

**RECURSO ESPECIAL Nº 975.097 - SP (2007/0184490-4)**

**RELATORA** : MINISTRA DENISE ARRUDA  
**R.P/ACÓRDÃO** : MINISTRO HUMBERTO MARTINS  
**RECORRENTE** : CONCESSIONÁRIA ECOVIAS DOS IMIGRANTES S/A  
**ADVOGADO** : EDUARDO ANTONIO LUCHO FERRÃO E OUTRO(S)  
**RECORRIDO** : COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO  
ESTADO DE SÃO PAULO - SABESP  
**ADVOGADO** : OSMAR MENDES PAIXÃO CÔRTEZ E OUTRO(S)  
**ASSISTENTE** : DEPARTAMENTO NACIONAL DE  
INFRA-ESTRUTURA DE TRANSPORTES - DNIT  
**PROCURADOR** : FÁBIO MARCELO DE REZENDE DUARTE E  
OUTRO(S)

**EMENTA**

ADMINISTRATIVO – CONCESSÃO DE  
RODOVIA ESTADUAL – PREQUESTIONAMENTO E  
APLICABILIDADE APENAS DO ART. 11 DA LEI N. 8.987/95 –  
INSTALAÇÃO DE DUTOS SUBTERRÂNEOS – EXIGÊNCIA  
DE CONTRAPRESTAÇÃO DE CONCESSIONÁRIA DE  
SANEAMENTO BÁSICO – POSSIBILIDADE – NECESSIDADE  
DE PREVISÃO NO CONTRATO DE CONCESSÃO – ART. 11  
DA LEI N. 8.987/95.

1. O único artigo prequestionado e que se aplica ao caso é o art. 11 da Lei n. 8.987/95.

2. 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.

3. No edital, conforme o inciso XIV do art. 18 da citada lei, deve constar a minuta do contrato, portanto o art. 11, ao citar "*no edital*", não inviabiliza que a possibilidade de aferição de outras receitas figure apenas no contrato, pois este é parte integrante do edital.

4. No presente caso, há a previsão contratual exigida no item VI, 31.1, da Cláusula 31, *in verbis*: "*cobrança pelo uso da faixa de domínio público, inclusive por outras concessionárias de serviço público, permitida pela legislação em vigor*".

# *Superior Tribunal de Justiça*

5. Violado, portanto, o art. 11 da Lei n. 8.987/95 pelo Tribunal de origem ao impor a gratuidade.

Recurso especial conhecido em parte e provido.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça:, "Prosseguindo no julgamento, a Seção, por maioria, vencidos a Sra. Ministra Relatora e os Srs. Ministros Herman Benjamin e Benedito Gonçalves, conheceu parcialmente do recurso especial e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Humberto Martins, que lavrará o acórdão."

Votaram com o Sr. Ministro Humberto Martins os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon e Luiz Fux.

Impedido o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Declararam-se habilitados a votar a Sra. Ministra Eliana Calmon e o Sr. Ministro Herman Benjamin, que estavam ausentes no primeiro julgamento.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Castro Meira.

Brasília (DF), 09 de dezembro de 2009(Data do Julgamento)

**MINISTRO HUMBERTO MARTINS**

**Relator**

**RECURSO ESPECIAL Nº 975.097 - SP (2007/0184490-4)**

**RELATORA** : **MINISTRA DENISE ARRUDA**  
**RECORRENTE** : **CONCESSIONÁRIA ECOVIAS DOS IMIGRANTES S/A**  
**ADVOGADO** : **EDUARDO ANTONIO LUCHO FERRÃO E OUTRO(S)**  
**RECORRIDO** : **COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SABESP**  
**ADVOGADO** : **OSMAR MENDES PAIXÃO CÔRTEZ E OUTRO(S)**  
**ASSISTENTE** : **DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRA-ESTRUTURA DE TRANSPORTES - DNIT**  
**PROCURADOR** : **FÁBIO MARCELO DE REZENDE DUARTE E OUTRO(S)**

**RELATÓRIO**

**A EXMA. SRA. MINISTRA DENISE ARRUDA (Relatora):**

Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, *a e c*, da Constituição Federal, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo cuja ementa é a seguinte:

*"Ação Ordinária. Litígio entre concessionárias. Ocupação de faixas laterais de estradas públicas objeto de exploração por concessão, para fins de implantação de obras de saneamento. Pertinência independentemente de pagamento pelo uso, exceto quanto aos danos provocados, já que inexistente interferência no fluxo de trânsito. Inocorrência de renúncia na celebração de contrato anuindo em remuneração. Direito indisponível e de interesse público. Obrigatoriedade da imposição de multa no caso de inobservância de preceito. Ausência de comprovação de prejuízos pela autora. Apelação parcialmente provida." (fl. 563)*

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados. Os segundos embargos apresentados na seqüência foram parcialmente acolhidos, sem alteração do resultado de julgamento.

Em suas razões recursais (fls. 655-703), a recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 21, 269, V, e 503, do CPC, 66, I, e 68, do Código Civil de 1916, e 11 da Lei 8.987/95. Afirma, em síntese, que: (a) o uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou oneroso, a depender da legislação do ente a cuja administração pertencerem; (b) o art. 11 da Lei 8.987/95 prevê a possibilidade de se atribuir receitas acessórias para as concessionárias de serviço público, sendo certo que tal previsão consta expressamente do contrato de concessão da ECOVIAS, o qual dispõe que a referida concessionária poderá obter remuneração mediante cobrança pelo uso da faixa de domínio público, inclusive por outras concessionárias de serviço público; (c) é absolutamente legal a cobrança de preço pela utilização das faixas de domínio público das rodovias concedidas. Requer, ainda, seja reapreciada a distribuição dos ônus sucumbenciais. Relaciona julgados de outros Tribunais no sentido das teses esposadas.

Apresentadas as contra-razões e inadmitido o recurso, subiram os autos, posteriormente, em razão do provimento de agravo de instrumento.

É o relatório.

**RECURSO ESPECIAL Nº 975.097 - SP (2007/0184490-4)**

**VOTO**

**A EXMA. SRA. MINISTRA DENISE ARRUDA (Relatora):**

O recurso não merece prosperar.

Discute-se, na hipótese, a possibilidade de utilização das faixas de domínio de rodovia sob regime de concessão, para a execução de obras de manutenção e expansão de redes de água e esgoto, sem a contraprestação pecuniária exigida pela concessionária recorrente.

Tem-se, no caso, verdadeira servidão administrativa instituída sobre bem público explorado por concessionária de serviços públicos. É cediço, no entanto, que não se admite indenização se a instituição da servidão administrativa não trouxer nenhum prejuízo à normal utilização da propriedade atingida.

A esse respeito, é oportuno conferir a lição de José dos Santos Carvalho Filho (*in Manual de Direito Administrativo*, 14ª edição, revista e ampliada, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, pág. 620):

*"A servidão administrativa encerra apenas o uso da propriedade alheia para possibilitar a execução de serviços públicos. Não enseja a perda da propriedade, como é o caso da desapropriação. Nesta a indenização deve corresponder ao valor do bem cuja propriedade foi suprimida e transferida ao Poder Público. Como na servidão administrativa somente há o uso de parte da propriedade, o sistema indenizatório terá delineamento jurídico diverso.*

*A regra reside em que a servidão administrativa não rende ensejo à indenização se o uso pelo Poder Público não provoca prejuízo ao proprietário. Segue-se daí que, se o direito real de uso provocar prejuízo ao dominus, deverá este ser indenizado em montante equivalente ao mesmo prejuízo. É bom lembrar que o ônus da prova cabe ao proprietário. A ele cabe provar o prejuízo; não o fazendo, presume-se que a servidão não produz qualquer prejuízo." (fl. 620)*

Em situação semelhante, esta Superior Corte de Justiça já se manifestou sobre o tema, asseverando, na ocasião, que o município não pode cobrar pelo uso do solo se o serviço se destina à comunidade municipal. A hipótese mencionada versava, igualmente, sobre a instituição de servidão administrativa para a passagem de tubulações de água e esgoto.

O respectivo acórdão ficou assim ementado:

**"TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO - USO DO SOLO MUNICIPAL PARA SERVIÇO DE UTILIDADE PÚBLICA - COBRANÇA.**

- 1. Não pode o município cobrar pelo uso do solo, se o serviço se destina a comunidade municipal.*
- 2. Sem ser taxa (porque inexistente serviço prestado pelo Município) e sem ser contraprestação pela utilização do solo, caracteriza-se como cobrança de um bem público.*
- 3. Ilegalidade da cobrança.*
- 4. Recurso provido em parte." (RMS 11.412/SE, 2ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Eliana Calmon, DJ de 12.8.2002)*

# Superior Tribunal de Justiça

Nesse contexto, não se pode permitir a cobrança da contraprestação pecuniária almejada pela recorrente em decorrência da utilização das faixas de domínio da rodovia sobre a qual detém contrato de concessão, sobretudo porque se trata de obra destinada à melhoria de serviço público essencial, que atinge, apenas temporariamente, bem de uso comum do povo.

Salienta-se, por fim, que é inviável, em sede de recurso especial, a apreciação do quantitativo em que autor e réu saíram vencedores ou vencidos na demanda, bem como da existência de sucumbência mínima ou recíproca, por ensejar o revolvimento de matéria eminentemente fática, a atrair o óbice da Súmula 7/STJ.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

*"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. PROPORCIONALIDADE. MATÉRIA FÁTICA. DANOS MORAIS.*

*1. A fixação da proporcionalidade da sucumbência cabe às instâncias ordinárias, porquanto resulta da avaliação subjetiva do órgão julgador diante das circunstâncias fáticas da causa, por isso que insusceptível de ser revista em sede de recurso especial, a teor da Súmula 07 desta Corte.*

*2. Nos casos de indenização por danos morais, fixado o valor indenizatório menor do que o indicado na inicial, não se pode, para fins de arbitramento de sucumbência, incidir no paradoxo de impor-se à vítima o pagamento de honorários advocatícios superiores ao deferido a título indenizatório.*

*3. Ausência de motivos suficientes para a modificação do julgado. Manutenção da decisão agravada.*

*4. Agravo regimental desprovido." (AgRg no Ag 459.509/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 19.12.2003)*

*"CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO. FUNDAMENTAÇÃO. INSPIRAÇÃO. DECISÃO. ANTERIOR. POSSIBILIDADE. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. INTUITO PROCRASTINATÓRIOS. MULTA. CONDOMÍNIO IRREGULAR. TAXAS CONDOMINIAIS. COBRANÇA. LEGITIMAÇÃO ATIVA. MULTA MORATÓRIA. PREVISÃO. CONVENÇÃO DO CONDOMÍNIO. CDC. INAPLICABILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. AFERIÇÃO. SÚMULA 07/STJ. INCIDÊNCIA.*

Omissis.

*4. A aferição da quantidade em que autor e réu saíram vencidos na demanda, bem como da existência de sucumbência mínima ou recíproca, encontra inequívoco óbice na súmula 07/STJ, por revolver matéria eminentemente fática. Precedentes.*

*5. Recurso Especial não conhecido." (REsp 265.534/DF, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 1º.12.2003)*

*"FGTS: CORREÇÃO MONETÁRIA - DIFERENÇAS - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - DIVERGÊNCIA NÃO CONFIGURADA - CONFIGURAÇÃO OU NÃO DE SUCUMBÊNCIA EM PARCELA MÍNIMA. - REEXAME DE PROVA - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 07/STJ.*

Omissis.

*3 O juízo sobre o grau de sucumbimento de cada parte para fins de fixação e distribuição da verba honorária envolve análise de matéria fática, incabível em recurso especial (Súmula 07/STJ)." (AgRg no REsp 536.641/DF, 1ª*

# *Superior Tribunal de Justiça*

Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 25.8.2003)

À vista do exposto, o recurso especial deve ser parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

É o voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
PRIMEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2007/0184490-4

**REsp 975097 / SP**

Números Origem: 0295972 200602414073 30819353 3539025 3539025701 3539025902 4242002  
53020095972 5835320020095977 9501300

PAUTA: 11/11/2009

JULGADO: 11/11/2009

**Relatora**

Exma. Sra. Ministra **DENISE ARRUDA**

**Ministro Impedido**

Exmo. Sr. Ministro : **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **WALLACE DE OLIVEIRA BASTOS**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : CONCESSIONÁRIA ECOVIAS DOS IMIGRANTES S/A  
ADVOGADO : EDUARDO ANTONIO LUCHO FERRÃO E OUTRO(S)  
RECORRIDO : COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO -  
SABESP  
ADVOGADO : OSMAR MENDES PAIXÃO CÔRTEZ E OUTRO(S)  
ASSISTENTE : DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRA-ESTRUTURA DE TRANSPORTES  
- DNIT  
PROCURADOR : FÁBIO MARCELO DE REZENDE DUARTE E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO -  
Intervenção do Estado na Propriedade - Servidão Administrativa

**SUSTENTAÇÃO ORAL**

Sustentou, oralmente, a Dra. JANAINA CASTRO DE CARVALHO KALUME, pela recorrente.

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto da Sra. Ministra Relatora concedendo parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negando-lhe provimento, pediu vista o Sr. Ministro Humberto Martins."

Aguardam os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Hamilton Carvalhido e Luiz Fux.

Impedido o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Ausentes, justificadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon e o Sr. Ministro Herman Benjamin.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Castro Meira.

Brasília, 11 de novembro de 2009

Carolina Vêras  
Secretária



**RECURSO ESPECIAL Nº 975.097 - SP (2007/0184490-4)**

**RELATORA : MINISTRA DENISE ARRUDA**  
**RECORRENTE : CONCESSIONÁRIA ECOVIAS DOS IMIGRANTES S/A**  
**ADVOGADO : EDUARDO ANTONIO LUCHO FERRÃO E OUTRO(S)**  
**RECORRIDO : COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO**  
**ESTADO DE SÃO PAULO - SABESP**  
**ADVOGADO : OSMAR MENDES PAIXÃO CÔRTEZ E OUTRO(S)**  
**ASSISTENTE : DEPARTAMENTO NACIONAL DE**  
**INFRA-ESTRUTURA DE TRANSPORTES - DNIT**  
**PROCURADOR : FÁBIO MARCELO DE REZENDE DUARTE E**  
**OUTRO(S)**

**EMENTA**

ADMINISTRATIVO – CONCESSÃO DE RODOVIA ESTADUAL – PREQUESTIONAMENTO E APLICABILIDADE APENAS DO ART. 11 DA LEI N. 8.987/95 – INSTALAÇÃO DE DUTOS SUBTERRÂNEOS – EXIGÊNCIA DE CONTRAPRESTAÇÃO DE CONCESSIONÁRIA DE SANEAMENTO BÁSICO – POSSIBILIDADE – NECESSIDADE DE PREVISÃO NO CONTRATO DE CONCESSÃO – ART. 11 DA LEI N. 8.987/95.

1. O único artigo prequestionado e que se aplica ao caso é o art. 11 da Lei n. 8.987/95.

2. 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.

3. No edital, conforme o inciso XIV do art. 18 da citada lei, deve constar a minuta do contrato, portanto o art. 11, ao citar "*no edital*", não inviabiliza que a possibilidade de aferição de outras receitas figure apenas no contrato, pois este é parte integrante do edital.

4. No presente caso, há a previsão contratual exigida no item VI, 31.1, da Cláusula 31, *in verbis*: "*cobrança pelo uso da faixa de domínio público, inclusive por outras concessionárias de serviço público, permitida pela legislação em vigor*".

5. Violado, portanto, o art. 11 da Lei n. 8.987/95 pelo Tribunal de origem ao impor a gratuidade.

Recurso especial conhecido em parte e provido.

**VOTO-VISTA**

**O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS:**

Cuida-se de recurso especial interposto pela CONCESSIONÁRIA ECOVIAS DOS IMIGRANTES S/A, com base nas alíneas "a" e "c" do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal/88, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado (fl. 563):

*"Ação Ordinária. Litígio entre concessionárias. Ocupação de faixas laterais de estradas públicas objeto de exploração por concessão, para fins de implantação de obras de saneamento. Pertinência independentemente de pagamento pelo uso, exceto quanto aos danos provocados, já que inexistente interferência no fluxo de trânsito. Inocorrência de renúncia na celebração de contrato anuindo em remuneração. Direito indisponível e de interesse público. Obrigatoriedade da imposição de multa no caso de inobservância de preceito. Ausência de comprovação de prejuízos pela autora. Apelação parcialmente provida."*

A ora recorrente opôs embargos de declaração contra o acórdão acima ementado, que restaram rejeitados (fl. 596).

Novos embargos de declaração foram opostos pela recorrente, os quais, desta feita, foram recebidos em parte sem alteração do julgamento, a fim de esclarecer que *"a ocupação deverá sujeitar-se às exigências do DER/SP, previamente estabelecidas"*. Condicionado, assim, o uso gratuito das margens da rodovia para implantação de tubulação de saneamento básico às exigências do DER/SP (fls. 615/619).

A recorrente alega, nas suas razões recursais, que:

(I) o artigo 11 da Lei n. 8.987/95 possibilita a receita aqui tratada;

(II) o artigo 68 do Código Civil/1916 estabelece a possibilidade de contraprestação pelo uso de bem público comum;

(III) o contrato de concessão de exploração da rodovia prevê, no item VI, 31.1, da Cláusula 31, a *"cobrança pelo uso da faixa de domínio público, inclusive por outras concessionárias de serviço público, permitida pela legislação em vigor"*;

# Superior Tribunal de Justiça

(IV) o contrato de autorização de uso (fls. 442/451), firmado entre a recorrente e a recorrida, em 9.1.2003, prevê – na sua CLÁUSULA SEXTA: DO PREÇO E CONDIÇÕES DE PAGAMENTO, item 6.1 – a cobrança do valor anual de R\$ 29,53 (vinte e nove reais e cinquenta e três centavos) por metro;

(V) por ter sido firmado em data posterior ao ajuizamento da ação ordinária em tela, a sua vigência implica renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação, ensejando, conseqüentemente, a extinção do processo, sem resolução do mérito, na forma do inciso V do artigo 269 do Código de Processo Civil;

(VI) não há direito público e indisponível da recorrida em não arcar com a contraprestação, pois todas as leis mencionadas possibilitam a cobrança;

(VII) o uso gratuito, mesmo havendo previsão legal e contratual para a cobrança, implicaria enriquecimento sem causa da recorrida;

(VIII) a inexistência de critérios claros para a instalação de vias de saneamento básico na área da rodovia poderá prejudicar motoristas que lá trafegam;

(IX) apesar de o Tribunal de origem ter provido parcialmente o recurso de apelação, os ônus da sucumbência foram impostos somente a si; e,

(X) existe divergência jurisprudencial.

Afirma, ao final, que foram violados os artigos 66, inciso I, e 68 do Código Civil/1916, os artigos 21, 269, inciso V, e 503 do Código de Processo Civil e o artigo 11 da Lei n. 8.987/95 (fls. fls. 655/703).

A recorrida aduz, nas suas contrarrazões, que:

- a) as normas listadas não foram devidamente prequestionadas;
- b) deve incidir a Súmula 83/STJ, pois o acórdão atacado tem respaldo nos seguintes acórdãos desta Corte: RMS 12.081/SE, RMS 12.258/SE, RMS 12.202/SE e RMS 11.910/SE.
- c) tem como atividade básica, na forma da Lei Estadual/SP n. 119/73, o planejamento, a execução e a operação dos serviços públicos de saneamento básico em todo o território do estado;
- d) por ser empresa estatal (sociedade de economia mista), não pode remunerar o uso de bem público sob pena de confusão obrigacional;
- e) inexistente legislação autorizando a cobrança de contraprestação;

f) a instalação das vias de escoamento não traz qualquer prejuízo à recorrente e, se houvesse algum dano, caberia indenização;

g) trata-se de servidão de aqueduto, na forma do § 4º do artigo 120 do Código de Águas, portanto não há falar em remuneração;

h) há interesse público indisponível envolvido;

i) a paralisação das suas obras causa impacto social negativo;

j) não explora atividade econômica;

k) os valores cobrados são exorbitantes;

l) o contrato firmado não implica renúncia, pois precisou agir assim para resguardar o interesse público; e,

m) a condenação da recorrente nos ônus da sucumbência foi correta (fls. 764/793).

Interposto também recurso extraordinário (fls. 622/650).

Foi negado seguimento ao presente recurso especial na origem, entretanto os autos subiram por meio de agravo de instrumento provido (fl. 929).

O DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES – DNIT requereu o seu ingresso no feito como assistente simples, o que foi deferido pela Ministra Relatora (fl. 957).

Após percuciente voto da Ministra Relatora, conhecendo em parte do recurso especial e negando-lhe provimento, pedi vista dos autos para analisar a questão.

É, no essencial, o relatório.

### **DA ADMISSIBILIDADE DO PRESENTE RECURSO ESPECIAL**

Alega a recorrida que os artigos citados como violados não foram prequestionados.

De fato, os artigos 68 do Código Civil/1916 e 503 do Código de Processo Civil não foram prequestionados, pois não veiculados nas contrarrazões de apelação, não foram debatidos no acórdão principal nem devidamente nos acórdãos dos aclaratórios.

# Superior Tribunal de Justiça

Entretanto, o artigo 66, inciso I, do Código Civil/1916, o artigo 11 da Lei n. 8.987/95 e o artigo 269, inciso V, do Código de Processo Civil foram devidamente prequestionados. Ressalte-se que prescinde de prequestionamento a violação do artigo 21 do Código de Processo Civil, pois concomitante ao acórdão.

Aduz a recorrida que incide a Súmula 83/STJ, pois o acórdão atacado adotou igual entendimento dos acórdãos lavrados por esta Corte, nos RMS 12.081/SE, RMS 12.258/SE, RMS 12.202/SE e RMS 11.910/SE.

Não deve prosperar tal alegação, pois não há similitude fática entre o que foi decidido naqueles recursos ordinários em mandado de segurança e o que foi tratado pelo Tribunal de origem.

Aqui, trata-se de cobrança de contraprestação não por ente da federação para o uso temporário de bem público, mas apenas, e tão-somente, por outra concessionária. Tanto que jamais se cogitaria aplicar o artigo 11 da Lei n. 8.987/95 em relação às receitas pretendidas pelo ente da federação.

Não há dúvida que o ente da federação nos RMS citados não está atuando como concessionário de serviço público, portanto inaplicável a possibilidade do artigo citado de incrementação de receita. Somente as concessionárias têm essa possibilidade, eis a norma:

*"Art. 11. 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.*

*Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato."*

Além disso, um ente federado somente poderia exigir tal contraprestação por meio de lei específica.

Assim, o presente caso não pode ser sotoposto à Súmula 83/STJ.

**DA INAPLICABILIDADE DO INCISO I DO ARTIGO 66 DO CC/16 POR EXISTIR NORMA ESPECÍFICA**

Norberto Bobbio, *in Teoria do Ordenamento Jurídico*, ilustra que todas as antinomias entre regras são conflitos aparentes de normas e que, em um sistema jurídico autopoiético como o que se adotou no Brasil, encontra-se solução endógena para tais vícios sistêmicos.

Primeiro, observa-se a qual tipo de regra foi outorgada pela Constituição Federal/88 a possibilidade de dispor da matéria. No presente caso, tanto o CC/16 quanto a Lei n. 8.987/95 têm natureza ordinária, logo não é necessário tal critério.

Segundo, observa-se se há uma relação de especialidade entre as regras, sendo que, no presente caso, existe tal especialidade.

Ora, o inciso I do artigo 66 do Código Civil/16 trata dos bens públicos de uso comum de forma geral, e o artigo 11 da Lei n. 8.987/95 trata dos bens públicos de uso comum nas concessões, portanto deve ser afastada aplicabilidade da regra mais geral por existir regra específica.

Chega-se à conclusão, desta forma, que não há violação do inciso I do artigo 66 do Código Civil/16, por ser inaplicável ao caso em debate.

#### **DA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 11 DA LEI N. 8.987/95**

Em um Estado Democrático de Direito (*caput* do artigo 1º da Constituição Federal/88), o titular do interesse público é o povo que, diretamente ou por meio dos seus representantes (Poder Legislativo), estabelece os seus conteúdos e limites.

Inquestionável que o artigo 11 da Lei n. 8.987/95 foi editado pelo Poder Legislativo e que inexistente qualquer debate em controle concentrado sobre a sua constitucionalidade, portanto tal regra ilustra o que o povo entende por interesse público. Eis, novamente, o seu texto:

*"Art. 11. 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.*

*Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato." (Grifo meu.)*

# Superior Tribunal de Justiça

Ora, para a melhor satisfação do interesse público, segundo o seu titular, 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*".

Ressalte-se que, no edital, conforme o inciso XIV do art. 18 da citada lei, deve constar a minuta do contrato, portanto o art. 11, ao citar "*no edital*", não inviabiliza que a possibilidade de aferição de outras receitas figure apenas no contrato, pois este é parte integrante do edital.

Essa faculdade concedida pela Lei foi utilizada pelo Poder Concedente no contrato de concessão de exploração da rodovia em tela, que prevê, no item VI, 31.1, da Cláusula 31, a "*cobrança pelo uso da faixa de domínio público, inclusive por outras concessionárias de serviço público, permitida pela legislação em vigor*".

**A imposição da gratuidade pelo Tribunal de origem macula o artigo 11 da Lei n. 8.987/95 e macula o artigo 2º da Constituição Federal/88, por invadir a esfera de discricionariedade do Poder Executivo Concedente e por pretender atuar como legislador positivo.**

Apesar do debate constitucional ficar afastado em face da competência do STF, a violação do artigo 11 da Lei n. 8.987/95 deve ser declarada e afastada por esta Corte.

Ressalte-se, por fim, que os debates sobre os valores cobrados e sobre a inexistência de prejuízo à recorrente esbarram na Súmula 7/STJ, bem como não se aplica também a norma do § 4º do artigo 120 do Código de Águas, porquanto mais geral do que a norma do artigo 11 da Lei n. 8.987/95. Além disso, não há falar em confusão obrigacional, pois a SABESP, apesar de ser sociedade de economia mista com ações em bolsa, tem personalidade jurídica de direito privado própria e autônoma em relação ao Estado de São Paulo, estando adstrita, em pé de igualdade com as empresas concessionárias privadas, ao regime jurídico de direito privado.

## **DA INEXISTÊNCIA DE RENÚNCIA (OBITER DICTUM)**

Em *obiter dictum*, a renúncia, nas palavras da Ministra Eliana Calmon (REsp 617.003/RS), é ato privativo do autor, pode ser exercido em qualquer tempo ou grau de jurisdição, independentemente da anuência da parte contrária; enseja a extinção do feito nos termos do art. 269, V, do CPC (extinção com julgamento do mérito), impedindo a propositura de qualquer outra ação sobre o mesmo direito; é instituto de natureza material, cujos efeitos são os

# Superior Tribunal de Justiça

mesmos da improcedência da ação e equivale, às avessas, ao reconhecimento do pedido pelo réu.

Caio Mário da Silva Pereira afirma, no seu livro **Instituições de Direito Civil**. Vol. I, 23 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, que:

*"Dá-se renúncia com a abdicação que o titular faz do seu direito, sem transferi-lo a quem que seja. É o abandono voluntário do direito. É o ato unilateral, independente de suas conseqüências ." (Grifo meu.)*

Com grande pertinência lógica, De Plácido e Silva aduz, no seu livro **Vocabulário Jurídico**. 27 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, que:

*"Não se renuncia ao que não se tem ou ao que não se exerce."*

Sobre a extinção do processo com base no inciso V do artigo 269 do Código de Processo Civil, o Ministro Luiz Fux afirma, no seu livro **Curso de Direito Processual Civil**, que:

*"Nesta hipótese, a manifestação não é meramente formal, senão atinge a própria pretensão, abdicando a parte do direito que lhe pertence para não mais reclamá-lo. " (Grifo meu.)*

**A recorrente, inicialmente, alega corretamente que a recorrida não faz jus à gratuidade do uso das margens da rodovia para a instalação da sua rede de saneamento básico e, depois, alega que houve renúncia à gratuidade.**

Ora, o instituto da renúncia somente é compatível com a titularidade de um direito assegurado pelo ordenamento jurídico, sendo certo que a interpretação da norma do artigo 11 da Lei n. 8.987/95 denota a inexistência de direito à gratuidade. Eis novamente o teor da norma:

*"Art. 11. 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.*

*Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato. "*

Ressalte-se também que o contrato de concessão de exploração da rodovia prevê, no item VI, 31.1, da Cláusula 31, a "*cobrança pelo uso da faixa de domínio público, inclusive por outras concessionárias de serviço público, permitida pela legislação e em vigor*" (fl. 214).

Assim, não há falar em renúncia de algo que não integra a sua esfera jurídica nem em violação ao inciso V do artigo 269 do Código de Processo Civil.

### **DA IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE VIOLAÇÃO DO ARTIGO 21 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Ante o provimento, na parte conhecida, do presente recurso especial baseado na violação do artigo 11 da Lei n. 8.987/95, com a consequente imposição dos ônus da sucumbência à recorrida, resta prejudicada a análise da violação do artigo 21 do Código de Processo Civil.

### **DA IMPOSSIBILIDADE DE INGRESSO DO DNIT NO FEITO (FALTA DE INTERESSE JURÍDICO)**

A Ministra Relatora deferiu o pedido de ingresso no feito formulado pelo DNIT na qualidade de assistente simples na forma do artigo 50 do Código de Processo Civil, entretanto não vislumbro interesse jurídico que possa justificar o seu ingresso no feito.

Trata-se de rodovia estadual concedida por ente ou entidade estadual sem que o desfecho da lide toque qualquer interesse jurídico do DNIT ou da UNIÃO.

Ressalte-se que o debate em torno de tese idêntica no âmbito federal não cria qualquer interesse jurídico na causa. Caso contrário, todo cidadão teria interesse jurídico de figurar em lide cujo debate toque artigo citado na sua própria demanda. E, nesta Corte de precedentes, vislumbrar-se-iam recursos especiais com milhões de assistentes simples.

A relação do assistente simples não é com a matéria debatida, mas sim com as partes em litígio em virtude de uma relação jurídica conexa. Aqui, o DNIT não tem relação jurídica conexa com a recorrente nem com a recorrida.

Assim, indefiro o pedido de assistência simples do DNIT.

### **DA IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL**

Em virtude da constatação de que foi violado o artigo 11 da Lei n. 8.987/95, resta prejudicada a análise do dissídio jurisprudencial.

**DA CONCLUSÃO**

Ante o exposto, pedindo vênias à Ministra Relatora, dirijo do meu judicioso voto, a fim de conhecer em parte do presente recurso especial e, nesta parte, dar-lhe provimento em face da clara violação do artigo 11 da Lei n. 8.987/95.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS



**RECURSO ESPECIAL Nº 975.097 - SP (2007/0184490-4)**

**RELATORA** : **MINISTRA DENISE ARRUDA**  
**RECORRENTE** : **CONCESSIONÁRIA ECOVIAS DOS IMIGRANTES S/A**  
**ADVOGADO** : **EDUARDO ANTONIO LUCHO FERRÃO E OUTRO(S)**  
**RECORRIDO** : **COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SABESP**  
**ADVOGADO** : **OSMAR MENDES PAIXÃO CÔRTEZ E OUTRO(S)**  
**ASSISTENTE** : **DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRA-ESTRUTURA DE TRANSPORTES - DNIT**  
**PROCURADOR** : **FÁBIO MARCELO DE REZENDE DUARTE E OUTRO(S)**

**VOTO-VENCIDO**

**O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN:** Discute-se a possibilidade de a concessionária de rodovia cobrar pela ocupação de faixas laterais de estradas públicas para a realização de obras de manutenção e expansão de redes de água e esgoto.

A Ministra Denise Arruda (relatora) afastou a pretensão da recorrente, por se tratar de simples servidão administrativa, sem ônus para a concessionária da rodovia.

O entendimento defendido pelo Ministro Humberto Martins foi vencedor. Sua Excelência argumentou que o art. 11 da Lei 8.987/1995 permite que o edital de licitação preveja outras fontes de receitas alternativas, complementares e acessórias em favor da concessionária. *In casu*, a Cláusula 31.1 permitiu "cobrança pelo uso de faixa de domínio público, inclusive por outras concessionárias de serviço público, permitida pela legislação em vigor".

Acompanho a relatora, nos seguintes termos.

A recorrente pretende cobrar pelo uso do espaço público (lateral da rodovia) pela empresa estadual de saneamento básico – Sabesp.

O Tribunal de origem permitiu que fossem implementadas obras de

# Superior Tribunal de Justiça

manutenção e expansão de redes de água e esgoto, "independentemente de pagamento pelo uso, exceto quanto aos danos provocados, já que inexistente interferência no fluxo de trânsito" (fl. 563).

O acórdão recorrido é inatacável.

Como reconheceu o Ministro Humberto Martins, o objetivo do art. 11 da Lei 8.987/1995, ao possibilitar a previsão de fontes alternativas de receitas para a concessionária da rodovia, é prestigiar a modicidade tarifária.

Ocorre que a cobrança de preço pelo simples uso temporário do espaço pela Sabesp implica onerar usuário de serviço público essencial, o que vai exatamente contra o *princípio da modicidade tarifária*.

Não é possível interpretar o art. 11 da Lei 8.987/1995 à luz da suposta modicidade tarifária relativa à concessionária de rodovia quando isso ocorre às custas do usuário do serviço público de saneamento básico, sobre quem recairá o ônus econômico da cobrança.

Ademais, como bem destacou a Ministra Denise Arruda, trata-se de "obra destinada à melhoria de serviço público essencial, que atinge, *apenas temporariamente*, bem de uso comum do povo" (grifei).

Perceba-se que não há ocupação definitiva do espaço, o que poderia acarretar ônus para a concessionária da rodovia, mas apenas utilização temporária para a realização das obras essenciais de saneamento básico.

Além disso, o Tribunal de origem ressaltou a possibilidade de indenização por eventuais danos à rodovia ou ao serviço da concessionária.

A cláusula contratual, suscitada pelo Ministro Humberto Martins, deve ser interpretada à luz dos institutos do Direito Administrativo pertinentes à matéria.

As possíveis rendas alternativas, decorrentes da cobrança pelo uso do espaço público, não se referem à servidão administrativa que não acarreta ônus para a empresa que explora a rodovia.

Não existe cobrança de preço sem contrapartida a quem o exige.

Nesse sentido, a cláusula contratual que prevê cobrança de preço refere-se às hipóteses em que existe contrapartida por parte da concessionária da

# *Superior Tribunal de Justiça*

rodovia ou ônus a ser por ela suportado.

Isso não ocorre no presente caso.

Trata-se de típica servidão administrativa que deve ser suportada por todos, em favor de serviço público essencial, qual seja, o saneamento básico.

Diante do exposto, **acompanho a relatora para conhecer parcialmente do Recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento.**

É como **voto.**



**RECURSO ESPECIAL Nº 975.097 - SP (2007/0184490-4)**

**VOTO-VOGAL**

**EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON:** Sr. Presidente, considero-me habilitada a votar porque li todo o material e entendo perfeitamente a ótica do Sr. Ministro Herman Benjamin, porque é a ótica do serviço público. Mas há um detalhe: todo esse serviço público hoje está nas mãos de concessionárias, que estão ganhando dinheiro para isso. Ao fim e ao cabo, trata-se de matéria de Direito Comercial. É comércio, tudo é pago. E existe ainda uma lei que o autoriza. O Sr. Ministro Humberto Martins citou aqui a autorização legislativa.

Então, seja numa interpretação sistêmica, que é justamente o diálogo das fontes, seja numa interpretação miúda, como chamamos hoje a interpretação literal da lei, não vejo como me afastar do voto-divergência, pedindo vênias à Sra. Ministra Relatora.

Conheço parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dou-lhe provimento.

**PRIMEIRA SEÇÃO.**

RECURSO ESPECIAL Nº 975.097 - SP (2007/0184490-4)

VOTO-VISTA

**PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO DE OBRA PÚBLICA. UTILIZAÇÃO DAS FAIXAS DE DOMÍNIO DE RODOVIA SOB REGIME DE CONCESSÃO. SERVIDÃO ADMINISTRATIVA. COBRANÇA DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. POSSIBILIDADE.**

1. Os Poderes Públicos, em princípio, não devem extrair proveitos econômicos em suas relações recíprocas nas hipóteses em que cada um esteja cumprindo suas finalidades próprias, de sorte que não se justificariam cobranças entre si quanto aos respectivos serviços públicos.

2. O Poder Público ao prestar serviços rodoviários em regime de concessão pode, consoante a lei estabelece, prever receitas alternativas complementares à exploração rodoviária, com o fito de favorecer a modicidade das tarifas. Trata-se de "lógica negocial", em que se legitima o ingresso de um conjunto de interesses econômicos a serem compostos.

3. É que conveniências favorecem a exploração econômica das faixas de domínio, porquanto a receita que proporcionem concorrerá ou poderá concorrer para minorar o custo do pedágio, beneficiando os usuários das rodovias.

4. As faixas de domínio em rodovias integram a categoria dos bens públicos de uso comum, sendo certo que sua serventia natural é a de área de apoio à faixa de rodagem.

5. O uso comum de bens de uso comum é o que se efetua *de acordo com a destinação do próprio do bem* e é desfrutável por qualquer sujeito, desde que em concorrência igualitária e harmoniosa com os demais.

6. Outrossim, de par com este uso comum dos bens de uso comum, podem, eventualmente, haver *usos especiais* dos mesmos, ou seja, usos que se afastem das características mencionadas. É o que ocorre, *verbi gratia*, quando a utilização pretendida for estranha ao uso a que o bem esteja naturalmente destinado, quando implique sobrecarga, igualitária utilização de terceiro ou demande exclusividade quanto ao uso sobre parte do bem.

7. Conspira em prol da referida tese o artigo 68 do Código Civil de 1916, bem como o artigo 11 da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. O artigo 68 do Código Beviláqua dispunha que:

*O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito, ou retribuído, conforme as leis da União, dos Estados, ou dos Municípios, a cuja administração pertencerem.*

8. O art. 11 da Lei 8.987/95 viabiliza se auferirem receitas acessórias

as concessionárias de serviço público, sendo certo que referida previsão consta expressamente do contrato de concessão da recorrente, o qual dispõe que a referida concessionária poderá obter remuneração mediante cobrança pelo uso da faixa de domínio público, inclusive por outras concessionárias de serviço público.

**9.** O princípio da legalidade no Direito Administrativo adstringe também aquilo que é conferido às concessionárias, por isso que *in casu* não foi concedido legalmente às prestadoras de serviço público pelo poder concedente direito algum à gratuidade do uso especial de bens de uso comum e *nem há lei alguma que o estabeleça*, ao passo que às concessionárias de obra foi expressamente outorgado o direito de exploração do bem, assim como o que decorre do art. 11 da Lei nº 8.987/95, isto é: fontes de receita alternativas, complementares ou acessórias em vista de favorecer a modicidade das tarifas.

**10.** O concessionário de obra pública se a tanto estiver habilitado pela concessão pode cobrar de concessionários de serviço público pelo uso que façam da faixa de domínio da rodovia mediante passagem subterrânea de cabos ou dutos, sendo certo que referida contraprestação é de índole remuneratória, consistindo em uma contrapartida da utilidade que dita passagem subterrânea oferece aos concessionários que dela se beneficiam.

**11.** Recurso especial conhecido e provido, divergindo da E. Relatora, invertendo o ônus da sucumbência.

**O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX:** Consoante exposto pela E. Relatora:

Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, *a e c*, da Constituição Federal, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo cuja ementa é a seguinte:

*"Ação Ordinária. Litígio entre concessionárias. Ocupação de faixas laterais de estradas públicas objeto de exploração por concessão, para fins de implantação de obras de saneamento. Pertinência independentemente de pagamento pelo uso, exceto quanto aos danos provocados, já que inexistente interferência no fluxo de trânsito. Inocorrência de renúncia na celebração de contrato anuindo em remuneração. Direito indisponível e de interesse público. Obrigatoriedade da imposição de multa no caso de inobservância de preceito. Ausência de comprovação de prejuízos pela autora. Apelação parcialmente provida." (fl. 563)*

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados. Os segundos embargos apresentados na seqüência foram parcialmente acolhidos, sem alteração do resultado de julgamento.

Em suas razões recursais (fls. 655-703), a recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 21, 269, V, e 503, do CPC, 66, I, e 68, do Código Civil de 1916, e 11 da Lei 8.987/95. Afirma, em síntese, que: (a) o uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou oneroso, a depender da legislação do ente a cuja administração pertencerem; (b) o art. 11 da Lei 8.987/95 prevê a possibilidade de se atribuir receitas acessórias para as

concessionárias de serviço público, sendo certo que tal previsão consta expressamente do contrato de concessão da ECOVIAS, o qual dispõe que a referida concessionária poderá obter remuneração mediante cobrança pelo uso da faixa de domínio público, inclusive por outras concessionárias de serviço público; (c) é absolutamente legal a cobrança de preço pela utilização das faixas de domínio público das rodovias concedidas. Requer, ainda, seja reapreciada a distribuição dos ônus sucumbenciais. Relaciona julgados de outros Tribunais no sentido das teses esposadas.

Apresentadas as contra-razões e inadmitido o recurso, subiram os autos, posteriormente, em razão do provimento de agravo de instrumento.

É o relatório.

A E. Relatora concluiu:

**PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE OBRA PÚBLICA. UTILIZAÇÃO DAS FAIXAS DE DOMÍNIO DE RODOVIA SOB REGIME DE CONCESSÃO. SERVIDÃO ADMINISTRATIVA. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZOS. COBRANÇA DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. VERBA HONORÁRIA. GRAU DE SUCUMBÊNCIA. MATÉRIA DE PROVA. SÚMULA 7/STJ.**

1. Discute-se, na hipótese, a possibilidade de utilização das faixas de domínio de rodovia sob regime de concessão, para a execução de obras de manutenção e expansão de redes de água e esgoto, sem a contraprestação pecuniária exigida pela concessionária recorrente.

2. "A regra reside em que a servidão administrativa não rende ensejo à indenização se o uso pelo Poder Público não provoca prejuízo ao proprietário. Segue-se daí que, se o direito real de uso provocar prejuízo ao dominus, deverá este ser indenizado em montante equivalente ao mesmo prejuízo. É bom lembrar que o ônus da prova cabe ao proprietário. A ele cabe provar o prejuízo; não o fazendo, presume-se que a servidão não produz qualquer prejuízo." (CARVALHO FILHO, José dos Santos, "Manual de Direito Administrativo", 14ª edição, revista e ampliada, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, pág. 620).

3. Em situação semelhante (RMS 11.412/SE, 2ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Eliana Calmon, DJ de 12.8.2002), esta Superior Corte de Justiça já se manifestou sobre o tema, asseverando que o município não pode cobrar pelo uso do solo se o serviço se destina à comunidade municipal. A hipótese mencionada versava, igualmente, sobre a instituição de servidão administrativa para a passagem de tubulações de água e esgoto.

4. Nesse contexto, não se pode permitir a cobrança da contraprestação pecuniária almejada pela recorrente em decorrência da utilização das faixas de domínio da rodovia sobre a qual detém contrato de concessão, sobretudo porque se trata de obra destinada à melhoria de serviço público essencial, que atinge, apenas temporariamente, bem de uso comum do povo.

5. Esta Corte já consolidou o entendimento no sentido de que a apreciação do quantitativo em que autor e réu saíram vencidos na demanda, bem como da existência de sucumbência mínima ou recíproca, encontra inequívoco óbice na Súmula 7/STJ, por revolver matéria eminentemente fática. Precedentes.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

Ouso divergir, por convergir ao entendimento de que os Poderes Públicos, em princípio, não devem extrair proveitos econômicos em suas relações recíprocas nas hipóteses em que cada um esteja cumprindo suas finalidades próprias, de sorte que não se justificariam cobranças entre si quanto aos respectivos serviços públicos.

# Superior Tribunal de Justiça

O Poder Público ao prestar serviços rodoviários em regime de concessão pode, consoante a lei estabelece, prever receitas alternativas complementares à exploração rodoviária, com o fito de favorecer a modicidade das tarifas. Trata-se de "lógica negocial", em que se legitima o ingresso de um conjunto de interesses econômicos a serem compostos.

É que conveniências favorecem a exploração econômica das faixas de domínio, porquanto a receita que proporcionem concorrerá ou poderá concorrer para minorar o custo do pedágio, beneficiando os usuários das rodovias.

As faixas de domínio em rodovias integram a categoria dos bens públicos de uso comum, sendo certo que sua serventia natural é a de área de apoio à faixa de rodagem.

O uso comum de bens de uso comum é o que se efetua *de acordo com a destinação do próprio do bem* e é desfrutável por qualquer sujeito, desde que em concorrência igualitária e harmoniosa com os demais.

Outrossim, de par com este uso comum dos bens de uso comum, podem, eventualmente, haver *usos especiais* dos mesmos, ou seja, usos que se afastem das características mencionadas. É o que ocorre, *verbi gratia*, quando a utilização pretendida for estranha ao uso a que o bem esteja naturalmente destinado, quando implique sobrecarga, igualitária utilização de terceiro ou demande exclusividade quanto ao uso sobre parte do bem.

Conspira em prol da referida tese o artigo 68 do Código Civil de 1916, bem como o artigo 11 da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. O artigo 68 do Código Beviláqua dispunha que:

*O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito, ou retribuído, conforme as leis da União, dos Estados, ou dos Municípios, a cuja administração pertencerem.*

O art. 11 da Lei 8.987/95 viabiliza se auferirem receitas acessórias as concessionárias de serviço público, sendo certo que referida previsão consta expressamente do contrato de concessão da recorrente, o qual dispõe que a referida concessionária poderá obter remuneração mediante cobrança pelo uso da faixa de domínio público, inclusive por outras concessionárias de serviço público.

O princípio da legalidade no Direito Administrativo adstringe também aquilo que é conferido às concessionárias, por isso que *in casu* não foi concedido legalmente às prestadoras de serviço público pelo poder concedente direito algum à gratuidade do uso especial de bens de uso comum e *nem há lei alguma que o estabeleça*, ao passo que às concessionárias de obra foi expressamente outorgado o direito de exploração do bem, assim como o que decorre do art. 11 da Lei nº 8.987/95, isto é: fontes de receita alternativas,

# Superior Tribunal de Justiça

complementares ou acessórias em vista de favorecer a modicidade das tarifas.

O concessionário de obra pública se a tanto estiver habilitado pela concessão pode cobrar de concessionários de serviço público pelo uso que façam da faixa de domínio da rodovia mediante passagem subterrânea de cabos ou dutos, sendo certo que referida contraprestação é de índole remuneratória, consistindo em uma contrapartida da utilidade que dita passagem subterrânea oferece aos concessionários que dela se beneficiam.

Em apoio à tese, merece transcrição o parecer do eminente tratadista Celso Antônio Bandeira de Mello, cujo espectro amplo abarca a hipótese *sub judice*, *verbis*:

## CONSULTA

O Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER e Departamentos Estaduais de Estradas de Rodagem - DERs têm cobrado de concessionárias de serviços públicos de gás canalizado, de energia elétrica e de telecomunicações pela utilização subterrânea de cabos e dutos nas faixas de domínio de rodovias dadas em concessão, muitas vezes atribuindo dita receita as concessionárias das rodovias, mediante previsão nos respectivos contratos de concessão.

Tendo surgido questionamentos quanta a legitimidade e natureza de tais cobranças, indaga:

I - A entidade pública a que esteja afeta a rodovia ou mesmo o concessionário dela, se a tanto estiver habilitado por força da concessão, podem cobrar dos concessionários de serviço público de energia elétrica, de telecomunicações ou de distribuição de gás, pelo uso que façam da faixa de domínio da rodovia mediante passagem subterrânea de cabos ou dutos?

II - Se cabível dita cobrança, qual sua natureza: tributaria, não tributaria, meramente compensatória de transtornos ou despesas que tal utilização acarrete ao concessionário da obra ou remuneratória, isto é, representativa de uma contrapartida da utilidade que tal passagem de cabos ou dutos fornece aos concessionários que dela se beneficiam?

As indagações respondo nos termos que seguem.

## PARECER

1. Serviços e obras públicas tanto podem ser providos diretamente pelo Estado ou criatura sua, quanta por terceiros que para isto hajam sido habilitados mediante concessão ou permissão.

Na primeira hipótese, a busca do interesse público se faz sem que se ponham de permeio interesses privados. Na segunda, pelo contrário, interfere um fator inerente ao jogo do mundo negocial; isto é: a consideração dos propósitos lucrativos que animaram os respectivos concessionários (ou permissionários) a se engajarem na relação com o Poder Público. É que, como de outra feita dissemos:

*"Para o concessionário, a prestação do serviço é um meio através do qual obtém o fim que almeja: o lucro. Reversamente, para o Estado, o lucra que propicia ao concessionário e meio por cuja via busca sua finalidade, que é a boa prestação do serviço"* (Curso de Direito Administrativo, Malheiros Eds. 13a ed., 2001, pág. 633).

# Superior Tribunal de Justiça

Tal anotação havíamos feito na esteira dos preciosos ensinamentos de ZANOBINI, segundo quem:

*"... nel soggetto privata, il fine, ehe questa si propane neW esercizio della pubblica funzione, e distinto dal fine estatuale a cui questa funzione provvede, perche è un fine privato, di solito um fine di lucro. Si può dire, anzi, che il servizio pubblico, a la pubblica funzione, serve di mezzo al privato per conseguimento di questo suo fine personale"* (Curso di Diritto Amministrativo, vol. I, pág.181).

Assim, quando, para a prestação de serviços públicos adota-se o regime da concessão, entrando em causa, portanto, os interesses de ordem econômica que o instituto suscita, irrompem problemas jurídicos muito mais complexos do que os que surgiriam nas hipóteses de prestação direta ou efetuada por entidade estatal.

2. Com efeito, para solver dúvidas de interpretação que emergem perante situações conflituosas não mais bastava levar em conta única e exclusivamente a alternativa mais vantajosa para o interesse público. Ter-se-á de tomar em consideração, além dela, a existência de legítimos interesses de ordem patrimonial *tanto dos concessionários quanta das entidades governamentais* envolvidas nas recíprocas relações cruzadas que poderão se instaurar.

Ou seja, se o Poder Público opta por um sistema de prestação de serviços públicos, assim como de construção e ou conservação, manutenção e reparação de obras públicas, mediante concessão a particulares, "ipso facto" esta a optar pelo acolhimento de certas implicações do jogo de interesses econômicos aí conaturalmente envolvidos, com todas as inerentes conseqüências.

O caso submetido a Consulta e precisamente uma excelente demonstração disto.

Quer-se saber se a passagem subterrânea de cabos de transmissão e distribuição de energia elétrica, de telecomunicações e de gasodutos nas faixas de domínio das estradas de rodagem pode ser objeto de cobrança ou se deve se beneficiar de gratuidade, tanto por se tratar de utilização de bens de uso comum, quanto por dizer respeito a equipamentos servientes da prestação de serviços públicos a *cargo de empresas concessionárias*. Caso se entenda cabível a cobrança, indaga-se que natureza terá: será tributária, não tributária, indenizatória por reparos e transtornos ou remuneratória?

3. Se não estivessem em causa interesses patrimoniais dos concessionários e seus reflexos no custeio de obras e serviços, mas serviços e obras a cargo tão só de pessoas de direito público ou suas criaturas auxiliares, poder-se-ia pura e simplesmente considerar que os Poderes Públicos não devem extrair proveitos econômicos em suas relações recíprocas quando cada qual esteja a cumprir suas finalidades próprias. Disto se depreenderia que não se justificariam cobranças entre si quando em causa os respectivos serviços públicos. Por razões óbvias seria esta mesma a conclusão se os serviços públicos e as rodovias fossem afetos à mesma órbita de governo.

Entretanto, se, conforme ocorreu entre nós, o Poder Público entendeu de colocar tanto a prestação de serviços quanto as obras rodoviárias em regime de concessão e se a lei estabelece a previsão de receitas alternativas complementares à exploração rodoviária, com o fito de favorecer a modicidade das tarifas, isto significa que foi, de direito, acolhida uma lógica comercial, em que se abrem portas para o ingresso de um conjunto de interesses econômicos a serem compostos. Ou seja: não mais se pode tomar como obrigatória a conclusão, dantes apontada como natural, caso serviços e obras fossem prestados ou realizados tão só por entidades governamentais.

Tem-se de levar em conta a teia de interesses econômicos envolvidos. Entre eles se encontram não só o dos concessionários de luz, gás, telecomunicações e os de concessionárias de exploração de rodovias, mas também o das próprias entidades governamentais as quais estas estejam elas afetas, visto ser de suas conveniências

favorecerem a exploração econômica das faixas de domínio, pois a receita que proporcionem concorrerá ou poderá concorrer para minorar o custo do pedágio, beneficiando os usuários das rodovias.

Seja bom ou seja mau este esquema no qual se pressupõe que a satisfação do interesse público há de se compor na intimidade de uma disputa assentada em componentes desta ordem, a fato e que ele estampa o quadro jurídico dentro no qual ter-se-á de solver o problema.

É com atenção a este conjunto de interesses abrigados pelo Direito que se deve examinar o tema.

4. Comece-se por anotar que as faixas de domínio em rodovias integram a categoria dos bens públicos de uso comum e que sua serventia natural é a de área de apoio à faixa de rodagem.

Os bens públicos de uso comum, tais as ruas, estradas, praças, rios, mares, são abertos a livre utilização de todos. Contudo, é necessário esclarecer que esta generalizada liberdade (que, de resto, nem sempre excluirá algum pagamento para desfrutá-la) diz respeito ao *uso comum* dos bens de *uso comum*.

Este uso comum é o que se efetua *de acordo com a destinação do próprio do bem* e é desfrutável por qualquer sujeito, desde que em concorrência igualitária e harmoniosa com os demais. Transitar a pé nas calçadas, trafegar em rua ou em estrada com veículos automotores, acostá-los, em caso de necessidade, na faixa de domínio das rodovias, sentar-se nos bancos de uma praça, tomar sol na praia, nadar no mar, são, *exempli gratia*, hipóteses deste uso comum, ordinário, normal, segundo a destinação do bem. Para dito uso prescinde-se de qualquer ato administrativo aquiescente.

5. Ocorre, todavia, como o dissemos em obra teórica precitada (Curso de Direito Administrativo cit., pág. 764), que, de par com este uso comum dos bens de uso comum, podem, eventualmente, existir *usos especiais* deles, ou seja, usos que se afastem das características mencionadas. É o que ocorrerá, *exempli gratia*, quando a utilização pretendida for estranha ao uso a que o bem esteja naturalmente preposto ou quando implique sobrecarga dele, impedimento a concorrente e igualitária utilização de terceiro ou demande exclusividade quanto ao uso sobre parte do bem.

Nestes casos, à toda evidência, já não mais se estará perante aquela generalizada liberdade de utilização, que prescinde de manifestação do titular do bem. Em situações deste jaez, o interessado deverá, como regra geral, solicitar do bem autorização ou permissão de uso, dependendo da hipótese, para poder valer-se deste uso especial.

Para a Consulta só é relevante o exame de uma dada e específica hipótese de uso especial: o da passagem subterrânea, nas faixas de domínio das estradas de rodagem, de cabos de transmissão e distribuição de energia elétrica, de telecomunicações e de gasodutos

6. Relembre-se que até mesmo o uso comum de bens de uso comum, ainda que com certas limitações, pode ser condicionado ao pagamento para seu desfrute. O Código

Na doutrina alienígena e brasileira há fartíssima referência à possibilidade de haver uso comum remunerado. Cifremo-nos aos autores nacionais. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO refere o citado art. 68 e diz que o uso comum "*e, em geral, gratuito, mas pode, excepcionalmente, ser remunerado*" (Direito Administrativo, Ed. Atlas, 9ª ed., 1998, pág. 441). DIÓGENES GASPARINI, que também refere o preceptivo mencionado do Código Civil, averba que tal uso é "*quase sempre gracioso*" (Direito Administrativo, Ed. Saraiva, 4ª ed., 1995, pág. 504), o que bem demonstra que nem sempre o é. SERGIO DE ANDREA FERREIRA anota: "*Já foi acentuado que pode o uso comum ser gratuito ou remunerado (CC, art. 68), surgindo as taxas de pedágio de estacionamento etc.*" (Direito Administrativo Didático, Ed. Forense, 2ª ed., 1981, pag. 166). DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO preleciona: "*A utilização comum, como indica a expressão, e a que é franqueada a todos, indistintamente, como sucede, em geral, com as ruas, estradas, avenidas, praias, mares, rios navegáveis etc. Esta liberdade de utilização poderá estar, não obstante, sujeita a uma condição, como o*

# Superior Tribunal de Justiça

*pagamento de um pedágio, para estradas;"* (Curso de Direito Administrativo, Ed. Forense, 2ª ed., 1974, pág. 260).

7. Eis, pois, que se até o uso comum de bem de uso comum pode ser remunerado, "a fortiori", seu uso especial também pode sê-lo. E, como ocorre no caso "sub consulta", se alguém pretende dele extrair um proveito estranho ao que é propiciado por sua destinação própria, *é mais do que natural que o senhor do bem ou quem haja sido qualificado para extrair-lhe os proveitos cobre dos interessados um valor pela serventia que lhes virá a proporcionar.*

Seria até surpreendente que uma empresa privada pretendesse valer-se de bem alheio em busca de vantagens estranhas ao destino deste bem supondo que o seu titular ou quem estivesse juridicamente titulado para explorá-lo devesse outorgar, graciosamente as vantagens a serem por ela captadas.

Sem dúvida, é óbvio o interesse econômico de uma prestadora de serviços públicos em ficar liberada dos dispêndios pelo uso especial do bem entregue à exploração de uma concessionária de obra pública, que isto minoraria seus custos. Mas é igualmente óbvio o interesse econômico quer da entidade pública a que está afeto o bem, quer da concessionária da exploração dele em serem remunerados por tal uso.

Estas partes, sem dúvida, têm interesses econômicos a argüir.

O atual governo optou por um sistema no qual os prestadores do serviço ou da obra os exploram economicamente; isto é: ganham dinheiro com os serviços e obras públicas. É com este ganho que as custeiam e que realizam o próprio lucro: aquilo que os mobilizou e que lhes justifica a relação travada com o Estado. Assim, independentemente das respectivas obrigações em relação à atividade pública, o fato é que são empresas privadas, entidades prepostas a ganhos econômicos, que estão confrontadas na hipótese de passagem de cabos nas faixas de domínio. É evidente, outrossim, que tal confronto tem índole e natureza distinta dos que poderiam se propor entre entidades governamentais, as quais, por definição, tem como prioridade a realização do interesse público e não a obtenção de lucro. Eis porque a solução do conflito não tem porque ser igual àquela que seria dada se os serviços e obras estivessem sob regime de exploração direta pelo Estado ou por criaturas suas.

8. Vista a questão estritamente do ângulo destes interesses econômicos das empresas por força das respectivas qualidades de concessionárias e mesmo das entidades governamentais a que estejam afetas as rodovias, nota-se, entretanto, uma clara distinção entre eles.

Às prestadoras de serviço público não foi outorgado pelo concedente - ou ao menos não o foi explicitamente - direito algum à gratuidade do uso especial de bens de uso comum e *nem há lei alguma que o estabeleça*, ao passo que as concessionárias de obra foi expressamente outorgado o direito de exploração do bem, assim como o que decorre do art. 11 da lei nº 8.987, isto é: fontes de receita alternativas, complementares ou acessórias em vista de favorecer a modicidade das tarifas. Quanto às entidades públicas a que estejam afetas as rodovias, também tem em seu prol, além do dispositivo citado os poderes inerentes a de titulares ou de gestoras do bem.

Eis, pois, que os prestadores de serviço público empenhados em fazer passar cabos e dutos por faixas de domínio de rodovias podem argüir algo cuja composição, ao menos a um primeiro súbito de vista, e apenas a de um interesse simples, ao passo que os concessionários destas rodovias e as pessoas públicas a que estejam afetas podem argüir em seu favor algo que se apresenta com a estrutura de um direito.

9. Restaria, então, verificar se a circunstância dos dutos e cabos serem instrumentais à prestação de um serviço público aportaria algum elemento de relevo bastante para contraditar aquela que seria até mesmo a intuitiva lógica da situação, isto é: a de que se deve pagar se se quer usufruir de vantagens propiciadas por bens titularizados e ou explorados por outrem, pois este tem o direito de exigir uma contrapartida pelo proveito que outro intente captar.

Certamente nos serviços públicos se encarnam valores de grande significação para a coletividade e, bem par isto, tais serviços, merecem um

tratamento peculiar, podendo-se agregar, ainda, que quanto menor for o custo incidente sobre sua prestação, mais se contribuirá, ao menos indiretamente, para a modicidade das tarifas. Ocorre, todavia, que a construção de obras rodoviárias, sua manutenção, permanente conservação e oferta de serviços de apoio aos que nelas trafegam *são igualmente* atividades de assinalada valia social e também objeto de concessões, as quais, de resto, em nossa legislação (lei nº 8.987, de 13.02.95), são tratadas como concessões de *serviços públicos* (art. 2º da referida lei). Está-se, portanto, diante de situações parificadas no que concerne à proteção devida a interesses públicos.

Assim, equivalentemente, uns e outros têm a argüir, em favor das teses que os favoreceriam, a realização de atividades públicas e o interesse dos respectivos usuários ou beneficiários em pagarem o mínimo possível pelo desfrute destes cometimentos públicos. Logo, não será o fato de estar em pauta a passagem de equipamentos instrumentais à realização de um interesse público o que justificaria o direito a alguma gratuidade, porquanto os pagamentos que fossem versados em contra partida desta utilização também podem ser vistos como revertendo em favor do interesse público, isto é, da modicidade do pedágio.

10. Donde, para, neste plano, pretender solucionar o conflito de interesses seria necessário que se pudesse predicar de um deles precedência em relação ao outro. Contudo, não se tem como fazer isto, pois inexitem no direito positivo qualificações de primazia de algum deles.

Se estivessem em pauta os chamados serviços públicos de utilização compulsória, isto é, aqueles suscetíveis de serem impostos aos administrados, poder-se-ia tentar alguma hierarquização, para estruturar, a partir dela, uma posição de vantagem, irrogável ao concessionário que os tivesse a seu cargo, no confronto com o prestador de atividade não qualificável com tal atributo, tendo em vista onerações ou desonerações econômicas que pudessem repercutir em benefício do usuário de serviço de utilização compulsória. Como não é o que ocorre no caso "sub consulta", impõe-se a conclusão de que nada se pode buscar na tipologia dos interesses confrontados para abonar solução em favor de um ou outro.

Dessarte, como no caso concreto a presença do interesse público é neutra para fins de inclinar a exegese em favor de uma ou outra das soluções (gratuidade ou onerosidade do desfrute do bem), o desate do problema fica acantonado única e exclusivamente no plano da utilização especial de bens públicos de uso comum colocados sob exploração econômica de concessionário.

Ora, neste plano - já se viu - inexistente qualquer óbice à cobrança pelo uso do bem, existindo, pelo contrário, para embasa-la, o exercício normal dos poderes de dominialidade ou de exploração.

Entretanto, não fora isto suficiente, o fato é que existe, como dito, a previsão legal de que bens dados em concessão possam ser utilizados para a produção de receitas alternativas, complementares ou acessórias, tendo em vista favorecer a modicidade das tarifas (art. 11, precitado da lei nº 8.987/95).

11. Isto posto, a primeira indagação não há senão responder que a pessoa governamental a que esteja afeto o bem ou o concessionário da exploração rodoviária, conforme a previsão que haja sido feita, podem cobrar dos concessionários de serviço público de energia elétrica, de telecomunicações ou de distribuição de gás, pela passagem subterrânea de cabos ou dutos.

Restaria, então, verificar qual a índole de tal cobrança.

12. Evidentemente, não está em pauta exação de natureza tributária. Não há imposto algum instituído e nada que se assemelhe às chamadas contribuições. Também não haveria cogitar de taxa, pois não se trata de cobrar pelo oferecimento de serviço público ou pelo exercício do poder de polícia. A cobrança em apreço é por um uso especial de bem público de uso comum. Trata-se, portanto, de uma receita assemelhada a um "preço"; preço público, se se quiser, pois as nomenclaturas na matéria dizem muito pouco.

O que mais interessa discutir é se a cobrança em questão deverá ter simplesmente um caráter quase que indenizatório, isto é, de mera *compensação por eventuais transtornos, despesas e cuidados* implicados (inclusive por exigências de

segurança da rodovia e de seus usuários) na implantação e ou conservação de cabos ou dutos, ou se poderá se constituir, efetivamente, em uma cobrança demandada a título de *remuneração* pelo proveito que a faixa de domínio está a proporcionar aos concessionários que lhe querem utilizar espaço subterrâneo.

Ainda aqui a resposta é simples. Para compensar-se de transtornos ou prejuízos que alguém lhe venha a causar para fazer uso da faixa de domínio, o concessionário da obra ou a pessoa governamental a cuja esfera o bem está afeto não teria necessidade de desfrutar ou invocar quaisquer poderes de cobrança por uso do bem. Com efeito, se alguém, para usar de bem alheio, acarretará conseqüências gravosas para quem o titulariza ou explora, obviamente terá de compensar o agravado, sem que caiba em tal caso falar-se em cobrança, propriamente dita, pelo uso do bem.

Dessarte, quando se reconhece ao concessionário de obra rodoviária ou a entidade pública a que esteja afeta a rodovia o direito de cobrar pela passagem subterrânea de cabos ou dutos na faixa de domínio, obviamente está-se reconhecendo seu direito de ser

remunerado par tal uso; isto é: direito a receber dos concessionários de serviços públicos a quem pertençam ditos equipamentos uma contrapartida *pela utilidade que lhes esta sendo proporcionada*.

13. Isto tudo posto e considerado, à indagações da Consulta respondo:

I – A entidade governamental a que esteja afeta a rodovia ou mesmo o concessionário de obra pública se a tanto estiver habilitado pela concessão um ou outro conforme o caso - podem cobrar de concessionários de serviço público de energia elétrica, de telecomunicações ou de distribuição de gás, pelo uso que façam da faixa de domínio da rodovia mediante passagem subterrânea de cabos ou dutos.

II - Dita cobrança não tem natureza tributaria, qualificando-se, antes, como um preço. Sua índole não é ressarcitória de transtornos ou despesas, mas remuneratória, consistindo em uma contrapartida da utilidade que dita passagem subterrânea oferece aos concessionários que dela se beneficiam.

Por esses fundamentos, e pedindo *venia* à E. Relatora, **CONHEÇO** e **DOU PROVIMENTO** ao recurso especial, invertendo o ônus da sucumbência.

É como voto.

**RECURSO ESPECIAL Nº 975.097 - SP (2007/0184490-4)**

**VOTO**

**O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX:** Sr. Presidente, tive a oportunidade de votar num caso idêntico na Primeira Turma. A realidade é que o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido foi muito feliz no voto do primeiro processo, sobre a mudança de paradigma do Direito Administrativo.

Atualmente, já não se enxerga só a supremacia do poder público, mas, também, é muitíssimo importante o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Por outro lado, não se pode surpreender o licitante que participou de uma concorrência pública em que o edital e o contrato consagravam a possibilidade de explorar esses serviços periféricos em prol até mesmo da facilitação da modicidade da tarifa.

O Professor Celso Antônio Bandeira de Mello tem um trabalho tratando dessa matéria. E o artigo 11 da Lei nº 8.987/1995 é antecedido, evidentemente, pelo artigo 10, o qual dispõe que, uma vez cumprido o contrato, está sendo mantido o equilíbrio econômico-financeiro do vínculo, o que, a **fortiori** e a **contrario sensu**, significa dizer: não sendo cumprido o contrato, não está sendo mantido o equilíbrio econômico-financeiro do vínculo.

Ora, o artigo 11 da Lei nº 8.987/1995 dispõe: "(...) poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas (...)".

Essa é a tônica na atividade de concessão, porque, como disse a Sra. Ministra Eliana Calmon, é uma atividade desestatizada.

A lei o permite, está previsto em edital e no contrato, de sorte que é a negação da manifestação de vontade, do edital e da lei, e é a violação à cláusula de reserva de plenário.

Como já votei no outro processo nesse sentido também, pedindo vênias à Sra. Ministra Relatora, acompanho a divergência.

Conheço parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dou-lhe provimento.

**PRESIDENTE O SR. MINISTRO CASTRO MEIRA**  
**RELATORA A SRA. MINISTRA DENISE ARRUDA**  
**Sessão da 1ª Seção - 09.12.2009**

**Nota Taquigráfica**



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
PRIMEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2007/0184490-4

**REsp 975097 / SP**

Números Origem: 0295972 200602414073 30819353 3539025 3539025701 3539025902 4242002  
53020095972 5835320020095977 9501300

PAUTA: 11/11/2009

JULGADO: 09/12/2009

**Relatora**

Exma. Sra. Ministra **DENISE ARRUDA**

**Relator para Acórdão**

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

**Ministro Impedido**

Exmo. Sr. Ministro : **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR GUIMARÃES MORAIS FILHO**

Secretária

Bela. **Carolina Vêras**

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : CONCESSIONÁRIA ECOVIAS DOS IMIGRANTES S/A  
ADVOGADO : EDUARDO ANTONIO LUCHO FERRÃO E OUTRO(S)  
RECORRIDO : COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO -  
SABESP  
ADVOGADO : OSMAR MENDES PAIXÃO CÔRTEZ E OUTRO(S)  
ASSISTENTE : DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRA-ESTRUTURA DE TRANSPORTES  
- DNIT  
PROCURADOR : FÁBIO MARCELO DE REZENDE DUARTE E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO -  
Intervenção do Estado na Propriedade - Servidão Administrativa

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, a Seção, por maioria, vencidos a Sra. Ministra Relatora e os Srs. Ministros Herman Benjamin e Benedito Gonçalves, conheceu parcialmente do recurso especial e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Humberto Martins, que lavrará o acórdão."

Votaram com o Sr. Ministro Humberto Martins os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon e Luiz Fux.

Impedido o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Declararam-se habilitados a votar a Sra. Ministra Eliana Calmon e o Sr. Ministro Herman Benjamin, que estavam ausentes no primeiro julgamento.  
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Castro Meira.

Brasília, 09 de dezembro de 2009

Carolina Vêras  
Secretária

