessionárias de serviços públicos. Decisões e pareceres jurídicos*. São Paulo: ABCR, 2005, p. 29. Cf. FAVRETO, Rogerio. Bens públicos municipais e o uso remunerado do seu subsolo e parte aérea. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre, v. 14, n. 15, dez. 2001, p. 70: “A razão dessa cobrança decorre do uso especial do bem público para fins privados, mesmo quando prestado por empresas públicas, porque desempenhado com norte econômico.”

⁶⁷ ANDRADE, Letícia Queiroz de. Uso compartilhado da faixa de domínio das rodovias por concessionárias de serviço público. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 8, n. 40, nov./dez. 2006. E prossegue a autora: “Além disso, a admissão do uso gratuito deixaria sem compensação os encargos administrativos e econômicos para as entidades responsáveis pela gestão do bem público em questão, tais como os que decorrem das análises dos projetos daqueles que pretendem instalar suas redes e dutos na faixa de domínio, da fiscalização da instalação e operação dessas redes e da gestão do contrato de compartilhamento, mas, também, de usufruir dos investimentos feitos para a construção e manutenção da infraestrutura utilizada. [...] Tanto é assim que essas concessionárias preferem travar batalhas jurídicas com gestores das rodovias a se utilizarem dos imóveis lindeiros às rodovias para a passagem de suas redes e dutos.”

Os prejuízos não se resumiriam aos encargos administrativos da gestora da rodovia. Essa utilização tolhe a propriedade do Estado, esvaziando o seu conteúdo econômico e funcionalidade do direito, configurando um sacrifício de direito, razão pela qual alguns autores afirmam que caberia somente uma indenização pela violação do direito de propriedade do Estado. Por outro lado, os prejuízos também se evidenciam nos lucros cessantes, isto é, “o que razoavelmente deixou de lucrar” (CC, art. 402), pois o uso exclusivo e gratuito da faixa de domínio acarreta em perda de receita, já que obsta que outros *players* utilizem o terreno pagando o valor previamente fixado.

5. A previsão de cobrança e suas repercussões na competência federal

Foi visto que possibilidade de cobrança pelo uso de bens públicos decorre da autonomia dos entes e do direito de propriedade pública. Com efeito, é possível afastar os argumentos de que a instituição de cobrança (i) invadiria a competência legislativa e administrativa da União sobre serviços de energia elétrica (CF, arts. 21, XI e XII, “b”, e 22, IV) e (ii) interfere indevidamente no contrato de concessão.

Isso porque, ao estabelecer uma cobrança pelo uso de faixa de domínio, os Estados exercem competência própria, decorrente do direito de propriedade de seus bens. Não é relevante que o uso do terreno público seja para atividades de energia elétrica, tanto é assim que os atos normativos que instituem a cobrança são gerais, simplesmente pela utilização da faixa de domínio de rodovia estadual, por quem quer que seja.

De outro giro, a cobrança é pela utilização da faixa de domínio, não se vinculando a nenhum aspecto do serviço de energia elétrica. Não há ingerência indevida nos contratos entre União e as prestadoras do serviço, sendo certo que os precedentes do STF a respeito do tema dizem respeito a leis que incidam diretamente sobre algum aspecto do serviço de energia elétrica, tais como a imposição de instalar medidores de consumo⁶⁸ e a proibição de cobrança da tarifa de assinatura básica.⁶⁹

Fala-se também que (iii) a cobrança afeta o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e (iv) a modicidade tarifária, pois os custos dessa cobrança seriam repassados aos usuários.

⁶⁸ STF (Tribunal Pleno), ADI 3.558, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 17/03/2011.

⁶⁹ STF (Tribunal Pleno), ADI 3.343, Rel. Min. Ayres Britto, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, j. 01/09/2011.

Tais argumentos são preocupantes pelo risco de petrificar o exercício de competências constitucionais, pois tudo o que refletisse no custo da operação poderia ser utilizado como causa de desequilíbrio no contrato administrativo: o aumento na conta de água é indevido por afetar a modicidade? O aumento do preço cobrado na venda dos cabos de energia também? Aliás, isto invadiria a competência da União? De forma categórica, Clèmerson Merlin Clève afirma que “caso o equilíbrio-econômico financeiro impedisse a alteração dos tributos ou encargos incidentes sobre a concessão, nenhum tributo poderia ser aumentado após o oferecimento da proposta pelo concessionário”.⁷⁰

Decorre também da legislação de regência que os custos já existentes não caracterizam distúrbio no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a exemplo da Lei nº 8.987/1995, que em seu art. 9º, § 3º, prevê que, “ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso”.⁷¹ Segundo Marçal Justen Filho, “a Administração pode recusar o restabelecimento da equação apenas mediante invocação da ausência dos pressupostos necessários. Poderá invocar: (...) ocorrência do evento antes da formulação das propostas”.⁷² No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, essa cobrança é veiculada na Deliberação nº 34, de 25 de setembro de 1991, e Deliberação nº 12, de 2 de junho de 1999, do DER-RJ. Portanto, a cobrança pelo uso de faixa de domínio de rodovias se insere na álea ordinária por ser previsível e, de modo geral, não acarretar onerosidade excessiva.⁷³

⁷⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin; SEHN, Solon. Municípios e concessionárias federais de serviço de energia elétrica e telecomunicações - cobrança de preço público pela permissão de uso do solo urbano e taxa pela fiscalização de instalação de equipamentos - possibilidade. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 1, n.33, 2001, p. 108.

⁷¹ Mesma previsão consta na Lei nº 8.666/1993, que em seu art. 65, § 5º, prevê que “*quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.*”

⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 777.

⁷³ E.g., STJ (2. Turma), REsp 744.446/DF, Rel. Min. Humberto Martins, j. 17/04/2008, DJe 05/05/2008: “*Para o Min. Relator, não se mostra razoável o entendimento de que a inflação possa ser tomada, no Brasil, como álea extraordinária, de modo a possibilitar algum desequilíbrio na equação econômica do contrato, como há muito afirma a jurisprudência deste Superior Tribunal. Não há como imputar as aludidas perdas a fatores imprevisíveis, já que decorrentes de má previsão das autoras, o que constitui álea ordinária, não suportável pela Administração e não autorizadora da teoria da imprevisão.*” (trecho divulgado no informativo nº 0352, de 14 a 18 de abril de 2008). STJ (2. Turma), REsp 776.790/AC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 15/10/2009, DJe 28/10/2009: “*Já no que tange ao aumento das despesas com empregados, consagrou-se o entendimento, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que se trata de fato previsível se a elevação dos encargos trabalhistas resultar de acordo coletivo.*”. TCU (Plenário), Acórdão 538/2008, Rel. Marcos Vinícios Vilaça, j. 02/04/2008: “*Dada a natureza genérica de tributos como Cofins e CPMF, sobretudo esta última, que alcança a economia do país como um todo, as majorações desses encargos inserem-se na álea empresarial ordinária, a não ser que, além dos requisitos da*

Por fim, os adeptos da gratuidade invocam o argumento consequencialista da afetação à modicidade tarifária, pelo qual os valores cobrados pelo uso de bem público seriam repassados aos usuários de energia elétrica. Por outro lado, não se é falado que a imposição de gratuidade na utilização da faixa de domínio, sobretudo as concedidas, poderia acarretar no repasse dos custos aos usuários da rodovia estadual. Na verdade, a aceitação da gratuidade tem como consequência a otimização dos lucros da prestadora de serviço de energia elétrica, e não a modicidade tarifária. Sobre o ponto, Fabio Marcelo Rezende Duarte afirma “(ser) preciso desmistificar o conceito de que tarifa módica é tarifa barata. Tarifa módica é a tarifa justa pelo serviço que é prestado. E tarifa justa pressupõe a integração do seu valor por todos os encargos legais assumidos pelo Concessionário do serviço público”.⁷⁴

6. Conclusão

A exploração econômica de bens públicos ainda é um instrumento pouco utilizado. Ao lado dessa circunstância se encontra o entendimento enraizado de que a cobrança pelo uso de bens públicos estaduais deve ceder diante dos serviços públicos federais. Por outro lado, a situação inversa nunca é questionada, qual seja, de Estados e Municípios explorarem gratuitamente o domínio público federal.

Ainda vivemos sob a cultura da hierarquia de interesses, presumidos nas competências arroladas pela Constituição Federal. Por esse entendimento, o interesse da União se situaria no ápice, seja por influência histórica da formação nacional ou pela maior concentração na repartição de receitas,⁷⁵ embora seja uma difícil tarefa considerar, *a priori*, a preponderância de um interesse sobre outro.

Reflexo dessa concepção é a consideração de diplomas flagrantemente incompatíveis com a Constituição Federal para assegurar a utilização gratuita de bens públicos estaduais pela União, direta ou indiretamente. A autonomia federativa pressupõe não somente

involuntariedade e da imprevisibilidade do fato, reste evidenciada a onerosidade excessiva da execução contratual original em decorrência do incremento da carga tributária.”

⁷⁴ ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Procuradoria Federal Especializada - DNIT. Despacho/PFE/DNIT nº 00441/2010. Fabio Marcelo de Rezende Duarte. 04 mai. 2010. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/1478623>.

⁷⁵ Sobre o tema, cf. CARVALHO, Orlando M.. O federalismo e a universidade regional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 39, p. 43-50, jan. 1955; SEGADO, Francisco Fernández. El federalismo en América Latina. *Cuadernos constitucionales México-Centroamérica*, n. 41. UNAM, México, 2003; SCHAMBECK, Herbert. Posibilidades y límites del federalismo. *Documentación Administrativa*, n. 193, jun. 1982.

a repartição de receitas e divisão de competências, mas titularizar patrimônio para atingir os fins públicos.

Por fim, não devemos esquecer que o Estado também paga conta de luz – ou pelo menos tenta.⁷⁶ Por que não invocar a gratuidade?

Referências.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra. Utilização de faixas de domínio em rodovias concedidas, por outras concessionárias de serviço público. *Interesse Público*, São Paulo, ano 3, n. 9, p. 97-112, jan./mar. 2001.

AMARAL, Bruno Monteiro de Castro; AMARAL, Francisco Xavier. Sobre o uso privativo de bens públicos de uso comum do povo. *Revista IOB de direito administrativo*, São Paulo, v. 1, n. 5, p. 75-88, mai./2006.

AMARAL, Diogo Freitas do. *A utilização do domínio público pelos particulares*. Lisboa: Coimbra Ed., 1965.

ANDRADE, Leticia Queiroz de. Uso compartilhado da faixa de domínio das rodovias por concessionárias de serviço público. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 8, n. 40, nov./dez. 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAUJO, Bernardo José Oliveira. *Bens públicos: múltipla funcionalização e economia colaborativa*. Rio de Janeiro, 2017. No prelo.

ARAUJO, Christiane Flores de. Uso remunerado do espaço público. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*, Belo Horizonte, ano 2, n. 10, jul./ago. 2003.

AZEVEDO, Gustavo Philadelpho. As possibilidades de utilização dos bens públicos imóveis do Estado do Rio de Janeiro pelo particular. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, v. 41, 1989.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

BAPTISTA, Patrícia. Regime jurídico dos bens públicos: perspectiva civilista, funcionalização e outros temas. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. CAMPILONGO, Celso

⁷⁶ Cf. WERNECK, Antônio. Estado acumula dívida de R\$ 86 milhões com a Light. *O Globo*, 25 out. 2016. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/estado-acumula-divida-de-86-milhoes-com-light-20350673>>. Resultado disso foi a autorização legislativa para compensação de dívidas com as concessionárias com créditos tributários, vide Lei Estadual nº 7.626/2017.

Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. NUNES JR., Vidal Serrano; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE, André Luiz (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

BAPTISTA, Patrícia. SILVA FILHO, Carlos da Costa; CUNHA, Marcelle Figueiredo. O patrimônio público estadual e seu regime jurídico: a disciplina jurídica do Patrimônio Público no Estado do Rio de Janeiro e outras questões. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar (coords.). *Direito Público Estadual*. Rio de Janeiro: APERJ, 2015.

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. v. 2. Coimbra: Almedina, 1983.

CALDAS, Geraldo Pereira. *Concessões de serviços públicos de energia elétrica em face à Constituição Federal de 1988 e o interesse público*. Curitiba: Juruá, 2001.

CARVALHO, Orlando M.. O federalismo e a universidade regional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 39, p. 43-50, jan. 1955.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. t. 2. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002.

CAVALI, Marcelo Costenaro. Remuneração pela utilização especial de bens públicos de uso comum: o caso das concessionárias de energia elétrica (comentários a acórdão do Superior Tribunal de Justiça). *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 4, n. 15, p. 227-248, jul./set. 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; SEHN, Solon. Municípios e concessionárias federais de serviço de energia elétrica e telecomunicações - cobrança de preço público pela permissão de uso do solo urbano e taxa pela fiscalização de instalação de equipamentos - possibilidade. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 1, n.33, p. 100-109, 2001.

COSTA, Camila Maia Pyramo. Legitimidade da cobrança de preço público pela utilização privativa de bem público por particular. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, n. 92, ano 8, ago. 2009.

COSTA, José Rubens. Bens municipais - Utilização - Taxas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 225, mar. 2015.

COTRIM NETO, A. B.. Da utilização privada dos bens públicos de uso comum. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 90, jan. 1967.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado do domínio público*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

DALLARI, Adilson Abreu. Uso do espaço urbano por concessionárias de serviços de telecomunicações. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*, Belo Horizonte, ano 1, n. 5, set./out. 2002.

DEBBASCH, Charles (et al.). *Droit administratif des biens*. Paris: Presses Universitaires, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem público por particular*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIDIER JR., Fredie. A ordem do processo nos tribunais no CPC-2015 e o sistema de precedentes: voto vencido, redação de acórdão e colheita de votos. *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2018.

FAVRETO, Rogerio. Bens públicos municipais e o uso remunerado do seu subsolo e parte aérea. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre, v. 14, n. 15, p. 65-76, dez. 2001.

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

FERREIRA, Sérgio de Andréa. Alguns aspectos da permissão de uso de bem público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 216, abr./jun. 1999.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Telecomunicações e infra-estrutura: artigos 73 e 74 da lei 9.472/97. *Revista do Tribunal Regional Federal da Terceira Região*, Belo Horizonte, n. 46, p. 21-38, mar./abr. 2001.

FIUZA, César. Contornos teórico-dogmáticos do princípio do enriquecimento sem causa. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 54, jan./jun. 2009.

FRANCISCO, Raimundo Nonato. Da concessão de uso de bens públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 118, p. 1-11, jan. 1974.

GARCIA, Flavio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. A exploração da faixa de domínio das rodovias por concessionárias de energia elétrica e o interesse público. In: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno; FREITAS, Rafael Vêras de (Coord.). *A nova regulação da infraestrutura e da mineração: portos - aeroportos - ferrovias - rodovias*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GRAU, Eros Roberto. *Concessionária de serviço público - Bens públicos - Direito de uso*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 218, p. 343-356, out. 1999.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

HARADA, Kiyoshi. Natureza jurídica do pagamento pela utilização do subsolo municipal. *Universo Jurídico*, Juiz de Fora, ano XI, ago. 2001.

HARDIN, Russell. The free rider problem. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2013 Edition). Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2013/entries/free-rider/>>.

JUSTEN FILHO, Marçal. A exploração econômica de bens públicos: cessão do direito à denominação. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, edição especial, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

LORENZO, Helena Carvalho de. O setor elétrico brasileiro: passado e futuro. *Perspectivas*, São Paulo, v. 24/25, p. 147-170, 2001/2002.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. As empresas de energia elétrica e o uso do solo urbano: breves considerações. *Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre, v. 14, n. 15, p. 51-63, dez. 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARIENHOFF, Miguel S.. *Tratado de derecho administrativo*. v. 5. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1988.

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

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O uso de bens públicos estaduais por concessionárias de energia elétrica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 236, p. 1-32, abr. 2004.

MARQUES, Alberto J.; FERREIRA NETO, Francisco Damasceno. Uso remunerado de bens públicos: por que só alguns pagam? *Jornal da APAFERJ*, Rio de Janeiro, ano XXII, n. 241, p. 11-12, out. 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

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

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. Concessão de serviço público: breves notas sobre a atividade empresarial concessionária. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, edição especial, 2012.

MOTA, Eduardo Viana. A ocupação de bem de uso comum. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 65, p. 393-398, jan. 1961.

MUKAI, Toshio; MARQUES, Alberto J.. A legalidade da cobrança de remuneração, pelo município, pela utilização do subsolo. *Boletim de Direito Municipal*, São Paulo, v. 18, n. 6, p. 426-429, jun., 2002.

NEDER, Lívia. Imóveis públicos da cidade são subutilizados. *O Globo*, Rio de Janeiro, 17 jun. 2012. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/bairros/imoveis-publicos-da-cidade-sao-subutilizados-5224013>>.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Cobrança municipal pela ocupação de áreas públicas para a prestação de serviços de infra-estrutura. *Boletim de Direito Municipal*, São Paulo, v. 16, n. 8, p. 470-476, ago. 2000.

PIMENTA, André Patrus. Serviços de energia elétrica explorados em regime jurídico de direito privado. In: CASTRO, Marcus Faro de; LOUREIRO, Luis Gustavo Kaercher (Orgs.). *Direito da energia elétrica no Brasil: aspectos institucionais, regulatórios e socioambientais*. Brasília: ANEEL, 2010.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PRESTES, Vanêscia Buzelato. As redes de infraestrutura aéreas e subterrâneas e a relação com o poder local: obrigatoriedade de licenciamento e possibilidade de cobrança pela utilização do bem público. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 2, n. 7, jul./set. 2000.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. v. 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944.

SCHAMBECK, Herbert. Posibilidades y límites del federalismo. *Documentación Administrativa*, n. 193, jun. 1982.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SEGADO, Francisco Fernández. El federalismo en América Latina. *Cuadernos constitucionales México-Centroamérica*, n. 41. UNAM, México, 2003.

SIDAK, J. Gregory; LIPSKY, Abbott B.. Essential Facilities. *Stanford Law Review*, v. 51, n. 5, p. 1187-1249, may 1999.

SILVA NETO, Orlando Celso da. Enriquecimento sem causa, tragédia dos comuns e dos anticomuns. In: LARA, F.T.R.; FERREIRA, G.A.; VIEIRA, S.C. (coords.). *Direito, economia e desenvolvimento sustentável I*. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Parecer 18/99 - MJVS. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, (Edição Especial), 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. Utilização remunerada do espaço público pelas concessionárias de serviços. *Revista Brasileira de Direito Municipal*, v. 4, n. 7, jan./mar. 2003.

TÁCITO, Caio. Concessionária de energia elétrica - Postes - Taxa municipal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 211, p. 351-353, jan. 1998.

TÁCITO, Caio. Produtor independente de energia elétrica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 242, p. 183-186, out. 2005.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Recebido em: 14/04/2020
Aprovado pelo Conselho Editorial