

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO –
PUC-SP

Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da
PUC-SP (COGEAE)

ALESSANDRA KOSZURA

FAIXA DE DOMÍNIO RODOVIÁRIA.

Conceito, natureza jurídica, uso compartilhado.

Especialização em Direito Administrativo

São Paulo
Fevereiro de 2012

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO –
PUC-SP

Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da
PUC-SP (COGEAE)

ALESSANDRA KOSZURA

FAIXA DE DOMÍNIO RODOVIÁRIA.

Conceito, natureza jurídica, uso compartilhado.

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*, Especialização em Direito Administrativo, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo pela Escola Paulista de Direito (EPD).

São Paulo
Fevereiro de 2012

SUMÁRIO

I. Introdução.

II. Faixa de domínio rodoviária. Conceito.

III. Natureza jurídica.

III.1. Bens públicos. Conceito.

III.2. Classificação de bens públicos.

III.3. Natureza jurídica da faixa de domínio rodoviária.

III.4. Natureza jurídica do uso compartilhado. Uso especial dos bens de uso comum.

III.5. Natureza jurídica da área *non aedificandi*.

IV. Forma de aquisição da faixa de domínio.

V. Anuência para utilização da faixa de domínio rodoviário pelas concessionárias de serviço público.

VI. Dever-poder da prestação de serviço público pelas concessionárias de serviço público (e não da utilização da faixa de domínio rodoviária).

VII. Compartilhamento obrigatório das faixas de domínio rodoviárias pelas concessionárias de serviço público.

VIII. Conclusão.

I. Introdução.

Serviços e obras públicas tanto podem ser providos diretamente pelo Estado ou criatura sua – hipótese em que a busca do interesse público se faz sem que se ponham de permeio interesses privados –, como por terceiros que para isto hajam sido habilitados mediante concessão ou permissão – nessa hipótese interfere um fator inerente ao jogo do mundo negocial, isto é: a consideração dos propósitos lucrativos que animaram os respectivos concessionários ou permissionários a se engajarem na relação com o Poder Público.

Assim, quando para a prestação de serviços públicos adota-se o regime da concessão, entra em causa, inclusive, os interesses de ordem econômica que o instituto suscita. Ou seja, se o Poder Público opta por um sistema de prestação de serviços públicos, assim como de construção e ou conservação, manutenção e reparação de obras públicas, mediante concessão a particulares, está a optar pelo acolhimento de certas implicações do jogo aí naturalmente envolvidos, com todas as inerentes consequências.

O próprio aprimoramento das concessões no Brasil já reflete um cenário que envolve diversas celeumas, sendo um deles, justamente, a utilização da faixa de domínio rodoviária.

De fato, o compartilhamento de infraestrutura – tal como acontece no caso ora posto à análise – é um importante instrumento do sistema de concessões adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, sempre dentro dos limites contidos na Lei nº. 8.987/1995 e nos demais normativos aplicáveis à espécie.

Busca-se com o presente trabalho analisar alguns pontos de conflito existente nessa área, notadamente quanto à distinção entre faixa

de domínio e área não edificável; natureza jurídica da faixa de domínio, do compartilhamento de infraestrutura e da área *non aedificandi*; anuência para utilização da faixa de domínio rodoviário pelas concessionárias de serviço público e, por fim, quanto à obrigatoriedade de compartilhamento ante o interesse público primário envolvido.

Assim, segue a análise.

II. Faixa de domínio rodoviária. Conceito.

Não há um conceito legal de faixa de domínio rodoviária. A definição é extraída de regulamentos e até mesmo de manuais técnicos atinentes ao tema. Nesse sentido, nos termos do Regulamento para Autorização de Uso da Faixa de Domínio de Estradas e Rodovias integrantes da malha rodoviária, editado pelo Departamento de Estradas de Rodagem – DER, faixa de domínio é o “conjunto de áreas declaradas de utilidade pública, desapropriadas (por decreto ou apossamento administrativo) e necessárias para implantação das obras da estrada ou rodovia e seus dispositivos operacionais, tais como drenagem, vias marginais, retornos, trevos, pedágios e outras atividades de apoio aos usuários, de acordo com o artigo 3º do Decreto Lei nº. 13.626 de 21/10/1943, excluídas as áreas remanescentes.”.

De acordo com Departamento Nacional de InfraEstrutura de Transportes – DNIT, as faixas de domínio rodoviárias são áreas lindeiras à via pública cujo uso obedecerá às condições de segurança do trânsito estabelecidas pela autoridade competente.

Em regra, conceitua-se faixa de domínio rodoviária como a base física sobre a qual assenta uma rodovia, constituída pelas pistas de rolamento, canteiros, obras de arte, acostamentos, sinalização e faixa

lateral de segurança, até o alinhamento das cercas que separam a estrada dos imóveis marginais ou da faixa de recuo.

Cumpra-se asseverar que não há que se confundir faixa de domínio com área *non aedificandi*. A partir da faixa de domínio, contando-se 15 (quinze) metros, é que ter-se-á a área em *non aedificandi*, conforme estabelece a Lei nº. 6.766/79.

A faixa de área *non aedificandi*, remonta ao Decreto nº. 15.673, de 17/09/1922, que dispôs acerca da “Segurança, Polícia e Tráfego das Estradas de Ferro”. Especificamente quanto às rodovias, as primeiras limitações foram veiculadas por meio do Decreto nº. 18.323, de 24/07/1923, que tratou do “Regulamento para a Circulação Internacional de Automóveis, no Território Brasileiro, e para Sinalização, Segurança do Trânsito e Polícia das Estradas de Rodagens”, fixando a área *non aedificandi* em 10 (dez) metros, no mínimo, do eixo da estrada. Atualmente, referida matéria encontra disciplina na Lei Federal nº. 6.766/79, em seu artigo 4º, inciso III, que assim dispõe:

Artigo 4º. Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos:

(...)

III – ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias, ferrovias e dutos, será obrigatória a reserva de uma faixa *non aedificandi* de 15 (quinze) metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica; (...)

Embora referida lei já tenha sofrido inúmeras alterações, esse dispositivo continua em vigor.

De hialina clareza, portanto, que faixa de domínio e área *non aedificandi* não são sinônimos. Aliás, a própria natureza jurídica de ambas é diametralmente oposta, como aprofundaremos no curso do presente trabalho.

III. Natureza jurídica.

Para alcançarmos a natureza jurídica da faixa de domínio rodoviária, necessário adentrarmos na seara dos bens públicos e sua classificação.

III.1. Bens públicos. Conceito.

O artigo 98, do Código Civil, prescreve “são públicos os bens de domínio nacional pertencentes as pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual fora pessoa a que pertencerem.”. Assim, conforme a definição legal, são bens públicos apenas os pertencentes à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e às suas respectivas autarquias e fundações de direito público.

José dos Santos Carvalho Filho, com fulcro no mencionado artigo, conceitua bens públicos como “todos aqueles que, de qualquer natureza e a qualquer título, pertencem às pessoas jurídicas de direito público, sejam elas federativas, como a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, sejam da Administração descentralizada como autarquias, nestas incluindo-se as fundações de direito público e as associações públicas.”¹.

Já na definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, “bens públicos são todos os bens que pertencem às pessoas jurídicas de Direito Público, isto é, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas

¹ *in* Manual de Direito Administrativo, p. 1.237. O autor justifica seu entendimento a “bens de qualquer natureza, porque na categoria se inserem bens corpóreos e incorpóreos, móveis, imóveis, semoventes, créditos, direitos e ações.” - aqui discorda do alargamento da noção dada por Celso Antônio Bandeira de Mello, a saber, “embora não pertencentes a tais, estejam afetados à prestação de um serviço público”, por entendê-lo como impreciso e porque há inúmeros bens privados que estão afetados à prestação de um serviço público. Por outro lado, o autor justifica a menção à propriedade a qualquer título na “especial circunstância de que no conceito tanto se incluem os bens de domínio do Estado na qualidade de proprietário em sentido estrito, quanto aqueles outros que, da utilização pública, se sujeitam ao poder de disciplinamento e regulamentação do Poder Público.”.

autarquias e fundações de direito público (estas últimas, aliás, não passam de autarquias designadas pela base estrutural que possuem), bem como os que, embora não pertencentes a tais, estejam afetados à prestação de um serviço público.”².

Hely Lopes Meirelles leciona, “Bens públicos, em sentido amplo, são todas as coisas corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e empresas governamentais.”.

E continua, “Conceituando os bens em geral, o Código Civil os reparte inicialmente em públicos ou particulares, esclarecendo que são públicos os do domínio nacional, das pessoas jurídicas de Direito Público interno, e particulares todos os outros, seja qual for a pessoa a que pertencerem (art. 98). O conceito dotado não deixa dúvidas quanto ao fato de que também são bens públicos os pertencentes às autarquias e fundações públicas. Quanto aos bens das empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista), entendemos que são, também, bens públicos com destinação especial e administração particular das instituições a que foram transferidos para consecução dos fins estatutários. (...)”³.

Por outro lado, para Floriano de Azevedo Marques Neto, “sob o critério conceitual do Direito Civil (subjeto), um bem é público se uma pessoa jurídica de direito público interno detém a sua titularidade. A partir da verificação de quem é o sujeito do direito subjetivo de propriedade, estabelece-se se o bem está integrado ao patrimônio privado ou ao patrimônio público e se ele se submete ao regime de direito privado ou de direito público, respectivamente. A delimitação de quem é o

² in Curso de Direito Administrativo, p. 913.

³ in Direito Administrativo Brasileiro, p. 525.

proprietário do bem basta para o Direito Civil, porque por meio dela conferem-se ao proprietário as faculdades de usar, gozar e dispor da coisa e o direito de reavê-la de terceiros. Dentro desta concepção de delimitação dos bens, a pessoa jurídica de direito público interno possui direitos reais em face dos administrados, em relação aos bens que lhe pertencem, e a utilidade de tais bens relaciona-se ao interesse do detentor do domínio, não importando a relação do bem para com a coletividade, que aparece apenas como um condicionamento do exercício de propriedade pelo seu titular. Tal critério de classificação, utilizado no Código Civil, aparta os bens de uso comum dos bens de uso especial e dos bens dominicais. (...)”⁴.

Para o autor, essa concepção civilista para bens públicos resta insuficiente⁵, de modo que propõe a abordagem por um critério conceitual funcionalista⁶ – que, a seu ver, mais se coaduna com os objetivos do regime de direito público, ainda que confesse não ser apto a esgotar a matéria. De acordo com essa concepção, para a caracterização de um bem como público impõe-se: (i) a *utilidade* do bem, que deve corresponder a uma atividade expressamente cometida pelo Poder Público (pela lei, pela Constituição ou pelas características que tornam imperativo que a atividade seja realizada pelo Estado); (ii) a *essencialidade* do bem àquela atividade; e (iii) a *infungibilidade* do bem. Conclui-se, então, que tal caracterização em

⁴ *in* Bens Públicos, p. 233.

⁵ Esclarece o autor: “O tratamento dos bens públicos pela abordagem civilista peca não apenas pela sua desconformidade com os privilégios e princípios que recaem sobre os bens públicos, ou pelos diferentes objetivos e pressupostos do direito de propriedade dos bens privados e dos bens públicos, ou mesmo pelo regime de propriedade distinto, mas, antes, o problema da abordagem civilista advém do fato de que o regime de direito público aplicável aos bens públicos tem premissas diferentes, abrangendo a finalidade (utilidade) que o bem deve ter para toda a coletividade, não se limitando, pois, à relação jurídica entre o proprietário e a coisa.” (ob. cit., p. 234).

⁶ Define o autor: “um bem é público se estiver de alguma forma empregado à utilidade de interesse geral. Por este critério, mais do que se verificar a titularidade do bem, importa saber a que finalidade se presta. Tal visão funcionalista compreende a concepção de que um bem é público em razão da função que cumpre (utilidade para a coletividade) e a concepção segundo a qual um bem é público a partir do regime derogatório do Direito Privado a que está submetido. Decorre desta visão funcionalista o entendimento segundo o qual existem dois tipos de domínio por parte do Estado, os bens de domínio público e os bens de domínio privado da Administração (bens consagrados a um uso de interesse geral e bens não utilizados para uma finalidade pública específica, respectivamente).” (ob. cit., p. 234).

virtude da função tem como vetor central a noção de afetação, pois ela, ao predicar um ou mais usos para o bem, não apenas demarca a finalidade do bem, como também define a incidência (mais ou menos intensa) do regime de Direito Público sobre ele.

Independentemente da concepção adotada, unânime o entendimento de que as rodovias e suas faixas de domínio são bens públicos.

III.2. Classificação de bens públicos.

A classificação de bens públicos pode ocorrer sob vários critérios.

Os bens públicos, quanto à sua titularidade, classificam-se em (i) federais; (ii) estaduais; (iii) distritais; e (iv) municipais.

Quanto à sua disponibilidade em relação às pessoas de direito público a quem pertencem, os bens públicos são classificados em (i) indisponíveis; (ii) patrimoniais indisponíveis; e (iii) patrimoniais disponíveis.

Por sua vez, o artigo 99, do Código Civil, traz a classificação dos bens públicos quanto à sua destinação:

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica: “O critério dessa classificação é o da ‘destinação’ ou ‘afetação’ dos bens: os da primeira categoria são destinados, por ‘natureza’ ou por ‘lei’, ao uso coletivo; os da segunda ao uso da Administração, para consecução de seus objetivos, como os imóveis onde estão instalados as repartições públicas, os bens móveis utilizados na realização dos serviços públicos (veículos oficiais, materiais de consumo, navios de guerra), as terras dos silvícolas, os mercados municipais, os teatros públicos, os cemitérios públicos; os da terceira não têm destinação pública definida, razão pela qual podem ser aplicados pelo Poder Público, para obtenção de renda; é o caso das terras devolutas, dos terrenos de marinha, dos imóveis não utilizados pela Administração, dos bens móveis que se tornem inservíveis.”⁷.

Para a autora, a redação do dispositivo denota um ponto comum entre as duas primeiras modalidades (bens de uso comum e bens de uso especial), a saber, a destinação pública, sendo justamente esse ponto que as diferencia da terceira modalidade (dominicais), que, por sua vez, não tem destinação pública. Conclui, assim, que existiriam duas modalidades de bens públicos: (a) os do domínio público do Estado, abrangendo os de uso comum do povo e os de uso especial; e (b) os do domínio privado do Estado, abrangendo os bens dominicais.

Na acepção de Hely Lopes Meirelles, “Todos os bens vinculados ao Poder Público por relações de domínio ou de serviço ficam sujeitos à sua administração. Daí o dizer-se que uns são bens do domínio público, e outros, bens do patrimônio administrativo. Com mais rigor técnico, tais bens são reclassificados, para efeitos administrativos, em bens

⁷ in Direito Administrativo, p. 667.

do domínio público (os da primeira categoria: de uso comum do povo), bens patrimoniais indisponíveis (os da segunda categoria: de uso especial) e bens patrimoniais disponíveis (os da terceira e última categoria: dominiais), segundo se lê no Regulamento da Contabilidade Pública.”⁸.

Celso Antônio Bandeira de Mello sintetiza a classificação de bens públicos em relação à destinação da seguinte forma:

“(a) de uso comum – são os destinados ao uso indistinto de todos, como os mares, ruas, estradas, praças etc.;

(b) de uso especial – são os afetados a um serviço ou estabelecimento público, como as repartições públicas, isto é, locais onde se realiza a atividade pública ou onde está à disposição dos administrados um serviço público, como teatros, universidades, museus e outros abertos à visitação pública;

(c) dominicais, também chamados dominiais – são os próprios do Estado como objeto de direito real, não aplicados nem ao uso comum, nem ao uso especial, tais os terrenos ou terras em geral, sobre os quais tem senhoria à moda de qualquer proprietário, ou que, do mesmo modo, lhe assistam em conta de direito pessoal. O parágrafo único do citado artigo pretendeu dizer que serão considerados dominicais os bens das pessoas da Administração indireta que tenham estrutura de direito privado, salvo se a lei dispuser em contrário.”⁹.

Tendo por base a classificação exposta acima, a doutrina afirma que os bens de uso comum e os bens de uso especial estão afetados a uma finalidade pública, ao contrário dos bens dominicais, que não são afetados a qualquer destino público.

⁸ *in* Direito Administrativo Brasileiro, p. 526.

⁹ *in* Curso de Direito Administrativo, p. 914.

Ainda com base nessa classificação, alcança-se que as rodovias federais, estaduais e municipais, nelas incluídas as respectivas faixas de domínio, são bens de uso comum do povo.

Aponte-se que para Floriano de Azevedo Marques Neto os usos para quais os bens podem estar afetados não pressupõem exclusividade ou prejudicialidade, de modo que o tratamento dado pela lei civil não implica em categorias estanques e apartadas. Para o autor, “pode uma mesma coisa ser prestante a mais de uma utilidade, cada qual consubstanciada num uso específico (prenotador de um valor de uso autônomo). E, assim sendo, esta mesma coisa pode ser afetada a mais de um uso a um só tempo, de modo concomitante e não interferente às outras afetações.”¹⁰.

Com base nessa premissa, o autor assim conceitua as espécies de usos a que podem estar destinados os bens públicos:

(a) uso comum – “é aquele posto à disposição dos administrados indistintamente, independentemente de qualquer titulação especial e do cumprimento de qualquer condição prévia, ressalvada, naturalmente, a observância de regras de ordenação deste próprio uso.”¹¹;

(b) uso especial – “é consagrado a um serviço ou estabelecimento públicos e quem figura como usuário direto é

¹⁰ *in* Bens Públicos, p. 201.

¹¹ *in* Bens Públicos, p. 201. Por outras palavras, “é o uso colocado à disposição dos administradores indistintamente, não dependendo de qualquer titulação especial e do cumprimento de qualquer condição prévia.” (ob. cit., p. 241). Para o autor, o bem de uso comum - tido como apto a suprir as necessidades dos administrados - é caracterizado por quatro elementos: (i) generalidade; (ii) impessoalidade; (iii) incondicionalidade; e (iv) impregnação nas características dos bem.

o poder público, ainda que o faça para disponibilizar serviços ou utilidades aos administrados.”¹²;

(c) dominicais (ou dominiais) – “na visão doutrinária predominante, seriam os bens integrantes do patrimônio do Estado não consagrados diretamente a uma finalidade pública (uso comum ou especial). A nosso ver, no entanto, ainda que os bens dominicais não possuam uma destinação de ordem geral ou específica ao uso do administrado, eles possuem uma função, prestam-se a gerar receitas a serem empregadas no cumprimento das crescentes demandas da sociedade. Em verdade, entendemos que o cumprimento da finalidade de gerar receitas além de não estar afastado é imperioso, seja em razão do princípio da função social da propriedade, seja em cumprimento do princípio da economicidade.”¹³.

Independentemente da classificação dada e da categoria a que pertença o bem público (de uso comum, de uso especial ou dominical), deve o Poder Público direcionar a gestão dos seus bens à satisfação do interesse público, finalidade última da Administração.

¹² *in* Bens Públicos, p. 215. Esclarece o autor, “A destinação a serviço pressupõe que ele se preste a suportar uma atividade colocada à disposição dos administrados (um serviço ou utilidade ofertada), de modo a que o utente final do bem seja o usuário do respectivo serviço público. Já o bem destinado a estabelecimento da Administração reflete o emprego de bem de uso especial para instalação de uma unidade do Estado sem que, necessariamente, haja fruição direta do bem pelo administrado.” (ob. cit., p. 215). Para o autor, a satisfação das necessidades coletivas não se realizam pela mera disponibilidade do bem, sendo imprescindível uma atividade para qual os bens de uso especial são suporte (instrumento). Assim, o bem de uso especial está caracterizado na individualidade do uso.

¹³ *in* Bens Públicos, p. 244.

III.3. Natureza jurídica da faixa de domínio rodoviária.

Conclui-se, portanto, diante das definições acima colacionadas, que trata-se a faixa de domínio rodoviária de bem público de uso comum.

Corroborando tal conclusão, oportuno colacionar Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴ que define as faixas de domínio das rodovias como bens públicos de uso comum, servindo de área de apoio à faixa de rodagem.

III.4. Natureza jurídica do uso compartilhado. Uso especial dos bens de uso comum.

Na definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, “os bens de uso comum, como o nome indica, fundamentalmente servem para serem utilizados indistintamente por quaisquer sujeitos, em concorrência igualitária e harmoniosa com os demais, de acordo com o destino do bem e condições que não lhe causem uma sobrecarga invulgar. Este é o seu uso comum.”

E continua, “Donde, para esta utilização comum, ordinária e correspondente à própria destinação que têm (por exemplo, transitar por uma rua, sentar-se nos bancos de uma praça, tomar sol em uma praia, nadar no mar), prescinde-se de qualquer ato administrativo que o faculte ou do dever de comunicar previamente à autoridade a intenção de utilizá-los.”¹⁵. Prescinde igualmente de ato administrativo a destinação secundária que não causa sobrecarga ou que não viola a igualdade e a harmonia das condições de sua utilização.

¹⁴Parecer apresentado à Associação Brasileira de Concessionários de Rodovias – ABCR na data de 10/05/2001, integrante da publicação “Rodovias. Uso da faixa de domínio por Concessionárias de Serviço Público.”.

¹⁵ *in* Curso de Direito Administrativo, p. 926.

Contudo, ensina o autor, “Além do uso comum dos bens de uso comum, isto é, deste uso livre, podem ocorrer hipóteses em que alguém necessite ou pretenda deles fazer usos especiais, ou seja, que se afastem das características dantes apontadas, por implicarem sobrecarga do bem, transtorno ou impedimento para a concorrente e igualitária utilização de terceiros ou ainda por demandarem até mesmo o desfrute de uma exclusividade no uso sobre parte do bem. Em tais situações, ora será indispensável (a) a prévia manifestação administrativa concordante (autorização de uso ou permissão de uso), ora será necessário (b) dar prévia ciência à Administração de que se pretende fazer determinada utilização de um certo bem público de uso comum, para que o Poder Público possa vetá-la, se for o caso. Com efeito, nestes casos não mais se estará ante o uso comum, mas ante usos especiais.”¹⁶.

Como já colacionado, as faixas de domínio das rodovias são bens públicos de uso comum. Este uso comum, no entanto, reserva uma condicionante que é a destinação própria que se dá ao bem. Ou seja, o uso das ruas e das estradas para tráfegar, assim como das calçadas para andar a pé, por exemplo, são casos de uso comum desses bens, de acordo com a sua destinação natural ou legal, sem que seja necessária a prévia anuência de qualquer ente da Administração.

Entretanto, quando o uso dos bens de uso comum se afasta desse caráter ordinário há o chamado uso especial de bens de uso comum, pois a sua utilização retira as características intrínsecas da sua destinação, ou porque não é usual, ou porque impõe um uso que onera ou acarreta a sua exclusividade. Aí, então, a permissão do titular do bem seria imprescindível.

¹⁶ Ob. cit., p. 927.

Na definição de Hely Lopes Meirelles, “Uso especial é todo aquele que, por um título individual, a Administração atribui a determinada pessoa para fruir de um bem público com exclusividade, nas condições convencionadas. (...) Ninguém tem direito natural a uso especial de bem público, mas qualquer indivíduo ou empresa pode obtê-lo mediante contrato ou ato unilateral da Administração, na forma autorizada por lei ou regulamento ou simplesmente consentida pela autoridade competente. Assim sendo, o uso especial do bem público será sempre uma utilização individual – *uti singuli* – a ser exercida privativamente pelo adquirente desse direito. O que tipifica o uso especial é a privatividade da utilização de um bem público, ou de parcela desse bem, pelo beneficiário do ato ou contrato, afastando a fruição geral e indiscriminada da coletividade ou do próprio Poder Público. Esse uso pode ser consentido gratuita ou remuneradamente, por tempo certo ou indeterminado, consoante o ato ou contrato administrativo que o autorizar, permitir ou conceder.”¹⁷.

Assim, sendo a finalidade precípua das faixas de domínio a de servir como área de apoio à faixa de rodagem, a fim de garantir a segurança dos usuários, funcionar como acostamento para os veículos dos mesmos, servir de área de escoamento de água das chuvas e também como área destinada ao aumento da capacidade das rodovias, favorecendo uma possível construção de vias laterais ou mesmo a duplicação da estrada, o seu compartilhamento representa uso estranho à sua serventia natural e, portanto, constitui uso especial do bem público.

É importante registrar que isso vale independentemente da utilização das faixas de domínio constituir ou não serviços de interesse público, pois o que importa é a destinação dada ao bem, conforme se depreende das lições de Antônio Carlos Cintra do Amaral: “O uso especial de um bem de uso comum do povo pode destinar-se a uma finalidade privada ou pública. Quando estaciono meu automóvel em uma via pública,

¹⁷ in Direito Administrativo Brasileiro, p. 530-531.

utilizando-me de uma faixa de estacionamento permitido, e pago uma remuneração a um órgão municipal, estou fazendo uso especial do bem público para fins privados. É meu interesse, privado, que busco atender. O mesmo ocorre quando instalo um quiosque para venda de flores em uma praça pública, pagando uma remuneração por esse uso. Quando uma concessionária de gás canalizado, energia elétrica ou telecomunicações utiliza a faixa de domínio de uma rodovia, está fazendo uso especial do bem público para fins públicos. É o interesse público que ela busca atender. Mas o fato de que o uso do bem público seja destinado ao exercício de uma função pública nada tem a ver com o tipo de uso que se faz. Ele continua a ser especial, e não comum.”¹⁸.

Para finalizar, José dos Santos Carvalho Filho dedica especial atenção ao uso compartilhado e assim transmite o seu entendimento acerca do tema: “Ainda a respeito do uso especial de bens públicos, têm sido suscitadas, vez ou outra, questões a respeito do denominado uso compartilhado – inclusive no que diz respeito à remuneração do usuário –, assim considerado aquele em que pessoas públicas ou privadas, prestadoras de serviços públicos, precisam utilizar-se de espaços integrantes de áreas de propriedade de pessoas diversas. É o caso, por exemplo, do uso de certas áreas para instalação de serviços de energia, de comunicações e de gás canalizado por meio de dutos normalmente implantados no subsolo. Quando se trata de serviços envolvendo pessoas públicas, o problema se resolve através de convênios. Mas quando o prestador de serviço é pessoa de direito privado, mesmo que incluída na administração pública descentralizada, são mais complexas as questões e as soluções. Como regra, porém, podem-se vislumbrar quatro hipóteses nesse caso:

¹⁸ Parecer apresentado à Associação Brasileira de Concessionários de Rodovias – ABCR na data de 31/01/2001, integrante da publicação “Rodovias. Uso da faixa de domínio por Concessionárias de Serviço Público.”.

1ª) uso de área integrante do domínio público: o uso depende de autorização do ente público sob cujo domínio se encontra o bem e, como regra, não há ensejo para remuneração pelo uso;

2ª) uso de área *non aedificandi*, pertencente a particular: como há, na hipótese, mera limitação administrativa, pode o prestador usá-la livremente e, como o uso não afeta o direito do proprietário, não tem esse direito à remuneração nem indenização, salvo, neste último caso, se o uso houver comprovadamente causado prejuízo para o proprietário; é o que ocorre em faixas reservadas de estradas e vias públicas, por exemplo;

3ª) uso de área privada, além da faixa *non aedificandi*: aqui o uso é regulado pelo direito privado e depende de autorização do proprietário, devendo a empresa prestadora do serviço negociar eventual remuneração ou firmar com ele pacto de cessão gratuita de uso;

4ª) uso de área pública sujeita à operação por pessoa privada em virtude de contrato de concessão ou permissão: o uso deve resultar de ajuste pluripessoal, envolvendo o concedente, o concessionário e o prestador do serviço, e, conquanto não haja regulação expressa para tais situações, é possível fixar-se remuneração pelo uso do solo ou do subsolo.”¹⁹.

III.5. Natureza jurídica da área *non aedificandi*.

Como anteriormente afirmado, faixa de domínio e área *non aedificandi* não são sinônimos, sendo a própria natureza jurídica de ambas distinta.

Pois bem. Enquanto as faixas de domínio das rodovias são bens públicos, adquiridos por meio do competente decreto

¹⁹ in Manual de Direito Administrativo, p. 1.268.

desapropriatório, como visto acima, a área *non aedificandi* constitui limitação administrativa aos proprietários de terrenos que margeiam as estradas de rodagem, com restrição ao uso da propriedade, a fim de tutelar o interesse público.

A limitação administrativa distingue-se da desapropriação: nesta, há transferência da propriedade individual para o domínio do expropriante, com integral indenização; naquela, há apenas restrição ao uso da propriedade imposta genericamente a todos os proprietários, sem qualquer indenização.

Assevere-se que na área *non aedificandi* o bem permanece no domínio do particular (bem particular), limitando-se tão somente a propriedade (frise-se, e não o direito à propriedade) de modo que não se torne uma barreira capaz de obstar a realização dos objetivos públicos.

Tal limitação consiste na proibição de construções a menos de quinze metros da rodovia.

Oportuno repisar que a doutrina diverge quanto ao conteúdo da limitação administrativa. Para Celso Antônio Bandeira de Mello será limitação se a propriedade é afetada por uma disposição genérica e abstrata e houver a imposição apenas de um dever de abstenção, um *non facere*, isto é, uma obrigação de não fazer (e justamente nesse ponto a limitação se difere da servidão administrativa, que impõe um *pati*, uma obrigação de suportar).

Já para Hely Lopes Meirelles a limitação administrativa não está adstrita a um *non facere*. Colha-se, “Limitação administrativa é toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública, condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social.”.

E continua, “As limitações administrativas são preceitos de ordem pública. Derivam, comumente, do poder de polícia inerente e indissociável da Administração e se exteriorizam em imposições unilaterais e imperativas, sob a tríplice modalidade positiva (fazer), negativa (não fazer) ou permissiva (deixar fazer). No primeiro caso, o particular fica obrigado a realizar o que a Administração lhe impõe; no segundo, deve abster-se do que lhe é vedado; no terceiro, deve permitir algo em sua propriedade.”.

E ainda bem delimita sua posição ao descrever que, “Além disso, para que sejam admissíveis as limitações administrativas sem indenização, como é de sua índole, hão de ser gerais, isto é, dirigidas a propriedades indeterminadas, mas determináveis no momento de sua aplicação. Para situações particulares que conflitem com o interesse público a solução será encontrada na servidão administrativa ou na desapropriação, mediante justa indenização, nunca na limitação administrativa, cuja característica é a gratuidade e a generalidade da medida protetora dos interesses da comunidade.”²⁰.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro segue a mesma linha, discorrendo que “Analisando-se as limitações administrativas à propriedade, verifica-se, inicialmente, que elas decorrem de normas gerais e abstratas, que se dirigem a propriedades indeterminadas, com o fim de satisfazer interesses coletivos abstratamente considerados (...)”. E mais, “Quanto ao conteúdo das limitações administrativas, no mais das vezes corresponde a uma obrigação de não fazer. Ocorre, no entanto, que, examinando-se os casos concretos, verifica-se que em muitos deles, embora haja obrigação negativa de não colocar em risco a segurança, a saúde, a tranquilidade pública, na realidade a obtenção desses fins depende de prestação positiva por parte do proprietário.”.

E finaliza, “As limitações podem, portanto, ser definidas como

²⁰ *in* Direito Administrativo Brasileiro, p. 638-639.

medidas de caráter geral, previstas em lei com fundamento no poder de polícia do Estado, gerando para os proprietários obrigações positivas ou negativas, com o fim de condicionar o exercício do direito de propriedade ao bem-estar social.”²¹.

Por fim, ainda que haja divergência doutrinária quanto à restrição ou não da limitação administrativa a um *non facere*, há unanimidade quanto à não indenização pelas limitações administrativas (exceto, como reconhecido por alguns Tribunais, na hipótese de culpa Administração, dentro da seara de responsabilidade do Estado por danos causados aos particulares).

Desse modo, a constituição da área *non aedificandi* nos terrenos que margeiam as estradas de rodagem não implica em indenização aos proprietários.

Por derradeiro, colha-se a acertada lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “Sendo medidas impostas pelo poder de polícia do Estado, com fundamento no princípio da supremacia do interesse público, não cabe ao particular qualquer medida, administrativa ou judicial, visando impedir a incidência da limitação sobre imóvel de sua propriedade; o Estado age imperativamente, na qualidade de Poder Público, e somente poderá sofrer obstáculos, quando a Administração aja com abuso de poder, extravasando os limites legais. Nesse caso, cabe ao particular, além de opor-se à limitação estatal, pleitear a indenização por prejuízos dela decorrentes.”²².

IV. Forma de aquisição da faixa de domínio.

Sendo a faixa de domínio rodoviária um bem público, cumpre indicar a forma de sua aquisição.

²¹ *in* Direito Administrativo, p. 131-132.

²² *in* Direito Administrativo, p. 132.

Os bens públicos são adquiridos pelas mesmas formas previstas no Direito Privado (*v.g.*, compra e venda etc.) e pelas formas específicas de Direito Público (*v.g.*, desapropriação etc.).

Como leciona Hely Lopes Meirelles, “O Estado, no desempenho normal de sua administração, adquire bens de toda espécie e os incorpora ao patrimônio público para a realização de seus fins. Essas aquisições ou são feitas contratualmente, pelos instrumentos comuns do Direito Privado, sob a forma de compra, permuta, doação, dação em pagamento, ou se realizam compulsoriamente, por desapropriação ou adjudicação em execução de sentença, ou, ainda, se efetivam por força da lei, na destinação de áreas públicas nos loteamentos e na concessão de domínio de terras devolutas.”²³.

Celso Antônio Bandeira de Mello define desapropriação “como o procedimento através do qual o Poder Público, fundado em necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, compulsoriamente despoja alguém de um bem certo, normalmente adquirindo-o para si, em caráter originário, mediante indenização prévia, justa e pagável em dinheiro, salvo no caso de certos imóveis urbanos ou rurais, em que, por estarem em desacordo com a função social legalmente caracterizada para eles, a indenização far-se-á em títulos da dívida pública, resgatáveis em parcelas anuais e sucessivas, preservado seu valor real.”²⁴.

O artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal prevê os requisitos ou condições que autorizam a desapropriação: necessidade pública, utilidade pública, ou interesse social, pagamento de prévia e justa indenização em dinheiro, no caso de desapropriação comum, ou em títulos especiais da dívida pública, no caso de desapropriação para política urbana ou reforma agrária (artigos 182 e 184, do mesmo diploma legal).

²³ *in* Direito Administrativo Brasileiro, p. 551.

²⁴ *in* Curso de Direito Administrativo, p. 865-866.

A declaração expropriatória (necessidade pública, utilidade pública²⁵ ou interesse social) precede a efetiva transferência do bem para o domínio do expropriante, que dar-se-á por via administrativa ou processo judicial.

A declaração de utilidade pública consubstancia a fase declaratória da desapropriação, que ainda contempla uma segunda fase, a denominada fase executória, atinente às providências concretas para efetivação da manifestação de vontade contida na declaração.

Celso Antônio Bandeira de Mello define declaração de utilidade pública como “é o ato através do qual o Poder Público manifesta sua intenção de adquirir compulsoriamente um bem determinado e o submete ao jugo de sua força expropriatória.”.

E continua, “Da declaração de utilidade pública devem constar: a) manifestação pública da vontade de submeter o bem à força expropriatória; b) fundamento legal em que se embasa o poder expropriante; c) destinação específica a ser dada ao bem; d) identificação do bem a ser expropriado. São efeitos da declaração de utilidade pública: a) submeter o bem à força expropriatória do Estado; b) fixar o estado do bem, isto é, de suas condições, melhoramentos, benfeitorias existentes; c) conferir ao Poder Público o direito de penetrar no bem a fim de fazer verificações e medições, desde que as autoridades administrativas atuem com moderação e sem excesso de poder; d) dar início ao prazo de caducidade da declaração.”²⁶.

²⁵ Os casos de necessidade pública e de utilidade pública foram todos absorvidos pelo artigo 5º do Decreto-lei nº. 3.365 sob a denominação de utilidade pública. São hipóteses de desapropriação por utilidade pública, por exemplo, a exploração e conservação de serviços públicos, a abertura, conservação ou melhoramento de vias ou de logradouros públicos, entre outros.

²⁶ *in* Curso de Direito Administrativo, p. 878-879.

Hely Lopes Meirelles sintetiza “A declaração de utilidade pública ou de interesse social pode atingir qualquer bem necessário ou conveniente ao serviço público ou à coletividade; pode recair sobre o patrimônio material ou imaterial; pode abranger direitos e ações; pode incidir sobre a propriedade particular ou pública, com a só exigência de que, neste último caso, o poder expropriante seja de nível superior ao da Administração expropriada e esteja munido de prévia autorização legislativa para expedir o ato expropriatório. (...)”²⁷.

Por outro lado, em sendo a desapropriação forma originária de aquisição de propriedade significa que ela basta, por si mesma, para instaurar a propriedade em favor do Poder Público. É a vontade do Poder Público, em favor de um interesse público, e o pagamento do preço que constituem sua propriedade sobre o bem expropriado, livre de quaisquer gravames reais que sobre ele pudessem incidir.

Oportuno salientar que com a desapropriação o bem expropriado deixa a propriedade individual e ingressa no domínio do expropriante (quais sejam, pessoas de Direito Público, ou pessoas de Direito Privado delegadas ou concessionárias de serviço público, ou, excepcionalmente, pessoas de Direito Privado que não reúna tais caracteres, mas que desempenhem atividade considerada de interesse público).

Quando o Poder Público decide abrir determinado espaço para a construção de uma rodovia – patente o interesse público –, o faz por desapropriação, mediante a publicação de um decreto de utilidade pública, que declarará aquele trecho como sendo de utilidade pública e no qual estará prevista, inclusive, a largura da faixa de domínio (os limites da faixa de domínio têm sua configuração variada de acordo com cada rodovia e podem variar de 130 a 40 metros).

²⁷ *in* Direito Administrativo Brasileiro, p. 618.

Tem-se, portanto, que o competente decreto de utilidade pública conterà a desapropriação de área concernente à rodovia, nela incluída a respectiva faixa de domínio.

Dessa forma, a faixa de domínio rodoviária é bem público de uso comum adquirido pela forma de desapropriação.

V. Anuência para utilização da faixa de domínio rodoviário pelas concessionárias de serviço público.

O uso especial de um bem de uso comum do povo pode ser objeto de concessão, permissão ou autorização. No caso ora em estudo, a doutrina entende que o instrumento adequado é a permissão, a fim de que, sobretudo, não haja prejudicialidade ao uso comum da rodovia pelos que nela trafegam.

Seguindo o ensinamento de Hely Lopes Meirelles, a concessão de uso de bem público é outorgada a particular para que ele o explore “segundo sua destinação específica”, enquanto a autorização de uso visa “apenas a atividades transitórias e irrelevantes para o Poder Público”. Já a permissão de uso, “é o ato negocial, unilateral, discricionário e precário através do qual a Administração faculta ao particular a utilização individual de determinado bem público. Como ato negocial, pode ser com ou sem condições, gratuito ou remunerado, por tempo certo ou indeterminado, conforme estabelecido no termo próprio, mas sempre modificável e revogável unilateralmente pela Administração, quando o interesse público o exigir, dados sua natureza precária e o poder discricionário do permitente para consentir e retirar o uso especial do bem público.”²⁸.

²⁸ in Direito Administrativo Brasileiro, p. 532-534.

Conforme lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, uma das hipóteses de uso especial de bem de uso comum dá-se: “Quando o uso do bem, comportado em suas destinações secundárias, compatível, portanto, com sua destinação principal e até mesmo propiciando uma serventia para a coletividade, implicar ocupação de parte dele com caráter de exclusividade em relação ao uso propiciado pela sobredita ocupação. É o caso dos quiosques para venda de cigarros ou refrigerantes, de bancas de jornais ou de utilização de calçadas para colocação de mesinhas diante de bares ou restaurantes. Nestas hipóteses a sobredita utilização depende de permissão de uso de bem público.”.

O autor conceitua permissão de uso de bem público como “o ato unilateral, precário e discricionário quanto à decisão de outorga, pelo qual se faculta a alguém o uso de um bem público. Sempre que possível, será outorgada mediante licitação ou, no mínimo, com obediência a procedimento em que se assegure tratamento isonômico aos administrados (como, por exemplo, outorga na conformidade de ordem de inscrição). Foi dito ‘sempre que possível’, pois, em certos casos, evidentemente, não haveria como efetua-la. Sirva de exemplo a já mencionada hipótese de solicitação, feita por quem explore bar ou restaurante, para instalar mesinhas na calçada lindeira ao estabelecimento.”²⁹.

Ainda que a doutrina indique que a anuência para utilização compartilhada da faixa de domínio rodoviária ocorre por permissão de uso, oportuno consignar que, na prática, por inúmeras vezes, tal anuência é indicada como autorização de uso, *v.g.*, Regulamento para Autorização de Uso da Faixa de Domínio de Estradas e Rodovias integrantes da malha rodoviária, editado pelo DER – Departamento de Estradas de Rodagem – para implantação e utilização de dispositivos destinados a serviços de terceiros, públicos ou particulares.

²⁹ *in* Curso de Direito Administrativo, p. 939.

Acerca dessas disparidades, oportuno colacionar José dos Santos Carvalho Filho, que considera prejudicada, inócua e imprecisa, a clássica distinção entre permissão e autorização, de modo que sugere a uniformização de ambos atos sob um único rótulo “(...) a começar pelo significado dos termos, já que quem autoriza é porque permite, sendo verdadeira a recíproca. Ambos são atos administrativos, em regra discricionários e precários, como vimos, revestem-se da mesma fisionomia jurídica e se sujeitam aos mesmos efeitos jurídicos quanto à outorga, eficácia e revogação. A questão do interesse predominante – se público ou privado – nem sempre é suficientemente clara e, ao que temos visto, tem dado ensejo a distorções quanto à configuração do ato.”³⁰.

Não é o rótulo que define o conteúdo, mas notadamente tal anuência deve ser marcada pela precariedade, de modo a não prejudicar a finalidade precípua da rodovia e da inclusa faixa de domínio rodoviária.

Frise-se: o uso especial das faixas de domínio das rodovias é outorgado a título precário, até mesmo pela natureza dos institutos da permissão e da autorização de uso dos bens públicos, que não comportam qualquer interpretação no sentido da perpetuidade do uso especial, e mais, o qual pode ser revogado, a qualquer tempo, por conveniência da Administração, sem qualquer indenização à parte interessada³¹.

Não deve existir, pois, qualquer óbice para que o Poder Público revogue o ato que autorizou o uso especial do bem público, dado que este foi outorgado a título precário (a fim, sobretudo, de que o uso especial não prejudique o uso comum da rodovia pelos que nela trafegam),

³⁰ *in* Manual de Direito Administrativo, p. 1.277-1.278.

³¹ Outra não é a orientação do Departamento de Estradas de Rodagem de São Paulo – DER, editada no Regulamento para Autorização de Uso da Faixa de Domínio de Estradas e Rodovias integrantes da malha rodoviária: “O Termo de Autorização de Uso é conferido com prazo indeterminado, a título precário e sem direito à exclusividade, a todos os autorizados na forma deste Regulamento, podendo o mesmo ser cancelado por inadimplência do Interessado no pagamento das anuidades devidas.”.

podendo haver a retomada do bem a qualquer momento para utilização segundo a sua destinação precípua.

Por fim, vale ressaltar que a permissão deve ser outorgada pelo Poder Concedente, e independe de licitação, nos termos do artigo 25, *caput*, da Lei nº. 8.666/93, pela evidente inviabilidade de competição.

VI. Dever-poder da prestação de serviço público pelas concessionárias de serviço público (e não da utilização da faixa de domínio rodoviária).

Antes de adentrarmos no dever-poder da prestação de serviço público pelas concessionárias, cumpre brevemente discorrer acerca do interesse público.

O interesse público não se caracteriza por sua contraposição ao interesse particular e nem significa todo e qualquer interesse do Estado (e demais pessoas de Direito Público).

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua interesse público como “o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.”³².

Reconhecendo-se que o interesse público corresponde ao plexo de interesses dos indivíduos enquanto partícipes da Sociedade, e, por outro lado, considerando que o Estado pode ter interesses que lhe são particulares, individuais, alcança-se a distinção havida entre os denominados interesses públicos primários do Estado (ou seja, interesses públicos propriamente ditos) e interesses públicos secundários (isto é,

³² *in* Curso de Direito Administrativo, p. 61.

interesses individuais do Estado, enquanto tal como os demais particulares).

Pois bem, os contratos administrativos em geral, e especialmente os de concessão de serviço público, têm por finalidade o interesse público primário.

Assim, sendo esse o interesse preponderante nos contratos administrativos, está como acima dos interesses das partes contratantes – quer do interesse da Administração (interesse público secundário), quer do interesse da contratada (interesse privado), de modo a considerar esses dois últimos como secundários em face do interesse público primário.

Ademais, sendo a finalidade primordial do contrato de concessão de serviço público o atendimento do interesse público primário, a concessionária tem o dever-poder de prestar o serviço a ela concedido – prestação essa que se caracteriza como função pública.

Impende ponderar que não há uma hierarquia entre os vários interesses primários envolvidos, ou seja, o interesse dos usuários de gás canalizado, energia elétrica ou telecomunicações, por exemplo, não merece, no ordenamento jurídico, uma proteção maior ou menor daquela dos usuários de rodovias, e vice-versa.

Pode-se afirmar, porém, que todo serviço público admite usos de maior ou menor relevância. O telefone, por exemplo, pode ser utilizado para concluir uma importante negociação empresarial, ou pedir auxílio à polícia, como pode servir para conversas banais, sobre assuntos irrelevantes. A energia elétrica tanto pode ser usada para fazer funcionar uma fábrica, quanto para permitir um inofensivo jogo de videogame. Assim ocorre, igualmente, com as rodovias, que pode ser utilizada para viagens de lazer de finais de semanas, como também para transporte de

carga, quanto, então, exerce uma função relevante para a economia regional ou nacional.

Não há como diferenciar ou hierarquizar os interesses primários envolvidos, mas tão somente correto afirmar, como já anteriormente dito, que o interesse público primário ocupa uma posição de supremacia ante o interesse público secundário (do Poder Concedente) e o interesse privado (também secundário, da concessionária).

Outrossim, considerando que a utilização das faixas de domínio não é indispensável para que as concessionárias de gás canalizado, energia elétrica e telecomunicações etc. prestem serviço adequado aos usuários dos serviços a elas concedidos – já que têm elas alternativas igualmente eficazes para instalar sua infraestrutura, v.g., mediante servidão na área *non aedificandi* – a noção de poder-dever para a utilização das faixas de domínio fica plenamente rechaçada.

Conclui-se, portanto, que não há poder-dever das concessionárias à utilização das faixas de domínio (até porque tal utilização não é imprescindível para que as concessionárias prestem adequadamente seus serviços aos usuários dos serviços a elas concedidos), mas há sim, por outro lado, o dever-poder de prestar serviço adequado aos respectivos usuários, o que alcança, também, as concessionárias de rodovias.

VII. Compartilhamento obrigatório das faixas de domínio rodoviárias pelas concessionárias de serviço público.

A despeito do surgimento de controvérsias a respeito do uso compartilhado da faixa de domínio rodoviária pelas concessionárias de serviço público, cumpre desde logo fixar que, ainda que não haja norma legal que assegure essa utilização, ainda que não haja o poder-dever de

utilização das faixas de domínio e quiçá de compartilhamento pelas concessionárias, e, ainda, que não há uma hierarquia entre os vários interesses primários envolvidos, entende-se tal uso compartilhado como obrigatório, com exceção para os casos em que há impedimento técnico para tanto e desde que não haja óbice para a utilização do bem aos seus fins precípuos.

Com efeito, o dever de compartilhamento compulsório decorre da necessidade ao atendimento ao interesse público, “seja porque, evita a multiplicação de esforços e de gastos para atender a objetivos semelhantes, seja porque reduz os ônus financeiros, vindo em benefício do próprio consumidor, para quem são repassados os custos das empresas prestadoras de serviços públicos comerciais e industriais do Estado (como telecomunicações e energia elétrica) e atividade econômicas de interesse público (como é o caso da exploração do petróleo).”³³.

A obrigação de compartilhamento derivou da Teoria das Instalações Essenciais (*essential facility doctrine*). Para melhor elucidação dessa teoria, cumpre transcrever as lições de Calixto Salomão Filho³⁴:

“A *essential facility doctrine* foi desenvolvida para aquelas situações identificadas pela doutrina econômica como de monopólio natural, em que há um bem (geralmente um rede) de tal importância que é impossível minimamente competir sem que exista acesso a esse bem.

Como originariamente elaborada, contém quatro requisitos de aplicação. Em primeiro lugar, é preciso que exista controle de um bem fundamental para a concorrência. Também deve haver impossibilidade prática e/ou econômica de duplicação do referido bem (e aqui entram as considerações – sobretudo econômicas – relativas aos monopólios naturais). Terceiro requisito óbvio é o da negativa de uso do bem fundamental. Finalmente, é preciso que haja possibilidade física e técnica de fornecer a interconexão.

(...)

³³ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *in* Parcerias na Administração Pública, p. 421.

³⁴ *in* Regulação da Atividade Econômica, p. 53-56.

É necessária, portanto, uma intervenção regulamentar ativa, que garanta iguais condições de uso da rede. Evidentemente, a melhor solução seria a rede entendida como um bem público, à qual todos têm livre acesso. Só assim seria possível dar às redes a importância que merecem.

Quando isso não ocorre, geralmente por razões ligadas ao interesse em maximizar os resultados econômicos obtidos com as privatizações (o que é claramente uma excrescência), a solução tem de ser a elaboração e aplicação ativa de um princípio geral de amplo acesso.”.

Tem-se que o compartilhamento de infraestrutura deve se dar não só entre empresas do mesmo setor, como também entre empresas prestadoras de serviços de natureza diversa, como telecomunicações, energia elétrica e petróleo.

Sobre esse aspecto, a partir do que dispõe o artigo 73, da Lei Geral de Telecomunicações³⁵, podemos alcançar que o sujeito ativo do direito é aquele que presta serviço de interesse coletivo, independentemente do regime jurídico ser público ou privado, de acordo com as lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Como o art. 73, ao assegurar o direito de uso, faz referência às ‘prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo’, sem definir o regime jurídico da prestação, é evidente que beneficiou todas as que atuem no interesse coletivo, seja em regime público (concessão ou permissão), seja em regime privado (autorização). Portanto, o titular do direito de uso é apenas a empresa que presta serviço de interesse coletivo. (...)”³⁶.

Já os sujeitos passivos do direito de compartilhamento são os prestadores de serviços de telecomunicações, e os prestadores de “outros

³⁵ Essa referência não é aceita por Antônio Carlos Cintra do Amaral, que assim entende: “Parece-me claro que esse dispositivo não se aplica às faixas de domínio em rodovias concedidas. Estas integram a rodovia, constituindo, o conjunto, um bem de uso comum do povo. Não se caracterizam elas como ‘postes’, ‘dutos’ ou ‘condutos’, nem são passíveis de constituição de ‘servidões’.” *in* Parecer apresentado à Associação Brasileira de Concessionários de Rodovias – ABCR na data de 31/01/2001, integrante da publicação “Rodovias. Uso da faixa de domínio por Concessionárias de Serviço Público.”.

³⁶ *in* Parcerias na Administração Pública, p. 422.

serviços de interesse públicos”, conforme leciona a autora: “Vale dizer que os sujeitos passivos do direito de uso previsto no art. 73 são tanto as prestadoras de serviços de telecomunicações, quanto as prestadoras de outros serviços públicos (como os de energia elétrica), e as prestadoras de atividades econômicas de interesse coletivo, atribuídas ao Estado, como é o caso das atividades previstas no art. 177 da Constituição.”³⁷.

O artigo 73, da Lei Geral de Telecomunicações ao garantir às prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo o direito de uso da infraestrutura impõe às demais prestadoras de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público o dever de permitir o uso compartilhado do bem, com exceção dos casos em que há inviabilidade técnica, conforme sintetiza a autora: “(...)Trata-se de obrigação imposta compulsoriamente a todas as empresas que prestem serviços públicos ou de interesse público, mesmo que não sejam serviços de telecomunicações, abrangendo inclusive concessionárias de serviços estaduais e municipais. Desde que os equipamentos e as servidões anteriormente instituídas admitam, tecnicamente, o uso compartilhado, não cabe à empresa impedir que o direito de uso seja exercido.”³⁸.

As lições de Alexandre Santos Aragão também são nessa linha, de que o direito ao compartilhamento de infraestrutura se opera não só em favor de prestadores de serviço público: “O direito de acesso a infraestrutura em razão da Teoria das Instalações Essenciais existe em favor de qualquer atividade, seja ela serviço público ou atividade econômica *stricto sensu* privada (por exemplo, em favor de consumidores independentes de energia elétrica, de prestadoras de serviços de telecomunicações em regime privado etc.), ao passo que a servidão

³⁷ *in* Parcerias na Administração Pública, p. 423.

³⁸ *in* Parcerias na Administração Pública, p. 426.

administrativa só pode ser instituída para favorecer a prestação de serviços públicos.”³⁹.

Oportuno ainda mencionar o entendimento de Calixto Salomão Filho, sobre o tema: “O Direito Brasileiro contém princípio geral nesse sentido, constante do art. 73 da Lei Geral de Telecomunicações, segundo o qual qualquer prestador de serviço de interesse coletivo tem o direito de utilizar a infra-estrutura de outros prestadores de serviços de interesse público, de telecomunicações ou não, para construir suas redes, a preços e condições justos e razoáveis. Qualquer prestador de serviço de telecomunicações de interesse coletivo tem, portanto, o direito de exigir de qualquer empresa que explore serviços de interesse público – não só de telecomunicações, mas também energia elétrica, gás e petróleo, e rodoviário, por exemplo – que permita a instalação de redes e de equipamentos de telecomunicações em postes, dutos, condutos, e servidões desses últimos.”⁴⁰.

De tal modo, se o direito de compartilhamento de infraestrutura se dá até mesmo entre empresas não prestadoras de serviços públicos, não se pode admitir que uma empresa prestadora de serviço público, no caso uma concessionária de rodovias, impeça, com fundamento na natureza dos serviços prestados, a utilização compartilhada de sua faixa de domínio por outras concessionárias de serviço público (*v.g.*, energia elétrica, telefonia, transmissão de dados).

O compartilhamento de infraestrutura é obrigatório, podendo a empresa detentora da infraestrutura somente recusá-lo quando não houver capacidade excedente disponível para a utilização ou houver razões de ordem técnica contrárias ao compartilhamento.

³⁹ *in* Direito dos Serviços Públicos, p. 470.

⁴⁰ *in* Regulação da Atividade Econômica, p.65.

O §3º do artigo 11 da Resolução Conjunta nº. 1, de 24/11/1999, para compartilhamento de infraestrutura entre os setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo é expresso nesse sentido:

“O compartilhamento só poderá ser negado por razões de limitação na capacidade, segurança, estabilidade, confiabilidade, violação de requisitos de engenharia ou de cláusulas e condições emanadas do Poder Concedente.”

Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, “não podem as entidades estaduais ou municipais, ou seus concessionários, impedir a execução de serviço público federal, mesmo que delegado por concessão, negando-se a admitir a instalação de dutos, postes, fiação e qualquer outro equipamento urbano desse gênero. Semelhante resistência ofenderia o princípio da eficiência do serviço público, hoje contemplado no art. 37, *caput*, da Constituição.”⁴¹.

Assim, a concessionária está obrigada a compartilhar a faixa de domínio das rodovias sob sua concessão, com exceção dos casos em que comprove a inexistência de capacidade excedente disponível para a utilização ou razões de ordem técnica contrárias ao compartilhamento.

Essa utilização compartilhada, outrossim, deve objetivar uma atuação harmônica entre as concessionárias, pautada inclusive na razoabilidade e proporcionalidade, com o objetivo de melhor atender aos interesses respectivos, no exercício do dever-poder que todas elas têm de prestar serviço adequado.

⁴¹ *in* Manual de Direito Administrativo, p.1.269-1.270.

VIII. Conclusão.

Por todo o exposto, conclui-se que:

- a) As rodovias e suas respectivas faixas de domínio são bens públicos de uso comum do povo, adquiridas por meio de desapropriação, precedida do competente decreto de utilidade pública.
- b) A utilização de bens de uso comum do povo pode corresponder a um uso comum ou especial.
- c) Quando uma concessionária de gás canalizado, energia elétrica, telecomunicações etc. utiliza faixa de domínio em rodovias, faz em uso especial (uso especial do bem de uso comum), dependendo, portanto, da anuência do Poder Público.
- d) Essa anuência do Poder Público, para tal utilização, deve ser formalizada mediante permissão de uso.
- e) A área *non aedificandi* não se confunde com a faixa de domínio, traduzindo-se em verdadeira limitação administrativa ao bem particular.
- h) Tanto as concessionárias de gás canalizado, energia elétrica, telecomunicações etc., quanto as concessionárias de rodovias, têm o dever-poder de prestar os serviços públicos a elas concedidos.
- i) Não existe diferenciação, muito menos hierarquia, entre serviços públicos, na medida em que todos eles são essenciais, não se podendo fazer distinção entre os interesses públicos primários que se busca atender. Consequentemente, há a obrigatoriedade do compartilhamento de infraestrutura nas faixas de domínio rodoviárias.
- j) A questão da utilização, por outras concessionárias, de faixas de domínio em rodovias concedidas exige, para sua solução, uma atuação harmônica entre as várias concessionárias envolvidas, com o objetivo de melhor atender aos interesses dos respectivos usuários, no exercício do dever-poder que todas elas têm de prestar serviço adequado.

Bibliografia.

ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª edição. São Paulo. Editora Malheiros. 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23ª edição. São Paulo. Editora Lumen Juris. 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª edição. São Paulo. Editora Atlas. 2009.

_____. *Parcerias na Administração Pública*. 7ª Edição. Editora Atlas. São Paulo. 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes (atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho). *Direito Administrativo Brasileiro*. 35ª edição. São Paulo. Editora Malheiros. 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens Públicos. Função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Editora Fórum. Belo Horizonte. 2009.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica*. Editora Malheiros. São Paulo. 2000.

“Rodovias. Uso da faixa de domínio por Concessionárias de Serviço Público”. Decisões e Pareceres Jurídicos. Associação Brasileira de Concessionários de Rodovias – ABCR. 2005.

Consulta aos sítios eletrônicos do Departamento de Estradas de Rodagem – DER; Departamento Nacional de InfraEstrutura de Transportes – DNIT; ARTESP; e Ecovias.