

## VOTO - VISTA

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEI ESTADUAL 12.238/2005 E DECRETO 43.787/2005 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. IMPOSIÇÃO DE PREÇO PÚBLICO PARA A UTILIZAÇÃO DAS FAIXAS DE DOMÍNIO E DAS ÁREAS ADJACENTES ÀS RODOVIAS ESTADUAIS OU FEDERAIS DELEGADAS AO ESTADO POR PARTE DAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO. ALEGAÇÃO DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO PARA TRATAR DE ENERGIA ELÉTRICA. AÇÃO CONHECIDA E JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.**

1. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, na gestão racional e eficiente do seu patrimônio, podem exigir pagamento do particular para a exploração dos seus bens, seja porque compete aos entes federativos a tutela do patrimônio público (artigo 23, I, da CRFB), seja porque a autonomia de que gozam inclui a prerrogativa de administrar e dispor sobre os seus respectivos bens.

2. O exame da constitucionalidade da instituição de preço público sobre o uso de um bem público, todavia, deve ser *casuístico*, porquanto a gestão do patrimônio de um ente federativo não pode impor restrições indevidas sobre as competências de outro, nem afetar de forma irrazoável os valores constitucionais contrapostos.

3. O artigo 22, IV, da Constituição Federal dispõe que a União detém competência legislativa privativa em matéria de energia. Compete igualmente à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos

curtos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais energéticos (artigo 21, XII, b, da CRFB).

4. A distribuição de energia elétrica, que tem características de monopólio natural, é serviço público de competência da União cuja prestação depende da implantação e acesso às redes linhas, cabos e torres de distribuição.

5. As redes de infraestrutura e o acesso às *essencial facilities* necessárias à distribuição de energia elétrica, conseqüentemente, são alvo da normatização setorial e da disciplina dos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica, mercê de serem intrínseca e inequivocamente relacionadas ao objeto essencial daquele serviço público federal.

6. A imposição de custos adicionais aos distribuidores de energia elétrica, consubstanciada no pagamento pelo uso das faixas de domínio de rodovias estaduais, sob o prisma pragmático-consequencialista, pode ter efeitos sistêmicos adversos, impactando os custos do serviço, o atendimento aos usuários, as metas de universalização e a adequação do serviço público a nível nacional.

7. *In casu*, aplicando-se como critério de divisão de competências constitucionais o paradigma da *predominância de interesses*, a conclusão é pela prevalência da competência privativa da União, motivo pelo qual se tem por recepcionada a norma contida no Decreto Federal 84.398/1980, que veda a cobrança pelo uso das faixas de domínio de rodovias direcionada às concessionárias de energia elétrica. Conseqüentemente, não há espaços de discricionariedade normativa para que Estados e Municípios imponham preço público pelo uso de seus bens públicos de uso comum para a implantação de infraestrutura necessária à distribuição de energia elétrica.

8. Ação julgada **parcialmente procedente** para: a) atribuir interpretação conforme à Constituição à Lei 12.238/2005 e ao Decreto 43.787/2005 do Rio Grande do Sul, excluindo da incidência de ambos os diplomas as concessionárias de serviço público de energia elétrica; e b) declarar a inconstitucionalidade da expressão "de energia" contida no inc. IV do art. 6º e da tarifa básica prevista no tipo II do item 1 do anexo I do mencionado decreto.

**O Senhor Ministro Luiz Fux:** Cuida-se de ação direta proposta em face da Lei estadual 12.238/2005, do Estado do Rio Grande do Sul e do respectivo decreto regulamentador, de nº 43.787/2005, que dispõem sobre a exploração da utilização e da comercialização, a título oneroso, das faixas de domínio e das áreas adjacentes às rodovias estaduais e federais delegadas ao estado, por empresas concessionárias de serviço público ou privadas, e por particulares.

Eis o teor dos dispositivos impugnados, *in verbis* :

**Art. 1º** Fica o Poder Executivo autorizado a explorar a utilização e a comercializar, a título oneroso, as faixas de domínio e as áreas adjacentes às rodovias estaduais ou federais delegadas ao Estado, pavimentadas ou não, por empresas concessionárias de serviço público ou privadas, e por particulares.

§ 1º - VETADO.

§ 2º - Compete à Secretaria dos Transportes, por intermédio do Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem - DAER/RS -, coordenar, fiscalizar e supervisionar a utilização, a exploração e a comercialização de que trata o "caput" deste artigo.

(...) **Art. 4º** A exploração da utilização das áreas referidas no artigo 1º desta Lei será sempre a título oneroso, com previsão de penalidade e multa para os casos de infração dos dispositivos, observados os critérios fixados em regulamento próprio.

Parágrafo único - A autorização, a permissão ou a concessão de uso da faixa de domínio e áreas não edificantes será sempre efetivada em caráter discricionário, precário e oneroso, por tempo certo ou indeterminado, obrigando seus proprietários ou responsáveis a observar o, disposto nesta Lei e regulamento próprio, bem como os

*termos do instrumento de contrato, incluindo responsabilidade civil e criminal decorrentes de danos ou prejuízos causados a terceiros, ao patrimônio público ou ao meio ambiente.*

A Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica – ABRADDEE, requerente, argumenta, em síntese, que, ao determinar a cobrança de preço público para o uso das faixas de domínio de rodovias, a Lei impugnada infringe o princípio federativo e as competências privativas da União em matéria de energia elétrica. São tidos por violados os seguintes dispositivos constitucionais:

*“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)”*

*“Art. 21. Compete à União:*

*(...)*

*XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:*

*(...)*

*b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;”*

*“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:*

*(...)*

*IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;”*

Afirma ser “ *da essência dos serviços públicos de distribuição de energia elétrica a existência de fios, postes e outras instalações* ”, de modo que “ *[a] cobrança pelo uso de domínio público para passagem ou instalação desses equipamentos tornaria inviável a prestação dos serviços pelas concessionárias, ante os elevados custos resultantes* ”.

Ressalta que “ *[n]o exercício de suas competências constitucionais, a União editou um conjunto legislativo tratando do tema da energia elétrica (...). Dentre essas normas especiais figura o antigo Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 1934), que tem força de lei. Sob a vigência da Constituição de 1967/69 foi editado o Decreto nº 84.398/80, alterado pelo Decreto nº 86.859/82. Os arts. 1º e 2º do Decreto, retrotranscritos, regulamentaram o art. 151 do Código de Águas (...) e garantiram de forma expressa às concessionárias de energia elétrica a ocupação gratuita de faixas*

*de domínio de rodovias, ferrovias e de terrenos de domínio público por suas libas de transmissão, subtransmissão e distribuição de energia elétrica, sujeita apenas a autorização, por prazo indeterminado, do órgão público federal, estadual ou municipal competente”.*

Em sentido contrário, a Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias – ABCR, admitida no feito como *amicus curiae*, sustenta a constitucionalidade da norma impugnada, por considerar que “ [a]lém de constituir enriquecimento sem causa em favor das empresas distribuidoras de energia elétrica, que, em sua maioria, têm natureza privada, o uso das faixas de domínio deixaria sem compensação os encargos administrativos e econômicos acarretados às entidades responsáveis pela gestão do bem público em questão, tais como os que decorrem da análise e fiscalização da execução dos projetos de instalação de redes e manutenção da infraestrutura, assim como, no caso das rodovias concedidas, deixaria de gerar recursos que, nos termos do art. 11 da Lei nº 8.987/95, reverterem em prol da modicidade tarifária ” (doc. 14, fl. 4).

Agrega que “ [n]o âmbito de sua competência legislativa residual (CF, art. 25, §1º), incumbe aos Estados a edição de normas sobre as rodovias estaduais (...) ” e “ ao isentar as concessionárias de energia elétrica do pagamento pelo uso das faixas de domínio das rodovias estaduais, o decreto federal n. 4.398/80 evidentemente violou o princípio federativo, em notório desrespeito aos arts. 1º, 18 e 22 da Constituição Federal ”.

A mesa da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, em suas informações, suscitou (i) a ilegitimidade ativa da requerente; (ii) o não conhecimento da ação no que toca ao decreto regulamentar; (iii) a inoportunidade de invasão da competência legislativa da União, tendo em vista a norma tratar do regime jurídico dos bens estaduais e remuneração pelo uso de bens públicos, e não de matéria afeta à energia elétrica; (iv) a existência de precedentes do Tribunal de Contas da União no sentido da possibilidade de cobrança de concessionárias pela utilização de faixa de domínio.

A Procuradoria-Geral da República exarou parecer pela procedência parcial do pedido, em manifestação assim ementada:

*“ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DISPOSITIVOS DE LEI DO RIO GRANDE DO SUL E DO DECRETO QUE A REGULAMENTA. UTILIZAÇÃO, A TÍTULO ONEROSO, POR EMPRESAS QUE PRESTAM SERVIÇO PÚBLICO MEDIANTE DELEGAÇÃO, DAS FAIXAS DE DOMÍNIO E DAS ÁREAS ADJACENTES ÀS RODOVIAS ESTADUAIS OU FEDERAIS DELEGADAS AO ESTADO. INTERPRETAÇÃO QUE SUJEITA AS EMPRESAS DELEGATÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL AOS COMANDOS DAS NORMAS ESTADUAIS QUESTIONADAS. EXEGESE OFENSIVA À COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA O TRATO DA MATÉRIA E AO PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO. PARECER PELA PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO”.*

A Advocacia-Geral da União, a seu turno, defendeu a constitucionalidade da norma objeto de controle, ao argumento de que *“ a possibilidade de exploração onerosa de bens públicos é decorrência do domínio estatal que sobre eles incide, aliado ao uso especial desfrutado por empresas concessionárias de serviço público que, desenvolvendo atividade lucrativa e se utilizando de terrenos de uso comum para deles fazerem uso especial, ficam obrigadas a retribuir ante o proveito pessoal que deles retiram”.*

Na sessão de 4/12/2019, a Ministra Relatora Cármen Lúcia votou pela parcial procedência da presente ação direta para *“a ) atribuir interpretação conforme à Constituição da República à Lei n. 12.238/2005 e ao Decreto n. 43.787/2005 do Rio Grande do Sul, excluindo da incidência de ambos os diplomas as concessionárias de serviço público de energia elétrica e b) declarar a inconstitucionalidade da expressão de energia contida no inc. IV do art. 6º e da tarifa básica prevista no tipo II do item 1 do anexo I do mencionado decreto”.*

Após os votos dos Ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin e Rosa Weber, que acompanhavam a relatora, pedi vista dos autos para melhor análise da questão.

É o breve relato.

A discussão que se coloca perante a Corte diz respeito à possibilidade de que o Estado-membro estipule *preço público* pelo uso de bens públicos estaduais por concessionárias de energia elétrica.

Noutro termos, trata-se de saber se é constitucional que o Estado-membro exija das concessionárias de distribuição de energia elétrica – cuja titularidade é *federal*, portanto – pagamento pela utilização das faixas de domínio das rodovias estaduais para a passagem de linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica.

Destaco, inicialmente, que a matéria ora debatida não se confunde com o entendimento, já assentado neste STF, a respeito da impossibilidade de cobrança de taxa em situações análogas.

Naquela ocasião, ao julgar o RE 581947, Relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, o Plenário desta Corte assentou a tese de que “[é] *inconstitucional a cobrança de taxa, espécie tributária, pelo uso de espaços públicos dos municípios por concessionárias prestadoras do serviço público de fornecimento de energia elétrica*”.

Em sede de embargos de declaração naquele RE, em que atuei como relator, ficou esclarecido que o tema analisado ficara adstrito à análise da constitucionalidade da cobrança de taxa para a retribuição pelo uso do espaço público por concessionárias fornecedoras do serviço público de energia elétrica. Eis a respectiva ementa:

*“ Ementa: 1) Embargos de Declaração. Repercussão Geral. Cobrança de taxa pelo uso de bens municipais. Delimitação da controvérsia jurídica. 2) In casu, todo o litígio travado nos autos gravitou em torno da lei do município de Ji-Paraná que instituiu a cobrança de taxa pelo uso do solo e subsolo. 3) Embargos de Declaração conhecidos e providos, sem efeitos infringentes, para esclarecer que o decisum dispõe sobre a impossibilidade de cobrança de taxa, espécie de tributo, pelos municípios em razão do uso do espaço público municipal. ” (RE 581947-ED, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2013, acórdão eletrônico DJe 19/3 /2014).*

Assim, permanece em aberto a problemática da cobrança de preço público pelo uso dos bens públicos.

Nesse particular, convém lembrar o teor da Súmula 545 do STF, que dispõe: “ *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* ”. Igualmente indicativo da natureza jurídica distinta dos dois institutos é o RE 89876, em que foi relator o Min. Moreira Alves:

*“Tarifa Básica de Limpeza Urbana. - Em face das restrições constitucionais a que se sujeita a instituição de taxa não pode o Poder Público estabelecer, a seu arbítrio, que à prestação de serviço público específico e divisível corresponde contrapartida sob a forma, indiferentemente, de taxa ou de preço público. - Sendo compulsória a utilização do serviço público de remoção de lixo - o que resulta, inclusive, de sua disciplina como serviço essencial à saúde pública -, a tarifa de lixo instituída pelo Decreto nº 295, de 12 de novembro de 1975, do poder Executivo do Município do Rio de Janeiro, é, em verdade, taxa. - Inconstitucionalidade do referido decreto, uma vez que taxa está sujeita ao princípio constitucional da reserva legal. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE 89876, Relator Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 4/9/1980, DJ 10/10/1980 )*

O tema de fundo destes autos, assim, não foi examinado pelo Plenário desta Casa, de modo que o seu enfrentamento é não apenas oportuno como também necessário.

Delineados brevemente os contornos da controvérsia, adianto, desde logo, que a conclusão deste voto vai ao encontro daquela externada pela Ministra relatora. Para tanto, dois vetores de análise despontam como especialmente relevantes: as competências constitucionais para legislar sobre os interesses em jogo e a finalidade do uso do bem público no caso concreto.



Sob o prisma competencial, encontram-se em conflito aparente duas esferas federativas distintas, quais sejam: a competência do Estado-membro para a gestão e tutela do seu patrimônio e a competência da União para legislar sobre energia elétrica.

A competência para disciplinar o patrimônio público é comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios. A Administração Pública, na gestão racional e eficiente do seu patrimônio, pode exigir pagamento *razoável* do particular para a exploração dos seus bens, seja porque compete aos entes federativos a tutela do patrimônio público (artigo 23, I, da CRFB), seja porque a autonomia de que gozam União, Estados e Municípios inclui a prerrogativa de administrar e dispor sobre os seus respectivos bens.

Deveras, o artigo 103 do Código Civil chancela a cobrança de preço pelo uso de bens públicos, inclusive aqueles de uso comum, nos seguintes termos:

*Art. 103. O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem.*

Assim, conforme destaca Celso Antônio Bandeira de Mello, “ *se até o uso comum de bem de uso comum pode ser remunerado, a fortiori, seu uso especial também pode sê-lo* ” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. “Utilização de Faixa de Domínio de Rodovia Estadual mediante Passagem Subterrânea de Cabos ou Dutos – Possibilidade de Cobrança”, in Revista Trimestral de Direito Público – RTDP, vol. 31, p. 93).

Nessa linha, o professor Thiago Marrara, da Universidade de São Paulo, aponta para as potencialidades da cobrança de preços de uso na produção de incentivos em políticas públicas, explicando que “ *o ente local poderia estabelecer, para as zonas mais povoadas e ricas da cidade, um valor mais alto de cobrança para instalação de infraestrutura e, para regiões menos povoadas e mais pobres, afastar a cobrança ou reduzi-la. Com isso, o preço seria manejado para estimular a difusão de infraestruturas pelo território urbano em favor do desenvolvimento da cidade e do bem-estar de sua*

*população* " (MARRARA, Thiago. Bens municipais: regime jurídico, modalidades e exploração, 1ª edição digital. Publicação independente. Kindle Direct Publishing, 2017).

Daí, entretanto, não decorre que toda e qualquer hipótese de instituição de preço público seja compatível com o regime jurídico vigente. A gestão do patrimônio de um ente federativo, por evidente, não pode impor ônus indevido ou comprometer as atribuições de outro.

O exame da constitucionalidade da instituição de preço público sobre o uso de um bem público, então, haverá de ser *casuístico* (Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018). São determinantes, nesse cenário, aspectos como a divisão de competências legislativas e materiais estabelecida pela Constituição da República, o tratamento infraconstitucional e contratual do compartilhamento de infraestrutura, os agentes e interesses envolvidos, a finalidade do uso do bem público e a proporcionalidade do preço demandado.

*In casu*, assume relevo o fato de que, consoante o artigo 22, IV, da Constituição Federal, a União detém competência legislativa privativa em matéria de energia. Compete igualmente à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais energéticos (artigo 21, XII, *b*, da CRFB).

Portanto, os Estados-Membros não têm competência para legislar sobre serviços de distribuição de energia elétrica, no que diz respeito a aspectos contratuais referentes à concessão federal, sob pena de invasão sobre os misteres da União.

A constatação da infringência ou não do Estado-membro sobre a competência da União, demanda, assim, uma segunda etapa de análise da matéria: deve-se verificar a finalidade do uso do bem público, à luz das características do setor regulado em questão.

Como visto, a situação dos autos diz respeito à cobrança de preço para o uso de faixas de domínio por concessionárias federais de energia elétrica, para a instalação de linhas de transmissão.

O setor de energia elétrica tem como uma de suas marcas o fenômeno do *unbundling* ou da *desverticalização*, de modo que as diferentes etapas da sua cadeia ( *i.e.* geração, transmissão, distribuição e comercialização) não são desempenhadas por um único agente econômico, nem reguladas de modo uniforme. A depender das características de cada uma dessas etapas, estar-se-á diante ora de uma atividade econômica em sentido estrito, ora de um serviço público.

Ao que interessa à presente hipótese, convém lembrar que a distribuição de energia elétrica é tida como verdadeiro *serviço público*, eis que há utilização dos sistemas e redes públicas e prestação de serviço ao usuário (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das concessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 54). Trata-se, ademais, de espécie de monopólio natural, conceito econômico que indica “ *a relação entre demanda e tecnologia de oferta. Se toda a demanda em um mercado relevante puder ser atendida por um menor custo por uma empresa, e não por duas ou mais, o mercado é um monopólio natural, qualquer que seja o número real de firmas nele. Se esse mercado contiver mais de uma empresa, as empresas rapidamente se reduzirão a uma por meio de fusões ou falhas, ou a produção continuará consumindo mais recursos do que o necessário. No primeiro caso, a competição é de curta duração e, no segundo, produz resultados ineficientes. A concorrência não é, portanto, um mecanismo regulatório viável sob condições de monopólio natural* ” (POSNER, Richard A. *Natural monopoly and its regulation*. J. Reprints Antitrust L. & Econ., v. 9, 1978, p. 769, tradução livre).

A inviabilidade de concorrência em matéria de distribuição de energia elétrica, destarte, decorre dos altos custos referentes à implantação e operação da infraestrutura do serviço – nomeadamente, das redes de distribuição. Estas *essential facilities*, conseqüentemente, são alvo da normatização setorial e da disciplina dos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica, mercê de serem intrínseca e inequivocamente relacionadas ao objeto e à forma de prestação daquele serviço público federal.

O acesso das concessionárias de distribuição de energia às faixas de domínio e outros bens públicos é imprescindível para a prestação adequada do serviço, porquanto este apenas ocorre por meio de linhas, cabos e torres que, muito provavelmente, serão estabelecidos sobre o patrimônio de algum ente federativo.

A imposição de custos adicionais aos distribuidores de energia elétrica, consubstanciada no pagamento pelo uso do bem, significa um potencial óbice à prestação do serviço público ou a imposição de custos adicionais ao usuário, com possíveis implicações sobre o equilíbrio econômico-financeiro da concessão. É o que observa Rafael Wallbach Schwind:

*“ Quando o prestador de um serviço de interesse coletivo necessita, para a prestação da atividade, utilizar-se de uma infraestrutura pertencente a outro prestador de um serviço público, entende-se, de modo geral, que este último poderá efetuar cobranças periódicas àquele. Neste caso, o prestador que detém a infraestrutura obtém uma remuneração que, para ele, consiste em uma receita marginal. Ocorre que, em tal situação, o prestador que efetuar os pagamentos ao detentor da infraestrutura acabará evidentemente repassando esse custo às tarifas que cobra de seus próprios usuários. Ou seja, a instituição de uma receita marginal poderá eventualmente prejudicar a modicidade tarifária concernente à prestação do serviço pelo concessionário que paga pelo compartilhamento de uma infraestrutura – ainda que possibilite uma redução do valor da tarifa cobrada do detentor dessa infraestrutura ”.* (SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração do particular nas concessões e parcerias público-privadas. 2010. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, p. 330).

Deste modo, sob o prisma pragmático-consequencialista, a instituição de cobranças pelo uso do bem público pode ter efeitos sistêmicos adversos. Neste sentido, é o entendimento de Floriano de Azevedo Marques Neto:

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

energia gerada, as normas se voltarão fundamentalmente à disciplina de redes. E redes de transporte de energia dependem, intrinsecamente, dos bens imóveis sobre ou sob os quais são instaladas. Pode-se afirmar, sem nenhum medo de equívoco, que as redes de transmissão e distribuição de energia são integradas não apenas pelos equipamentos específicos usados na sua construção (fios, cabos, transformadores, postes, torres etc.), como também pelos direitos de utilização dos bens imóveis (próprios ou de terceiros) no quais elas são instaladas. Estes direitos, tenho convicção, integram inclusive o plexo de bens reversíveis inerentes ao serviço concedido. Daí por que, ao prever a competência privativa da União para legislar sobre energia, o texto constitucional admitiu que todas as atividades e relações jurídicas inerentes à oferta de energia aos cidadãos e à exploração das atividades a isso correlatas fossem objeto de disciplina pela União. E se o fez, fê-lo com acerto. Se admitíssemos que, direta ou indiretamente, os Estados e Municípios interferissem na forma de prestação e exploração dos serviços públicos de energia, teríamos um forte comprometimento do próprio princípio federativo. Afinal, mormente num país com matriz energética predominantemente hidráulica como o nosso, os serviços de energia são integrados e sua prestação envolve necessariamente o território de vários Estados” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O uso de bens públicos estaduais por concessionárias de energia elétrica. Revista de Direito Administrativo, v. 236).

Alexandre Santos de Aragão, na mesma linha, afirma que “ como a atividade explorada pelas concessionárias visa à realização do interesse público, não podem elas ser equiparadas a um particular que deseje ter uma utilização especial sobre um bem de uso comum (uma banca de jornal, por exemplo). Na prestação de serviços públicos, a utilização especial integra a função típica do bem público de uso comum de atender indistintamente aos membros da coletividade. Não caberia uma exploração lucrativa de bem público por seu proprietário para que seja utilizado justamente para o fim a que já se destina ” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 475-476).

Aplicando-se como critério de divisão de competências constitucionais o paradigma da *predominância de interesses*, conseqüentemente, a conclusão é pela prevalência da competência privativa da União. Nas palavras de Flávio Amaral e Rafael Vêras,

“ [i]magine-se que para construir uma rede (que demanda escala) em âmbito nacional, fosse necessário consultar a legislação de cada Estado ou Município afetado ou mesmo saber como cada ente formata as suas delegações de serviço público. Seria irrazoável. Por isso é que predomina o interesse nacional. É por tudo isso que não se pode admitir que lei ou mesmo o edital da concessão de rodovia estadual interfira diretamente em um serviço público federal, afetando a sua estrutura econômica. Seria uma clara violação ao princípio da predominância dos interesses, subjugando um interesse nacional em nome de um interesse regional ” (GARCIA, Flavio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. A exploração da faixa de domínio das rodovias por concessionárias de energia elétrica e o interesse público. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v. 10, n. 39, 2012, p. IV-5).

Por essas razões, o legislador federal, no exercício da sua competência, editou o Decreto Federal 84.398/1980, que tem natureza de lei especial sobre o tema e dispõe, *in verbis* :

*Art. 1º - A ocupação de faixas de domínio de rodovias, ferrovias e de terrenos de domínio público, e a travessia de hidrovias, rodovias, ferrovias, oleodutos e linhas de transmissão de energia elétrica de outros concessionários, por linhas de transmissão, subtransmissão e distribuição de energia elétrica de concessionários de serviços públicos de energia elétrica, serão autorizadas pelo órgão público federal, estadual ou municipal ou entidade competente, sob cuja jurisdição estiver a área a ser ocupada ou atravessada. (Redação dada pelo Decreto nº 86.859, de 1982)*

*Parágrafo único - Para os fins do disposto neste artigo, será considerada entidade competente a pessoa física ou jurídica que, em razão de concessão, autorização ou permissão, for titular dos direitos relativos à via de transporte, auto ou linha a ser atravessada, ou a ter a respectiva faixa de domínio ocupada. (Incluído pelo Decreto nº 86.859, de 1982)*

*Art. 2º - Atendidas as exigências legais e regulamentares referentes aos respectivos projetos, as autorizações serão por prazo indeterminado e sem ônus para os concessionários de serviços públicos de energia elétrica (grifei)*

A norma supratranscrita afasta a incidência de disposições legislativas gerais posteriores (artigo 103 do Código Civil e artigo 11 da Lei das Concessões), porquanto *lex specialis derogat legi generali* .

Em síntese, a norma contida no Decreto Federal nº 84.398/1980 foi recepcionada pela atual ordem constitucional, mercê de a Constituição Federal ter conferido à União a competência privativa em matéria de energia, o que inclui, indiscutivelmente, a temática da instauração das redes de distribuição.

À luz dessas considerações, não há que se falar em espaços de discricionariedade para que Estados e Municípios imponham preço público pelo uso de seus bens públicos de uso comum para a implantação de infraestrutura necessária à distribuição de energia elétrica.

Observo, por derradeiro, que essa posição não destoaria daquilo que já tive a oportunidade de assentar quando era Ministro do Superior Tribunal de Justiça (REsp 881.937/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/3/2008, REPDJe 24/11/2008, DJe 14/4/2008)

*Ex positis* , **acompanhando a Ministra relatora** , **julgo parcialmente procedente** a ação para: a) atribuir interpretação conforme à Constituição à Lei 12.238/2005 e ao Decreto 43.787/2005 do Rio Grande do Sul, excluindo da incidência de ambos os diplomas as concessionárias de serviço público de energia elétrica; e b) declarar a inconstitucionalidade da expressão "de energia" contida no inc. IV do art. 6º e da tarifa básica prevista no tipo II do item 1 do anexo I do mencionado decreto.

É como voto.