AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.097.491 - SP (2017/0100454-0)

RELATORA	**:**	**MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE	:	CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS DO INTERIOR PAULISTA S/A
ADVOGADO	:	MARCO ANTONIO DACORSO E OUTRO(S) - SP154132
AGRAVADO	:	COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ
ADVOGADO	:	JOAO DACIO DE SOUZA PEREIRA ROLIM E OUTRO(S) - SP076921

DECISÃO

Trata-se de Agravo Interno, interposto pela CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS DO INTERIOR PAULISTA S/A, contra decisão de minha lavra, que, com fundamento no art. 253, parágrafo único, II, **c**, do RISTJ, conheceu do Agravo e deu parcial provimento ao Recurso Especial, apenas para afastar a multa aplicada em sede de Embargos de Declaração (fls. 1.014/1.018e).

Em suas razões, sustenta a parte agravante o seguinte:

> "II.1. A ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL *A QUO* QUE NÃO ACOLHEU EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, CASO A TURMA ENTENDA QUE NÃO HOUVE O PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA DEVOLVIDA NO RECURSO ESPECIAL.
>
> A decisão monocrática, ora recorrida, entendeu que não seria o caso de anular o acórdão do Tribunal *a quo*, que julgou os embargos declaratórios, para fins de prequestionamento, pois o acórdão embargado seria claro e teria enfrentado todos os pontos da lide.
>
> Assim, não houve óbice ao conhecimento do recurso especial, uma vez que prequestionada a matéria devolvida a esse Superior Tribunal.
>
> Mas, atenta à necessidade de impugnação específica de todos os fundamentos da decisão recorrida, nos moldes do art. 1.021, § 1º, do Código de Processo Civil, 14 a concessionária agravante reitera que, caso não seja verificado o prequestionamento expresso da matéria objeto do recurso especial, de rigor a anulação do acórdão que, na origem, rejeitou os seus embargos declaratórios que buscavam tal prequestionamento.
>
> A concessionária agravante provocou o prequestionamento expresso da matéria recorrida, por meio de embargos de declaração ao Tribunal a quo. Tais embargos não foram acolhidos, ao argumento da suficiência dos fundamentos da decisão embargada.
>
> A relatora deste recurso especial também entendeu que, de fato, houve o prequestionamento da matéria recorrida, inexistindo óbice ao recurso especial.
>
> Mas, caso entenda a Turma julgadora que o prequestionamento da

matéria objeto do recurso especial não foi alcançado, a despeito da prévia oposição dos embargos declaratórios, de rigor a anulação do respectivo acórdão, para que o Tribunal *a quo* declare, de forma exauriente, o seu julgamento.

Com efeito, aqueles embargos declaratórios foram opostos antes da vigência do atual Código de Processo Civil, de tal sorte que, não lhes seria aplicável o seu art. 1.025. Assim, com base na ferramenta processual vigente à época da interposição do recurso especial, houve requerimento para anulação do acórdão do Tribunal *a quo* que julgou os embargos declaratórios, por ofensa ao art. 535, do antigo Código de Processo Civil.

(...)

II.2. A ONEROSIDADE DA OCUPAÇÃO DA FAIXA DE DOMÍNIO RODOVIÁRIO, COBRANÇA QUE INDEPENDE DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E DECORRE DA DOMINIALIDADE SOBRE OS BENS PÚBLICOS.

Reconhecido o prequestionamento, é o caso de enfrentamento da questão de fundo do recurso especial, destrancado pela decisão recorrida.

Conforme apontado nas razões de recurso especial, o Estado de São Paulo, sendo titular dos seus bens, optou por prever a cobrança pelo uso da faixa de domínio, seja nas rodovias por ele administradas diretamente, ou nas rodovias concedidas.

Nas rodovias concedidas, houve, com supedâneo na legislação de regência, a delegação expressa dessa cobrança às respectivas concessionárias, como fonte de receita acessória ao pedágio.

A prerrogativa de o Estado de São Paulo outorgar às concessionárias de rodovias, a cobrança pela ocupação que terceiros fazem da malha concedida decorre do art. 11, da Lei 8.987/95, que, ao tratar da concessão de serviços públicos, foi bastante clara, ao permitir receitas acessórias ou alternativas às concessionárias de serviços públicos.

Nessa linha, o regulamento da concessão rodoviária à concessionária agravante, o respectivo edital de licitação e próprio contrato de concessão, estabelecem tal cobrança, como acessória à tarifa do pedágio. Os respectivos valores para ocupação da faixa de domínio também são estabelecidos pelo próprio Estado de São Paulo, por meio de sua agência reguladora.

Desta sorte, nenhuma ilegalidade ou arbitrariedade há na estipulação dos valores pretendidos pela concessionária recorrida.

Vale destacar que tais disposições são consentâneas, também, com o artigo 103, do Código Civil, que permite a cobrança pelo uso de bens públicos, inclusive os de uso comum do povo. Assim, no caso das rodovias, é interessante notar que o próprio uso comum é oneroso, por meio da tarifa de pedágio. Daí, também deve ser a utilização

> especial que se faz da faixa de domínio rodoviário, até porque esta remuneração tem a finalidade de tornar aquela tarifa mais módica.
> Não se trata, como apontado pela decisão recorrida, de cobrança de taxa, por serviços prestados ou exercício do poder de polícia, mas de preço público ou tarifa, pela própria ocupação que o interessado faz, do bem público. Decorre da dominialidade do Estado de São Paulo sobre a sua malha rodoviária.
> Com efeito, a faixa de domínio rodoviário é a 'base física sobre a qual se 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'. É área desapropriada à custa das respectivas indenizações, trazida para o domínio público e afetada para a construção de rodovias (ou para a prestação do serviço público rodoviário, como preferem alguns doutrinadores). É, portanto, área pública destinada a uma atividade pública.
> Desta forma, é lídimo ao Estado de São Paulo – quem adquiriu a faixa de domínio, preparou-a e construiu obra pública sobre ela – ser remunerado, notadamente, pelo uso ou ocupação especial que terceiros venham a fazer desse bem. Tal possibilidade de cobrança decorre da própria dominialidade sobre o bem público.
> E, de fato, se até mesmo o uso comum ao qual foi destinado um determinado bem público pode ser 'retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem', nos termos do art. 103, do Código Civil atual, o uso especial, em regra, deve ser oneroso, por conta das prerrogativas de dominialidade do Estado, evitando-se o desperdício da potencialidade econômica dos bens públicos.
> Isso porque, enquanto o uso comum coincide com a destinação ao qual foi afetado o bem público e é franqueado a todos indistintamente, o uso especial é concedido à determinada pessoa, que utiliza o bem para um propósito diverso da destinação originária, imbuído de certo privilégio frente às demais pessoas.
> Destarte, se o uso especial de bens públicos fosse sem remuneração, estar-se-ia a desperdiçar fonte de recursos públicos, ensejando a chamada externalidade negativa, em razão do uso gracioso de um bem público que tem potencial para gerar receita" (fls. 1.031/1.035e).

Requer, ao final, o provimento do recurso.

Tendo em vista a relevância dos argumentos esposados pela parte agravante, reconsidero a decisão de fls. 1.014/1.018e.

Passo, novamente, ao exame do Agravo em Recurso Especial.

Trata-se de Agravo, interposto pela CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS DO INTERIOR PAULISTA S/A, contra decisão do Tribunal de Justiça

do Estado de São Paulo, que inadmitiu o Recurso Especial interposto contra acórdão assim ementado:

> "APELAÇÃO - Ação de cobrança - Concessionária de serviço público - Uso de faixa de domínio pertencente a outra concessionária de serviço público - Cobrança de preço público - Impossibilidade - Ausência de previsão legal - Sentença de procedência - Decisão reformada - Recurso da ré provido, prejudicado o da autora" (fl. 758e).

O acórdão em questão foi objeto de Embargos de Declaração, rejeitados pelo acórdão de fls. 776/781e.

Nas razões do Recurso Especial, aduz a parte recorrente, além de divergência jurisprudencial, violação aos arts. 11 da Lei 8.987/95, argumentando que "a concessionária recorrente, foi, especificamente, delegada a possibilidade desta cobrança, por meio do Decreto Estadual, que instituiu o Regulamento da Concessão, pelo próprio edital de licitação e pelo respectivo contrato de concessão" (fl. 846e).

Sustenta ofensa ao art. 535 do CPC/73, argumentando que, caso a matéria não seja considerada prequestionada, deve ser reconhecida a omissão do Tribunal de origem; e violação ao art. 538, parágrafo único, do CPC/73, uma vez que foi-lhe aplicada multa, no acórdão dos Embargos de Declaração, indevidamente.

Requer, ao final, o provimento do recurso.

Não apresentadas as contrarrazões (fl. 929e), negado seguimento ao Recurso Especial (fl. 930e), foi interposto o presente Agravo (fls. 934/950e).

Não foi apresentada a contraminuta (fl. 997e).

A irresignação merece parcial acolhimento.

Na origem, a "CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS DO INTERIOR PAULISTA S/A ajuizou ação de cobrança em face de CPFL - COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ, sob o fundamento que é concessionária de rodovias estaduais e a ré ocupa sua faixa de domínio para a passagem de infraestrutura de transmissão de energia elétrica, sendo que a ré se recusa a qualquer pagamento. Assere que a cobrança está legitimada pela Lei n° 8.987/1995, Lei Estadual n° 7.835/1992 e Decreto Estadual n° 47.791/1997. Requereu a condenação da ré ao pagamento pelo uso da faixa de domínio rodoviário, tanto pelo período pretérito quanto pelo futuro, enquanto mantiver ali seu equipamento" (fl. 744e).

A sentença "julgou procedente o pedido para condenar a ré a pagar à autora o valor referente ao uso do espaço de seu domínio, nos termos das normas reguladoras da ARTESP. Condenou ao pagamento dos valores pretéritos, a partir de 27/7/2006, monetariamente atualizados, desde a data em que cada pagamento ter sido efetuado" (fl. 744e).

O Tribunal de origem, por sua vez, deu provimento à Apelação da ré, nos seguintes termos:

> "Inicialmente, importante consignar que a faixa de domínio objeto da lide cabe à apelante Concessionária de Rodovia do Interior Paulista S/A somente em razão do contrato de concessão que firmou para com o Poder Público, e possui natureza jurídica de Direito Público, uma vez que, embora seja pessoa jurídica de direito privado, tal faixa de domínio está afetada ao serviço público que presta.
> A cobrança do preço público como quer a apelante, segundo ela, está fundamentada primeiramente no art. 11, II da Lei n° 8.987/95 e art. 32, II, da Lei n° 7.835/92, que trazem a seguinte redação:
>
> > Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no editai de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativos, complementares. acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade dai tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.
> > Artigo 52 - O disposto nesta lei aplica-se à concessão de obra pública, atendidas suas peculiaridades e observados os seguintes preceitos:
> > II - além da tarifa, o concessionário de obra pública poderá ser remunerado, nos termos previstos no edita! e no contrato, dentre outras fontes, pela renda proveniente de contribuição de melhoria instituída pelo Poder Público, pela renda derivada da exploração, direta ou Indireta, de áreas de serviço, lazer ou repouso, na faixa de domínio da obra pública ou em zona integrada ao patrimônio público por desapropriação extensiva ou qualquer outra forma, bem como pela receita decorrente de projetos associados;
>
> Embora se trate de duas concessionárias de serviços públicos, tendo direito à exploração comercial, com base no contrato de concessão, a área é bem público e a obra que a segunda implantou em área explorada pela primeira se destina a melhoria de serviço público essencial - instalação de postes de energia elétrica, devendo, neste caso prevalecer o interesse público sobre o interesse privado.
> Tem razão a apelante Concessionária de Rodovia do Interior Paulista S/A ao afirmar que tem direito ao pagamento de preço público ao ser utilizado faixa pertencente a seu domínio. No entanto, não pode ser dado o enfoque por ela pretendido. Esta cobrança é devida apenas quando a faixa for utilizada por empresa privada que não desempenhe serviços públicos, que não é o caso da autora.

> (...)
> Como se nota do acima explicitado o art. 11, da Lei n.° 8987/95 c.c. o art. 32, II, da Lei n° 7.835/92 não possibilitam a cobrança de preço público de concessionárias outras de serviço público, por utilização de faixa de domínio da rodovia. E, em Direito Público, se não é permitido expressamente, é proibido. Assim, a cobrança é indevida, pois além de não ter amparo legal, contraria o princípio da modicidade de tarifa, mediante agravamento do preço público de outro serviço essencial.
> (...)
> Assim, ante a ausência de previsão legal para a cobrança pretendida, a sentença merece ser reformada para ser julgada improcedente a ação, restando prejudicado recurso da apelante-autora Concessionária de Rodovia do Interior Paulista S/A" (fls. 759/765e).

Inicialmente, em relação ao art. 535 do CPC/73, deve-se ressaltar que o acórdão recorrido, julgado sob a égide do CPC/73, não incorreu em omissão, uma vez que o voto condutor do julgado apreciou, fundamentadamente, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida pela parte recorrente.

Vale ressaltar, ainda, que não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 408.492/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 24/10/2013; STJ, AgRg no AREsp 406.332/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 14/11/2013; STJ, AgRg no REsp 1360762/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/09/2013.

Por outro lado, verifica-se que o acórdão de origem está em dissonância com o entendimento firmado pela Primeira Seção desta Corte, que, no julgamento do EREsp 985.695/RJ, pacificou-se no sentido de que "poderá o poder concedente, na forma do art. 11 da Lei n. 8.987/95, prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas" (STJ, EREsp 985.695/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 12/12/2014), desde que haja previsão contratual.

No mesmo sentido, confira-se, ainda:

> "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. COBRANÇA, POR CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO, PELO USO DE FAIXA DE DOMÍNIO.

POSSIBILIDADE, DESDE QUE HAJA PREVISÃO NO CONTRATO DE CONCESSÃO. ACÓRDÃO DE 2º GRAU EM DISSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão publicada em 20/09/2017, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/73.

II. (...)

III. **A jurisprudência dominante nesta Corte orienta-se no sentido de que o poder concedente poderá, nos termos do art. 11 da Lei 8.987/95, autorizar concessionária a efetuar cobrança, pela utilização de faixas de domínio, desde que haja previsão no contrato de concessão da rodovia. Nesse sentido: STJ, EREsp 985.695/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 12/12/2014; AgInt no REsp 1.677.414/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 20/02/2018; AgInt no REsp 1.099.282/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 25/08/2017; AgInt no AREsp 793.457/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/08/2016; AgRg no AgRg no REsp 1.435.691/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 14/10/2016.**

IV. No caso, o Tribunal de origem, em dissonância com a jurisprudência desta Corte, reformou a sentença, que julgara improcedente a ação, sob a tese de que "essa cobrança de outras concessionárias pela utilização de faixas de domínio das rodovias contraria o art. 11 da Lei n. 8.987, porque leva o resultado exatamente oposto ao interesse protegido pelo dispositivo, ou seja, o interesse dos usuários dos serviços públicos na observância do princípio da modicidade das tarifas". Estando o acórdão recorrido em dissonância com o entendimento atual e dominante desta Corte, deve ser mantida a decisão ora agravada, que deu provimento ao Recurso Especial da parte agravada, para restabelecer a sentença de improcedência, que expressamente reconheceu a existência de previsão contratual para a cobrança.

V. Agravo interno improvido" (STJ, AgInt no AREsp 791.070/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/04/2018).

"ADMINISTRATIVO. BEM PÚBLICO. FAIXA DE DOMÍNIO. UTILIZAÇÃO. COBRANÇA DE TAXA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 535, II DO CPC/73. INEXISTÊNCIA. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DO ENUNCIADO N. 284 DA SÚMULA DO STF. ALEGAÇÃO DE PREVISÃO CONTRATUAL. AUSÊNCIA DE

PREQUESTIONAMENTO. PRETENSÃO DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO E DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INCIDÊNCIA DOS ENUNCIADOS N. 5 E 7 DA SÚMULA DO STJ.

I - (...)

III - Quanto à alegação de mérito, o Tribunal Estadual, ao manter a decisão singular de improcedência do pedido formulado pela ora recorrente, assim consignou (fl. 1.167): "A CPFL pode utilizar gratuitamente as faixas de domínio das rodovias para instalação de equipamentos indispensáveis à prestação dos serviços públicos de fornecimento de energia elétrica. O interesse coletivo se sobrepõe ao particular da concessionária que explora a rodovia correta, pois, a r sentença, que fica mantida, negando-se provimento ao recurso." (Apelação Cível n. 598.751-5/2-00, 10ª Câmara de Direito Público, E. Tribunal Justiça de São Paulo, julgada em 27.08.2007)".

IV - A respeito da controvérsia travada nos autos, o Superior Tribunal de Justiça possuía, inicialmente, entendimento no sentido de ser indevida a cobrança de taxa pelo uso da faixa de domínio, em face de concessionária de serviço público. Nesse sentido: AgInt no REsp 1482422/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 30/11/2016; AgRg no REsp 1191778/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 26/10/2016).

V - **Posteriormente, firmou entendimento no sentido de que tal cobrança é legal e possível desde que devidamente prevista em contrato. Nesse sentido: AgInt no REsp 1099282/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 25/08/2017; AgRg no REsp 1470686/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 02/03/2015), não se verificando qualquer confronto entre as respectivas teses.**

(...)

X - Agravo interno improvido" (STJ, AgInt no REsp 1.555.967/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/04/2018).

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/73. INEXISTÊNCIA. DEVIDO ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES RECURSAIS. SÚMULA 568/STJ. PRORROGAÇÃO DA COMPETÊNCIA INTERNA. NATUREZA RELATIVA. ALEGAÇÃO TARDIA. PRECLUSÃO. EXECUÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA, INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E CERTEZA E LIQUIDEZ DO TÍTULO EXECUTIVO. ANÁLISE COM BASE NAS PROVAS DOS

> AUTOS. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. COBRANÇA PELO USO DE FAIXA DE DOMÍNIO. ART. 11 DA LEI 8.987/95. POSSÍVEL DESDE QUE PREVISTA NO CONTRATO. CASO SOB ANÁLISE. PREVALÊNCIA DA DISPOSIÇÃO LEGAL. INSTRUMENTO PARTICULAR. PRAZO DE PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. MULTA EM EMBARGOS DECLARATÓRIOS. ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC/73. REITERAÇÃO. CARÁTER PROTELATÓRIO. MANUTENÇÃO.
> (...)
> 8. **A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp 985.695/RJ, desta relatoria, julgado em 26/11/2014, DJe 12/12/2014, firmou entendimento de que poderá o poder concedente, na forma do art. 11 da Lei 8.987/95, prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, para favorecer a modicidade das tarifas.**
> (...)
> Agravo interno improvido" (STJ, AgInt no AREsp 793.457/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/08/2016).

Ademais, verifica-se que os Embargos de Declaração objetivaram o prequestionamento da matéria, não possuindo caráter protelatório. Nesse contexto, deve ser afastada a multa imposta, diante do que dispõe a Súmula 98/STJ:

> "Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório".

Destarte, aplica-se, ao caso, entendimento consolidado na Súmula 568/STJ, **in verbis**: "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema".

Ante o exposto, **reconsidero** a decisão de fls. 1.014/1.018e. Por conseguinte, com fundamento no art. 253, parágrafo único, II, **c**, do RISTJ, **conheço** do Agravo e **dou parcial provimento** ao Recurso Especial, a fim de determinar o retorno dos autos à origem, para que verifique a existência de previsão contratual, de modo a permitir que o poder concedente autorize a concessionária a efetuar a cobrança pela utilização das faixas de domínio, nos termos da fundamentação, bem como para afastar a multa aplicada em sede de Embargos de Declaração.

I.

Brasília (DF), 1º de abril de 2019.

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora