

**RE nos EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.247.413 - SP
(2018/0032576-6)**

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
RECORRENTE : ELEKTRO REDES S.A
ADVOGADOS : ANTONIO CARLOS GUIDONI FILHO - SP146997
MARIANA ARAVECHIA PALMITESTA - SP299951
RECORRIDO : AUTOVIAS S/A
ADVOGADOS : MARCO ANTONIO DACORSO - SP154132
MELLIZA MARQUES CIRONE - SP339744

EMENTA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO DE RODOVIAS. LEGALIDADE NA COBRANÇA DO USO, POR OUTRA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO ADMITIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso extraordinário, interposto por ELEKTRO REDES S.A., com fundamento no artigo 102, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado (fls. 1.403/1.404):

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 CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. ALEGADO DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO. CONTROVÉRSIA RESOLVIDA, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NA VIA ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara recurso interposto contra **decisum** publicado na vigência do CPC/2015.

II. Na origem, Autovias Sistemas Rodoviários S/A ajuizou a presente ação de cobrança contra Elektro Eletricidade e Serviços S/A, alegando que é concessionária de rodovias estaduais e a requerida ocupa sua faixa de domínio para a passagem de infraestrutura de transmissão de energia elétrica. O Tribunal de origem manteve a sentença de procedência da ação, que condenara a requerida a pagar, à autora, o valor referente ao uso do espaço de seu domínio.

III. O acórdão recorrido encontra-se em consonância com a jurisprudência dominante desta Corte, 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 faixa 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; AREsp 977.205/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/04/2018; AgInt no AREsp 793.457/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/08/2016.

IV. O Tribunal de origem, com base no exame dos elementos fáticos dos autos, consignou que, "quanto à alegação da ré, deduzida a partir de sua leitura dos artigos 6º, § 1º e 9º § 4º, da Lei nº 8.987/95 e 175 da Constituição Federal, relativa à 'violação aos princípios do equilíbrio econômico financeiro do contrato e da modicidade tarifária', a par de superada pelos fundamentos expostos no acórdão atacado, veio destituída de elementos robustos que a comprovem". Nesse contexto, considerando a fundamentação do acórdão objeto do Recurso Especial, os argumentos utilizados pela parte recorrente, relacionados à existência de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, somente poderiam ter sua procedência verificada mediante o necessário reexame de matéria fática, não cabendo a esta Corte, a fim de alcançar conclusão diversa, reavaliar o conjunto probatório dos autos, em conformidade com a Súmula 7/STJ.

V. Agravo interno improvido.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 1.488/1.489 e 1.507/1.524).

Nas razões do recurso extraordinário (fls. 1.529/1.552), sustenta a parte recorrente que está presente a repercussão geral da questão tratada e que houve ofensa aos artigos 5.º, *caput* e inciso II; 21, inciso XII, alínea "b"; 22, inciso IV; 37, *caput* e inciso XXI; 150, inciso I; e 175, todos da Constituição Federal, alegando, para tanto, "a inconstitucionalidade da cobrança pelo uso da faixa de domínio de rodovias por concessionárias de serviço público para a instalação de equipamentos destinados à prestação deste serviço" (fls. 1.533/1.534).

Enaltece a manifesta ilegalidade da cobrança pretendida pela recorrida, fundada em legislação estadual, "que impõe encargos sobre a prestação de serviço público federal de energia elétrica" (fl. 1.537), em franca afronta à competência legislativa exclusiva da União, e causando um aumento de tarifas a ser suportado pelos consumidores.

Apresentadas as contrarrazões às fls. 1.558/1.583.

É o relatório.

Cinge-se a controvérsia à possibilidade da empresa concessionária de rodovia cobrar pelo uso ou exploração da faixa de domínio por outra concessionária de serviço público diverso, no caso, de energia elétrica, que almeja implantar infraestrutura própria de sua atividade.

Do aresto deste Superior Tribunal de Justiça, colhem-se estes excertos (fls. 1.434/1.440):

(...)

Conforme destacado, o acórdão de origem está em consonância com o entendimento firmado pela Primeira Seção desta Corte, que, no julgamento dos EREsp 985.695/RJ, firmou orientação 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**. O referido julgado recebeu a seguinte ementa:

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CONCESSÃO. RODOVIA. DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. 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. MANUTENÇÃO DO ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA SEÇÃO EXPLICITADO NO ACÓRDÃO PARADIGMA. PROVIMENTO.

1. Cuida-se de embargos de divergência interpostos contra acórdão que consignou não ser possível - no caso - a cobrança de concessionária de distribuição energia elétrica pelo uso da faixa de domínio de rodovia concedida, em razão da existência do Decreto n. 84.398/80.

2. É trazido paradigma da Primeira Seção no qual foi apreciado caso similar, quando se debateu a extensão interpretativa do art. 11 da Lei n. 8.987/95 (Lei de Concessões e Permissões) e a possibilidade de cobrança pelo uso de rodovia por outras empresas concessionárias.

3. No acórdão paradigma está firmado que o art. 11 da Lei n. 8.987/95 autoriza a cobrança de uso de faixas de domínio, mesmo por outra concessionária de serviços públicos, desde que haja previsão no contrato de concessão da rodovia, em atenção à previsão legal.

4. Deve prevalecer o entendimento firmado pela Primeira Seção, que se amolda com perfeição ao caso: '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. (...) No presente caso, há a previsão contratual exigida no item VI, 31.1, da Cláusula 31' (REsp 975.097/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Rel. p/ Acórdão Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 9.12.2009, DJe 14.5.2010).

Embargos de divergência providos".

No mesmo sentido, confirmam-se, ainda:

(...)

No caso, tendo o Tribunal de origem concluído pela existência de previsão contratual que ampara a cobrança, não merece reforma o acórdão recorrido, no ponto, por ser consentâneo com o

entendimento atual e dominante desta Corte.

Por oportuno, vale destacar que o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 581.947/RO – Tema 261 da Repercussão Geral –, não tem o condão de alterar o resultado do julgamento do presente feito. Com efeito, contra o referido julgado foram opostos Embargos de Declaração, que foram acolhidos, nos seguintes termos:

"(...) o *decisum* impediu a cobrança de taxa pelo uso de espaços dos municípios por concessionárias prestadoras do serviço público de fornecimento de energia elétrica.

Ex positis, conheço dos embargos de declaração interpostos e os acolho para, sem efeitos infringentes, **esclarecer que o *decisum* neste recurso extraordinário em sede de repercussão geral teve o condão de reconhecer a inconstitucionalidade da cobrança de taxa, espécie de tributo, pelo uso, por concessionárias de fornecimento de energia elétrica, de espaços públicos dos municípios para a instalação de seus equipamentos necessários para a prestação do aludido serviço público**".

Tal julgado recebeu a seguinte 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**" (STF, EDcl no RE 581.947/RO, Rel. Ministro LUIZ FUX, PLENO, DJe de 19/03/2014).

Assim, o referido precedente tratou de questão diversa da debatida nos autos, pelo que a tese nele firmada não é aplicável ao presente caso.

Por outro lado, os precedente do STJ, citados a fl. 1.346e, não refletem o atual posicionamento desta Corte sobre o tema, conforme demonstrado acima.

No mais, como destacou a decisão ora agravada, o Tribunal de origem, com base no exame dos elementos fáticos dos autos, consignou que, "quanto à alegação da ré, deduzida a partir de sua leitura dos artigos 6º, § 1º e 9º § 4º, da Lei nº 8.987/95 e 175 da Constituição Federal, relativa à 'violação aos princípios do equilíbrio econômico financeiro do contrato e da modicidade tarifária', a par de superada pelos fundamentos expostos no acórdão atacado, veio destituída de elementos robustos que a comprovem" (fl. 1.013e).

Nesse contexto, considerando a fundamentação do acórdão objeto do Recurso Especial, os argumentos utilizados pela parte recorrente,

relacionados à existência de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, somente poderiam ter sua procedência verificada mediante o necessário reexame de matéria fática, não cabendo a esta Corte, a fim de alcançar conclusão diversa, reavaliar o conjunto probatório dos autos, em conformidade com a Súmula 7/STJ.

A propósito:

(...)

Assim, merece ser mantida a decisão ora agravada, por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao Agravo interno.

De acordo com precedentes monocráticos do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que a matéria vem sendo decidida em sentido diverso do entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça. A propósito, confirmam-se estes julgados:

Trata-se de agravo cujo objeto é decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão assim ementado:

“ADMINISTRATIVO. UTILIZAÇÃO DE FAIXA DE DOMÍNIO DE RODOVIA PARA INSTALAÇÃO DE CABOS DE FIBRA ÓTICA. BEM DE USO COMUM DO POVO. USO ESPECIAL. COBRANÇA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. STF. STJ. LEI 13.116/15. ÁREA RURAL.

I. Nos casos em que se faz necessária à instrumentalização ou à ampliação de serviços públicos concedidos a entidades privadas, o STF tem afastado a cobrança pela utilização de faixa de domínio público adjacente a rodovias e estradas federais, estaduais ou municipais.

II. O STJ firmou entendimento no sentido de que a cobrança em face de concessionária de serviços público pelo uso de solo, subsolo ou espaço aéreo é ilegítima porque a utilização reverte em favor da sociedade, razão pela qual não cabe a fixação de preço público, e porque a natureza do valor cobrado não é taxa, pois não há serviço público prestado ou poder de polícia exercido.

III. Não há qualquer restrição no texto da Lei nº 13116/15 à concessão da gratuidade quanto aos bens públicos situados em áreas rurais.”

O recurso busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação ao art. 145, II, da CF. Sustenta que: (i) é devida a cobrança pelo uso da faixa de domínio pública rodoviária; (ii) o art. 12 da Lei nº 13.116/2015 não se aplica à hipótese.

A decisão agravada negou seguimento ao recurso sob os seguintes fundamentos:

“O recurso não merece prosseguir, tendo em conta que o acórdão ora impugnado harmoniza-se com os precedentes do egrégio Supremo Tribunal Federal, a seguir transcritos: [...] Estando o acórdão desta Corte, portanto, em consonância com o referido entendimento, incide na

hipótese sub judice o Enunciado da Súmula nº 286 do STF, segundo a qual ‘não se conhece do recurso extraordinário quando a orientação do Plenário do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida’. Ante o exposto, não admito o recurso extraordinário.”

A pretensão recursal não merece prosperar. Incide na hipótese a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que afasta o cabimento de recurso extraordinário nos casos em que o deslinde da controvérsia depende previamente do exame de legislação infraconstitucional.

No caso dos autos, note-se que o Tribunal de origem consignou o seguinte: “No caso em tela, trata-se de empresa do ramo das telecomunicações que pretende fazer uso da estrutura física de rodovia federal (BR-472) para a instalação de dutos de passagem de cabos de fibra óptica. Para conceder a permissão (formalizada através de contratos administrativos individualizados), o DNIT exige o recebimento de contraprestação por trecho da estrada, anual, por se tratar de área rural. A Lei 13.116/15 rege em caráter geral o processo de licenciamento, implantação e o compartilhamento da infraestrutura de telecomunicações, no território brasileiro. Sobre o direito de passagem dessas estruturas em vias públicas, faixas de domínio ou em outros bens de uso comum do povo, o artigo 12 da Lei de regência estabelece como regra geral a gratuidade no seu exercício, nos seguintes termos: Art. 12. Não será exigida contraprestação em razão do direito de passagem em vias públicas, em faixas de domínio e em outros bens públicos de uso comum do povo, ainda que esses bens ou instalações sejam explorados por meio de concessão ou outra forma de delegação, excetuadas aquelas cujos contratos decorram de licitações anteriores à data de promulgação desta Lei. O direito de passagem a que se refere o dispositivo citado é definido pela mesma lei como a ‘prerrogativa de acessar, utilizar, atravessar, cruzar, transpor e percorrer imóvel de propriedade alheia, com o objetivo de construir, instalar, alterar ou reparar infraestrutura de suporte, bem como cabos, sistemas, equipamentos ou quaisquer outros recursos ou elementos de redes de telecomunicações’ (art. 3º, IV). Não há qualquer restrição no texto da Lei n. 13.116/15 à concessão da gratuidade quanto aos bens públicos situados em áreas rurais, pois a política pública foi estabelecida em caráter geral, e não apenas quanto às áreas urbanas, que representam uma parte menor do território brasileiro em cotejo com as zonas rurais. Pelo contrário: a norma buscou uniformizar o trâmite administrativo, simplificando e acelerando os procedimentos de outorga da permissão de uso, de modo que a sua aplicação, salvo exceção expressa, alcança áreas urbanas e rurais. Como bem apontou a parte autora na petição inicial, quando quis restringir a aplicação de uma determinada regra às áreas urbanas o legislador expressamente o fez, como nos artigos 5º, 6º e 7º da referida lei. Não é possível presumir que tais palavras – que direcionam a incidência da norma – foram redigidas de modo inútil e/ou que sejam irrelevantes. Trata-se da observância de regra basilar da hermenêutica jurídica: de atribuir às expressões da lei, quando possível e com razoabilidade, algum sentido normativo, na busca de aplicá-las na integralidade. Ressalto que o caráter gratuito parece observar o interesse público tendo em vista o objetivo de fomentar e promover os investimentos na área de

telecomunicações (art. 2º, Lei n. 13.116/15), de modo a atender a crescente demanda por esses serviços, que ainda não são desenvolvidos de modo satisfatório no Brasil. É evidente que se o objetivo é permitir a expansão da estrutura de telecomunicação, desburocratizando e reduzindo os custos do setor, não pode ser presumido ônus ao empreender quanto este não está categoricamente previsto em lei. Vale ressaltar que esse é o posicionamento que prevaleceu no âmbito da Consultoria-Geral, vinculada à Advocacia-Geral da União, que rechaçou de modo expresso o posicionamento adotado pelo DNIT acerca da matéria (OUT20, Ev. 1). Desta maneira, não pode o DNIT desvincular-se das regras para obter benefício pecuniário, com base em parecer jurídico de sua procuradoria especializada (OUT19, Ev. 1). Logo, concluo que a Lei n. 13.116/15 é aplicável tanto em relação às áreas urbanas quanto às rurais, o que inclui a gratuidade concedida no seu art. 12.”

Dissentir das conclusões adotadas demandaria tão somente o reexame da legislação infraconstitucional pertinente, providência vedada nesta fase processual. **Ademais, o acórdão recorrido não diverge da orientação do Supremo Tribunal Federal firmada no sentido de que as faixas de domínio público de vias públicas constituem bem público, inserido na categoria dos bens de uso comum do povo e que sujeitam-se aos efeitos da restrição decorrente da instalação, no solo, de equipamentos necessários à prestação de serviço público. A imposição dessa restrição não conduzindo à extinção de direitos, dela não decorre dever de indenizar.** Confira-se a ementa do julgado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RETRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA. COBRANÇA. TAXA DE USO E OCUPAÇÃO DE SOLO E ESPAÇO AÉREO. CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO. DEVER-PODER E PODER-DEVER. INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS NECESSÁRIOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO EM BEM PÚBLICO. LEI MUNICIPAL 1.199/2002. INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO. ARTIGOS 21 E 22 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. Às empresas prestadoras de serviço público incumbe o dever-poder de prestar o serviço público. Para tanto a elas é atribuído, pelo poder concedente, o também dever-poder de usar o domínio público necessário à execução do serviço, bem como de promover desapropriações e constituir servidões de áreas por ele, poder concedente, declaradas de utilidade pública. 2. As faixas de domínio público de vias públicas constituem bem público, inserido na categoria dos bens de uso comum do povo. 3. Os bens de uso comum do povo são entendidos como propriedade pública. Tamanha é a intensidade da participação do bem de uso comum do povo na atividade administrativa que ele constitui, em si, o próprio serviço público [objeto de atividade administrativa] prestado pela Administração. 4. Ainda que os bens do domínio público e do patrimônio administrativo não tolerem o gravame das servidões, sujeitam-se, na situação a que respeitam os autos, aos efeitos da restrição decorrente da instalação, no solo, de equipamentos necessários à prestação de serviço público. A imposição dessa restrição

não conduzindo à extinção de direitos, dela não decorre dever de indenizar. 5. A Constituição do Brasil define a competência exclusiva da União para explorar os serviços e instalações de energia elétrica [artigo 21, XII, b] e privativa para legislar sobre a matéria [artigo 22, IV]. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com a declaração, incidental, da inconstitucionalidade da Lei n. 1.199/2002, do Município de Ji-Paraná.” (RE 581947, Rel. Min. Eros Grau)

Diante do exposto, com base no art. 932, IV e VIII, do CPC/2015 e no art. 21, § 1º, do RI/STF, nego provimento ao recurso. Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, fica majorado em 25% o valor da verba honorária fixada anteriormente, observados os limites legais do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015.

(ARE 1238187, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 25/11/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-259 DIVULG 26/11/2019 PUBLIC 27/11/2019)

DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – TAXA – SOLO E ESPAÇO AÉREO – POSTES DE ENERGIA ELÉTRICA – PRECEDENTE DO PLENO – PROVIMENTO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, reformando o entendimento prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, julgou procedente o pedido de indenização pelo uso do solo. No extraordinário, a recorrente alega a violação dos artigos 21, inciso XII, alínea B, e 22, inciso IV, da Constituição Federal. Diz incabível a exigência de contraprestação pela utilização do espaço aéreo em faixa de domínio de rodovia.

2. O acórdão recorrido está em dissonância com a jurisprudência do Supremo. **O Pleno, julgando o recurso extraordinário no 581.947/RO, relatado pelo ministro Eros Grau, concluiu pela inconstitucionalidade da cobrança de taxa de uso e ocupação de solo e espaço aéreo públicos em função da instalação de equipamentos necessários à prestação de serviços também públicos.**

3. Ante o quadro, dou provimento ao extraordinário para, reformando o acórdão recorrido, restabelecer o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

(RE 1163302, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 06/11/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-238 DIVULG 08/11/2018 PUBLIC 09/11/2018)

Assim, constata-se que a interpretação desta Corte acerca do tema em comento conflita com julgados do Excelso Pretório, sendo de bom alvitre que o recurso extraordinário seja apreciado na instância *ad quem*.

Ante o exposto, presentes os pressupostos de admissibilidade, nos termos do art. 1.030, inciso V, alínea "a", do Código de Processo Civil, **admito o recurso extraordinário.**

Publique-se.

Intimem-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 27 de novembro de 2019.

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Vice-Presidente