

VOTO:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE):

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. COBRANÇA PELO USO DE FAIXA DE DOMÍNIO POR CONCESSIONÁRIA DE RODOVIA.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo regimental contra decisão que inadmitiu embargos de divergência em que se discutia se a controvérsia relativa à possibilidade de concessionária de rodovia cobrar de concessionária de energia elétrica pelo uso da faixa de domínio tem natureza constitucional ou infraconstitucional.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) saber se a questão é controvertida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o que justificaria a admissão dos embargos de divergência; e (ii) no mérito, saber se a controvérsia relativa à possibilidade de cobrança de preço público, por concessionária de rodovia, pelo uso da faixa de domínio tem natureza constitucional ou infraconstitucional.

III – RAZÕES DE DECIDIR

3. A matéria em debate encontra dissenso na jurisprudência desta Corte e, por consequência, autoriza a oposição dos embargos de divergência. Os precedentes da Primeira Turma são no sentido que a questão envolve o reexame da legislação infraconstitucional, enquanto os da Segunda Turma entendem que a cobrança representa violação ao art. 22, IV, da

Constituição.

4. Na ADI 3.763 (Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia, j. em 08.04.2021), o STF reconheceu a invalidade de lei estadual que exigia das concessionárias de energia elétrica pagamento ao Estado-membro pelo uso de faixas de domínio público e de áreas adjacentes a rodovias estaduais ou federais delegadas, em razão da usurpação da competência legislativa privativa da União. O entendimento não deve ser transposto para o presente caso, pois o contexto fático é distinto.

5. A jurisprudência desta Corte deve ser uniformizada no sentido que a análise da controvérsia demanda o exame da legislação infraconstitucional e de cláusulas contratuais, providências vedadas em sede de recurso extraordinário (Súmulas nº 280 e 454/STF).

IV - DISPOSITIVO

6. Agravo regimental provido, para admitir os embargos de divergência e dar-lhes provimento. Tese: *“O debate sobre a aplicabilidade da Lei nº 8.987/1995 ou do Decreto nº 84.398/1980 para a aferição da possibilidade de concessionária de serviço público cobrar de outra pelo uso de faixas de domínio ostenta natureza infraconstitucional e demanda o exame de cláusulas contratuais”*.

Dispositivos relevantes citados: CF/1988, art. 22, IV; Decreto nº 84.398/1980; Lei nº 8.987/1995, art. 11.

Jurisprudência relevante citada: STF, Súmulas nº 280 e 454; ARE 1.252.137-AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. em 29.04.2022; ARE 1.204.820-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, j. em

16.08.2019; ARE 1.235.415-AgR, Rel.^a Min.^a Rosa Weber, Primeira Turma, j. em 23.11.2020; ADI 3.763, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia, j. em 08.04.2021.

1. Trata-se de agravo interno interposto por Renovias Concessionária S.A. Inicialmente, a ora agravante havia apresentado embargos de divergência contra acórdão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal que conhecia e dava provimento ao recurso extraordinário, assentando a proibição constitucional da cobrança de preço público pela ocupação de faixas de domínio e áreas adjacentes a rodovias. Após regular processamento, o Ministro Alexandre de Moraes, em decisão monocrática, inadmitiu os embargos, ao fundamento de que a jurisprudência da Corte haveria se firmado no sentido do acórdão embargado.

2. Peço vênia ao eminente relator para dele divergir. No tocante ao juízo de admissibilidade, concluo no mesmo sentido da divergência inaugurada pelo Ministro Nunes Marques. Foi demonstrado pelo agravante o dissenso que autoriza a oposição dos embargos de divergência, especialmente pelo fato de já existirem outros embargos de divergência a respeito da mesma matéria, ainda aguardando decisão definitiva desta Corte (RE 889.095 EDV; ARE 1.422.410 EDV; ARE 1.291.183 EDV; RE 1.242.513 EDV). Assim, penso que não houve consolidação do posicionamento do Plenário sobre o assunto.

3. No mérito, entretanto, meu entendimento difere daquele já apresentado pela divergência. Em seu voto-vista, o Ministro Nunes Marques entende que a controvérsia relativa à possibilidade de cobrança de preço público, por concessionária de rodovia, pelo uso da faixa de domínio tem natureza constitucional. Por essa razão, apesar de admitir os embargos, nega-lhes provimento, por entender que houve “a ocorrência de usurpação de competência administrativa da União prevista no art. 21, II, ‘b’, da Constituição Federal”. Destaca que o Decreto nº 84.398/1980 foi recepcionado pela Constituição, e sua redação “assegura a não onerosidade da ocupação de faixas de domínio de rodovias, ferrovias e de terrenos de domínio público para instalação de linhas de transmissão de energia elétrica”. Nessa linha, a cobrança de preço público pela ocupação das faixas de domínio seria ilegítima, não incidindo no caso a

previsão do art. 11 da Lei nº 8.987/1995.

4. Penso, diferentemente, que a jurisprudência desta Corte deve ser uniformizada no sentido de reconhecer que a análise da controvérsia demanda o exame da legislação infraconstitucional e de cláusulas contratuais. Nos Embargos de Divergência no Recurso Extraordinário 889.095, cujo julgamento já se iniciou, apresentei voto nesse sentido. Na ocasião, a análise foi interrompida por pedido de destaque do Min. Gilmar Mendes. Esclareço que assento tal conclusão em três razões.

5. *Primeiro*, o sujeito ativo da cobrança não é um ente público, mas outra concessionária de serviço público. Destaco que a discussão do presente caso envolve duas concessionárias, a Renovias e a Companhia Jaguari de Energia (“CPFL”), dotadas de personalidade jurídica de direito privado. Em resumo, a Renovias pretende, com base no art. 11 da Lei nº 8.987/1995, realizar cobrança de preço pela ocupação das faixas de domínio no âmbito da concessão pela CPFL. Tomando-se por base este cenário, é necessário avaliar se a situação se alinha ao entendimento firmado por esta Suprema Corte no julgamento da ADI 3.763, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia (j. em 08.04.2021).

6. No referido precedente, o STF reconheceu a invalidade de lei estadual que exigia das concessionárias de energia elétrica pagamento pelo uso de faixas de domínio público e de áreas adjacentes a rodovias estaduais ou federais delegadas ao Estado-membro, em razão da usurpação da competência legislativa privativa da União. Veja-se o seguinte trecho do voto da relatora:

“Não está em questão, neste processo, a disciplina infraconstitucional das concessões de serviços públicos de energia elétrica. O objeto da presente ação de controle abstrato cinge-se à validade constitucional de lei estadual pela qual se exige de concessionárias de energia elétrica pagamento por utilização de faixas de domínio público e de áreas adjacentes a rodovias estaduais ou federais delegadas ao Estado-membro pavimentadas ou não para a prestação dos serviços concedidos.

(...)

Houve desempenho de competência da União pelo Estado do Rio Grande do Sul ao serem editados a Lei n.

12.238/2005 e o Decreto n. 43.787/2005 do Rio Grande do Sul. A competência da União é prevista na al. b do inc. XII do art. 21 e no inc. IV do art. 22 da Constituição da República e o Estado incluiu empresas concessionárias de serviço público de energia elétrica, a dizer, contratadas pelo ente federal e com vínculo e cláusulas entre eles fixadas como passíveis de cobrança de retribuição pecuniária pela utilização de faixas de domínio e de áreas adjacentes de rodovias estaduais ou federais delegadas no desempenho do serviço que é objeto do ajuste de que não faz parte o Estado.

A União é titular da prestação do serviço público de energia elétrica. Detém a prerrogativa constitucional de estabelecer o regime e as condições da prestação desse serviço por concessionárias, o qual não pode sofrer ingerência normativa dos demais entes políticos.”

7. Como já destaquei, a cobrança pelo uso da faixa de domínio no caso concreto aqui analisado é realizada por concessionária, e não pelo Estado-membro. Entendo que este é um elemento relevante para distinguir entre o objeto da ADI 3.763 e o do presente caso.

8. *Segundo*, a cobrança tem por fundamento a Lei nº 8.987/1995, de modo que não se cogita de usurpação de competência legislativa privativa da União. A retribuição pecuniária é exigida pela Renovias com fundamento no art. 11 da Lei de Concessões. Tal dispositivo autoriza à concessionária a exploração de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, consideradas as especificidades de cada caso e a modicidade tarifária. O debate, portanto, não tem fundamento em norma estadual – como ocorria na hipótese analisada na ADI 3.763 –, razão pela qual não também há que se falar em usurpação de competência legislativa da União.

9. *Terceiro*, a análise da retribuição pecuniária exigida da concessionária de energia elétrica demanda não apenas a análise do art. 11 da Lei nº 8.987/1995, mas também do Decreto nº 84.398/1980 e do contrato de concessão (cláusula 29.1, VI). Assim, para resolver a questão é necessário o exame da legislação infraconstitucional e de cláusula contratual, providências vedadas em sede de recurso extraordinário (Súmulas nº 280 e 454/STF). Veja-se, nessa linha, precedentes de ambas as turmas do STF:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 08.10.2020. DIREITO ADMINISTRATIVO. PRETENSÃO DE NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO. ALEGADA AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. TEMA 339 DA REPERCUSSÃO GERAL. CONCESSIONÁRIA. COBRANÇA. USO DA FAIXA DE DOMÍNIO. PREVISÃO EM CONTRATO. RE 581.947-RG. TEMA 261 DA REPERCUSSÃO GERAL. NÃO INCIDÊNCIA. LEI FEDERAL 8.987/1995. REEXAME DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO QUANTO À QUESTÃO DE COMPETÊNCIA. INAPLICABILIDADE, AO CASO CONCRETO, DO ENTENDIMENTO DOS RECENTES PRECEDENTES FIRMADOS NA ADI 3763 E ADI 6482.

(ARE 1.252.137-AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. em 29.04.2022).

“AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. FUNDAMENTAÇÃO A RESPEITO DA REPERCUSSÃO GERAL. INSUFICIÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. OFENSA CONSTITUCIONAL REFLEXA.

(...) 4. Tendo o acórdão recorrido solucionado as questões a si postas com base em preceitos de ordem infraconstitucional, não há espaço para a admissão de Recurso Extraordinário, que supõe matéria constitucional prequestionada explicitamente. 5. Agravo interno a que se nega provimento.”

(ARE 1.204.820-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, j. em 16.08.2019)

“DIREITO ADMINISTRATIVO. RODOVIA. UTILIZAÇÃO DE FAIXA DE DOMÍNIO. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 21, XII, “B”, 22, IV, 37, XXI, E 175 DA LEI MAIOR. AUSÊNCIA DO PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS NºS 282 E 356/STF. COBRANÇA DE CONTRAPRESTAÇÃO. LEI Nº 8.987/1995. CONTRATO DE CONCESSÃO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 454/STF. EVENTUAL OFENSA REFLEXA NÃO VIABILIZA O RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 102 DA

LEI MAIOR.

1. A controvérsia, nos termos do já asseverado na decisão guerreada, não alcança estatura constitucional. A suposta afronta aos preceitos constitucionais indicados nas razões recursais dependeria da análise de legislação infraconstitucional (Lei nº 8.987/1995), o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, como tal, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário, considerada a disposição do art. 102, III, “a”, da Lei Maior.

2. As razões do agravo interno não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. 3. Majoração, em 10% (dez por cento), dos honorários

anteriormente fixados, obedecidos os limites previstos no art. 85, §§ 2º, 3º e 11, do CPC/2015, ressalvada eventual concessão do benefício da gratuidade da Justiça 4. Agravo interno conhecido e não provido.”

(ARE 1.235.415-AgR, Rel.^a Min.^a Rosa Weber, Primeira Turma, j. em 23.11.2020).

10. Ante o exposto, dou provimento ao agravo regimental para admitir os embargos de divergência e dar-lhes provimento. Proponho a fixação da seguinte tese de julgamento: *“O debate sobre a aplicabilidade da Lei nº 8.987/1995 ou do Decreto nº 84.398/1980 para a aferição da possibilidade de concessionária de serviço público cobrar de outra pelo uso de faixas de domínio ostenta natureza infraconstitucional e demanda o exame de cláusulas contratuais”*.

11. É como voto.