

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Trata-se de agravo interno (eDoc 151) em que Renovias Concessionária S.A. impugna decisão monocrática mediante a qual o ministro Alexandre de Moraes, com base no art. 332 do Regimento Interno, inadmitiu embargos de divergência opostos contra acórdão da Segunda Turma por reputá-los inviáveis quando presente jurisprudência formada por órgão colegiado do Supremo no mesmo sentido do ato embargado.

No caso, a Turma, por maioria, deu provimento, com efeitos modificativos, aos embargos de declaração da Companhia Jaguari de Energia, nos termos do voto do Redator do acórdão, ministro Gilmar Mendes, para assentar a impossibilidade de cobrança de preço público pela embargada, Renovias Concessionária S.A. Eis a ementa do julgado:

Embargos de declaração em agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Cobrança de preço público como contrapartida pelo uso de faixa de domínio de rodovias estaduais para instalação da infraestrutura necessária à distribuição de energia elétrica. Impossibilidade. 3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou sua jurisprudência no sentido da inconstitucionalidade de diplomas normativos estaduais que autorizam a cobrança de retribuição pecuniária de concessionárias de energia elétrica pela ocupação de faixas de domínio e áreas adjacentes a rodovias estaduais (ADI 3763, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, *DJe* de 14.05.2021). 4. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para dar provimento ao recurso extraordinário para, assentando a impossibilidade de cobrança de preço público pretendida pela ora embargada, julgar improcedentes os pedidos formulados na ação principal, nos termos do voto do Redator para o acórdão.

Conforme alega a parte embargante:

[...] a R. decisão agravada não se sustenta, porque são inúmeros os posicionamentos da 1ª Turma deste Col. Supremo Tribunal Federal que contrariam o entendimento adotado pelo V. acórdão embargado.

Em primeiro lugar, com relação ao último precedente

citado pela R. decisão agravada (ADI 3.763), a extensão do entendimento fixado naquele caso à discussão relativa à cobrança pela utilização que outras concessionárias de serviço público fazem das faixas de domínio das rodovias é justamente o objeto da divergência verificada no âmbito desta Col. Corte. Não se discute o posicionamento adotado naquele caso; mas, sim, se ele seria aplicável aos inúmeros recursos que versam sobre a cobrança pretendida por concessionária de rodovias em face das concessionárias de energia elétrica pelo uso das faixas de domínio rodoviárias.

Se, por um lado, há precedentes da 2ª Turma reconhecendo a aplicabilidade da ADI 3.763 a casos como o presente (que é justamente o fundamento do V. acórdão objeto dos embargos de divergência), sob o entendimento de que a cobrança pretendida viola a competência privativa da União estabelecida nos arts. 21, inc. XII, “b”, e 22, inc. IV, da Constituição Federal; por outro lado há diversas decisões dos Ministros da 1ª Turma no sentido de afirmar a inaplicabilidade do precedente, uma vez que a cobrança em questão tem fundamento em lei federal (a saber, art. 11 da lei 8.987/95).

Ou seja: a divergência extrai-se, justamente, acerca da aplicabilidade da ADI 3.763-RS aos casos em que se discute a cobrança pelo uso da faixa de domínio da rodovia. A Col. Segunda Turma entende que esse precedente seria aplicável, ao passo que a Col. Primeira Turma tem posicionamento firme no sentido de que tal ADI seria inaplicável aos casos como o presente – e, por inexistir qualquer ofensa à Constituição, conclui que as discussões sobre a temática de fundo encontram respaldo apenas em legislação federal, e não constitucional.

Com relação aos demais precedentes citados pela R. decisão agravada, deve-se observar que, em nenhum dos casos mencionados, houve trânsito em julgado da decisão, de modo que não representam o entendimento definitivo desta Col. Corte sobre a matéria.

[...]

Aliás, esta Col. Corte tem ciência de que, atualmente, está em julgamento caso paradigmático sobre a matéria: os embargos de divergência opostos pela LIGHT em face da NOVADUTRA no RE n. 889.095-RJ, o qual chegou a ser incluído em sessão virtual de julgamentos, com a prolação de dois votos que delimitam a controvérsia a ser (ainda) sanada no âmbito desta Col. Corte.

Ilustrando justamente a divergência existente atualmente, o Exmo. Min. ANDRÉ MENDONÇA deu provimento ao recurso com fundamento na competência privativa da União para legislar sobre energia elétrica, ao passo que o Exmo. Min. LUIS ROBERTO BARROSO negou provimento aos embargos de divergência (doc. 4, justamente por entender que a discussão tem caráter infraconstitucional e é regulada pelo art. 11 da Lei de Concessões, sendo inaplicável a ADI 3.763.

O Relator, ministro Alexandre de Moraes, pronunciou-se pela negativa de provimento ao presente agravo interno, em manifestação assim resumida:

AGRAVO INTERNO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FIRMADA NO MESMO SENTIDO DA DECISÃO EMBARGADA. DESCABIMENTO DO RECURSO. ART. 332 DO RISTF.

I. CASO EM EXAME

Empresa concessionária de rodovia propôs ação buscando a declaração da validade de tarifa imposta à empresa concessionária de serviços relacionados a energia elétrica.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

Constitucionalidade de preço público cobrado por concessionária de rodovia, em razão da ocupação e do uso de faixa de domínio e de margens das estradas por parte da concessionária de energia, com a finalidade de instalação da infraestrutura necessária para a realização de seus serviços.

III. RAZÕES DE DECIDIR

A jurisprudência amplamente majoritária do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL firmou-se no sentido da ilegitimidade da retribuição pecuniária em tela, pois (a) a norma estadual que ampara a exação imiscui-se na competência privativa da União para legislar sobre energia elétrica; (b) o Decreto federal 84.398/1980, recepcionado pela Constituição de 1988, assegura a não onerosidade da ocupação de faixas de domínio de rodovias, ferrovias e de terrenos de domínio público para a instalação de linhas de transmissão de energia elétrica e (c) não se aplica na hipótese a previsão do art. 11 da Lei 8.987/1995.

IV. DISPOSITIVO

Agravo Interno a que se nega provimento.

Pedi vista dos autos para maior reflexão sobre o tema.

É o relato do essencial. **Passo ao voto.**

1. Da divergência jurisprudencial

Como se sabe, à luz do Código de Processo Civil de 2015, os embargos de divergência são instrumento processual que tem por objetivo uniformizar a jurisprudência, evitando decisões dissonantes entre os órgãos dos tribunais superiores. Seu cabimento está restrito à oposição contra (i) acórdão prolatado por Turma que, em recurso extraordinário ou agravo de instrumento, divirja de julgado de outra Turma ou do Plenário (RISTF, art. 330); (ii) pronunciamento de órgão fracionário que, (ii.a) em recurso extraordinário ou recurso especial, destoe da conclusão a que chegou qualquer outro órgão do mesmo tribunal, em sendo os acórdãos, embargado e paradigma, de mérito; ou, (ii.b) ainda em recurso extraordinário ou recurso especial, quando se revele descompasso com julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal na hipótese de ser um acórdão de mérito e outro de não conhecimento do recurso conquanto apreciada a controvérsia (CPC, art. 1.043).

Como requisito específico, o art. 332 do Regimento Interno do Supremo dispõe que os embargos de divergência não são admissíveis se a jurisprudência do Plenário ou de ambas as Turmas estiver firmada no sentido da decisão embargada, situação que não se verifica nestes autos. Vejamos.

Uma primeira corrente entende ser de natureza infraconstitucional, além de demandar o exame de cláusulas contratuais, o debate acerca da aplicação da Lei n. 8.987/1995 ou do Decreto n. 84.398/1980 para se aferir a possibilidade de concessionária de serviço público cobrar de outra pela utilização de faixas de domínio. Nesse sentido:

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, Segunda Turma, ministro Edson Fachin, julgamento em 29 de abril de 2022 – grifos nossos)

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, Primeira Turma, ministra Rosa Weber, julgamento em 23 de novembro de 2020 – grifos nossos)

Uma segunda corrente tem como inviável a cobrança de preço público pela ocupação de bens públicos por concessionárias de serviço de

energia elétrica. Nessa linha:

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Constitucional e Administrativo. 3. **Cobrança de preço público pela ocupação de bens públicos por concessionárias de serviço de energia elétrica. Norma estadual que autoriza a cobrança.** 4. Decreto federal nº 84.398/1980 que assegura a não onerosidade da ocupação de faixas de domínio de rodovias, ferrovias e de terrenos de domínio público para a instalação de linhas de transmissão de energia elétrica. **Usurpação da competência privativa da União para legislar sobre energia elétrica.** 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Negado provimento ao agravo regimental.

(ARE 1.422.410 ED-ED-segundos-AgR, Segunda Turma, ministro Gilmar Mendes, *DJe* de 25 de abril de 2024 – grifos nossos)

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. Direito administrativo. **Cobrança de retribuição pecuniária de concessionária de energia elétrica pela ocupação de faixas de domínio de rodovia estadual. Impossibilidade.** Precedentes.

1. A orientação do Plenário do Supremo Tribunal Federal firmada no julgamento da ADI nº 3.763/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, ao reconhecer a inconstitucionalidade de cobrança de retribuição pecuniária de concessionária de energia elétrica em razão de utilização de faixa de domínio de rodovias estaduais, deve ser aplicada ao caso dos autos.

2. Agravo regimental não provido. 3. Havendo prévia fixação de honorários advocatícios pelas instâncias de origem, seu valor monetário será majorado em 10% (dez por cento) em desfavor da parte recorrente, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, observados os limites dos §§ 2º e 3º do referido artigo e a eventual concessão de justiça gratuita.

(ARE 1.291.183 AgR, Primeira Turma, ministro Dias Toffoli, *DJe* de 28 de novembro de 2022 – grifei)

Tendo em vista que a embargante demonstrou a discrepância de conclusões acerca da mesma matéria entre os órgãos fracionários do Supremo, e ante o preenchimento dos demais requisitos dos embargos de divergência, impõe-se a admissibilidade.

2. Da natureza constitucional da controvérsia

Nos termos dos arts. 21, XII, “b”, e 22, IV, da Constituição Federal, compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, 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; a par de legislar sobre águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão.

O art. 175 da Carta dispõe que incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre mediante licitação, a prestação de serviços públicos.

A questão de fundo posta em debate é a possibilidade de cobrança de preço público por concessionária de rodovia, em virtude da ocupação e do uso de faixa de domínio e de margens das estradas pela concessionária de energia com a finalidade de instalar a infraestrutura necessária à realização de seus serviços.

O tema perpassa vários outros de índole constitucional, como a prestação dos serviços públicos, a fixação e a manutenção das cláusulas dos contratos administrativos e a gestão de bens públicos pelos entes políticos.

Dessa forma, entendo que a matéria em discussão – retribuição pecuniária pelo uso da faixa de domínio de rodovias estaduais – ostenta natureza constitucional.

3. Do mérito

O cerne desta controvérsia já foi objeto da ADI 3.763, da relatoria da ministra Cármen Lúcia, com acórdão publicado no *DJe* de 14 de maio de 2021. Na ocasião, a Corte declarou inconstitucional a cobrança prevista na Lei n. 12.238/2005 do Estado do Rio Grande do Sul.

O fundamento central daquela decisão foi a ocorrência de usurpação de competência administrativa da União prevista no art. 21, II, “b”, da Constituição Federal. A premissa é compatível com o caso ora em análise, em que a causa de pedir são portarias editadas por autarquia estadual

(Agência de Transporte do Estado de São Paulo – Artesp) a exigirem das concessionárias de energia elétrica o pagamento de preço público como condição de acesso às faixas de domínio das rodovias estaduais, matéria adstrita ao âmbito da União, conforme indicado no aludido dispositivo constitucional.

Além disso, no julgamento da ação de controle concentrado, invocou-se, a título de reforço de fundamentação, a conclusão do Plenário ao julgar o paradigma do Tema n. 261 da repercussão geral, RE 581.947, ministro Eros Grau, *DJe* de 27 de agosto de 2010, cuja *ratio* também é aqui aplicável. Confira-se:

(i) as faixas de domínio das vias constituem bem público do qual precisam fazer uso as empresas concessionárias da prestação de um serviço público para assegurarem a sua própria execução; e

(ii) os bens de domínio público e do patrimônio administrativo sujeitam-se aos efeitos da restrição da instalação, no solo, dos equipamentos indispensáveis à prestação do serviço público.

Tais aspectos foram consignados no voto condutor da ADI 3.763, o que evidencia a estrita aderência com a questão jurídica discutida no curso deste processo. Assim, entendo ser mandatária sua observância, conforme o disposto no inciso I do art. 927 do Código de Processo Civil.

Ressalte-se que o art. 2º do Decreto n. 84.398/1980, recepcionado pela ordem constitucional atual, dispõe que “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”.

Nessa esteira há a previsão do art. 12 da Lei n. 13.116/2015 (Lei Geral de Antenas), assentada constitucional no julgamento da ADI 6.482.

A norma do art. 11 da Lei n. 8.987/1995, segundo a qual, “no atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente 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, observado

o disposto no art. 17 desta Lei”, não revogou o art. 2º do Decreto n. 84.398/1980, uma vez que podem ser compatibilizadas.

Com efeito, é possível que as empresas concessionárias auferam receitas adicionais, mediante a exploração de atividade secundária, isto é, distinta do objeto principal da concessão, salvo quando no contexto da implantação dos equipamentos das empresas de energia elétrica em faixas de domínio.

Quanto ao ponto, cabe mencionar o voto do ministro André Mendonça proferido no RE 889.095 AgR-ED-EDv – ainda pendente – e sintetizado nos seguintes termos:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTROVÉRSIA COM ESTATURA CONSTITUCIONAL. COBRANÇA PELO USO DAS FAIXAS DE DOMÍNIO DE RODOVIAS IMPOSTA A CONCESSIONÁRIAS DE ENERGIA ELÉTRICA. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA E MATERIAL DA UNIÃO SOBRE SERVIÇOS DE ENERGIA (ART. 21, INC. XII, AL. “B”, E ART. 22, INC. XII, DA CRFB). NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA À REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS PREVISTA NA CRFB. PRINCÍPIO FEDERATIVO. UNIFORMIZAÇÃO DO SISTEMA REGULATÓRIO DOS SERVIÇOS DE ENERGIA. ART. 151 DO CÓDIGO DE ÁGUAS (DECRETO Nº 24.643, DE 1934) E DECRETO Nº 84.398, DE 1980: JUÍZO DE RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL POSITIVO. COTEJO ENTRE O ART. 11 DA LEI Nº 8.987, DE 1995, E O DECRETO Nº 84.398, DE 1980. INOPONIBILIDADE NA EXECUÇÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. INVIÁVEL PERCEPÇÃO DE RECEITA ADICIONAL EM FAVOR DE UMA CONCESSIONÁRIA EM DETRIMENTO DA ATIVIDADE PRINCIPAL DE OUTRA. NATUREZA DO BEM PÚBLICO COMPARTILHADO. BEM PÚBLICO DE USO COMUM DO POVO. COMPARTILHAMENTO NÃO ONEROSO, NO CASO DAS FAIXAS DE DOMÍNIO RODOVIÁRIAS, PARA SERVIÇOS PÚBLICOS PRESTADOS PELAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO. HARMONIA REGULATÓRIA E FEDERATIVA. EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. PARADIGMAS: RE Nº 581.947-RG/RO (TEMA RG Nº 261), ADI

Nº 3.763/RS E ADI Nº 6.482/DF.

1. O tema da cobrança de tarifa pelo uso das faixas de domínio em face de empresas concessionárias de energia elétrica atinge estatura constitucional, referindo-se à questão atinente à repartição constitucional de competências (arts. 21, inc. XII, al. “b”, e 22, inc. XII).

2. Patente a competência da União para legislar privativamente sobre energia, além da administração dos serviços de energia elétrica, conforme os arts. 21, inc. XII, al. “b”, e 22, inc. XII, da Constituição da República.

3. Competência material exercida por agências reguladoras, cujo poder normativo não deve extravasar os lindes estabelecidos na CRFB e na legislação federal. Observância ao princípio federativo.

4. O Decreto nº 84.398, de 1980, que regulamenta o art. 151 do Código de Águas, foi recepcionado pela Constituição da República, porquanto não extravasa os limites do poder regulamentar pela previsão de não onerosidade na ocupação de faixas marginais por empresa prestadora de serviço público.

5. Questão de mérito relativa à necessidade de harmonização e uniformidade do sistema regulatório atinente aos serviços públicos que, no caso da ocupação de equipamentos necessários à prestação do serviço de energia elétrica, não deve onerar as empresas (públicas ou concessionárias) prestadoras.

6. Impossibilidade de aplicação, na hipótese, do art. 11 da Lei de Concessões para auferimento de receitas adicionais a contrato administrativo de uma concessionária em detrimento da oneração imprevista de atividade principal atinente a contrato administrativo de outra prestadora de serviço público. Subsídio cruzado que alveja o interesse público primário e viabiliza, caso admitido, potencial ressarcimento em face do Poder Público concedente.

7. As faixas de domínio são consideradas bem público de uso comum do povo. Importância da noção do bem utilizado no aporte de linhas de transmissão de energia elétrica. Embora haja previsão pela oneração na utilização de infraestrutura noutros serviços públicos, a implantação das faixas de domínio não implica altos custos, não havendo razão para cobrança em face da prestação de serviços que beneficiam toda a coletividade.

8. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu

para não permitir a cobrança pelo uso das faixas marginais de rodovias em virtude da alocação de equipamentos necessários à prestação do serviço público de interesse coletivo: *ratio decidendi* dos paradigmas, RE nº 581.947-RG/RO (Tema de RG nº 261) e ADIs nº 3.763/RS e nº 6.482/DF.

9. Conclusão pela impossibilidade da cobrança de tarifa pelo uso das faixas de domínio por concessionárias de rodovia em face das concessionárias prestadoras do serviço de energia elétrica.

10. Embargos de divergência providos, conferindo-se provimento, também, ao agravo regimental e ao recurso extraordinário.

Amparado nessas razões, e pedindo vênias àqueles que pensam de maneira diversa, reputo inviável o acolhimento dos embargos de divergência.

Em suma: embora admita os embargos de divergência devido à necessidade de harmonização e uniformização da jurisprudência, penso que lhes deve ser negado provimento, adotando-se o entendimento de que (i) a controvérsia ostenta estatura constitucional e (ii) a cobrança de preço público ou tarifa pela ocupação de bens públicos por concessionárias de serviço de energia elétrica é ilegítima, pois (ii.a) a norma estadual que ampara a exação se imiscuiu na competência privativa da União para legislar sobre energia elétrica, (ii.b) o Decreto federal n. 84.398/1980, recepcionado pela Constituição de 1988, 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 e (ii.c) a previsão do art. 11 da Lei n. 8.987/1995 não se mostra aplicável à espécie.

4. Dispositivo

Ante o exposto, divergindo do Ministro Relator, dou provimento ao agravo interno, para admitir os embargos de divergência e, passando à análise do mérito, negar-lhes provimento.

É como voto.