

RECURSO ESPECIAL Nº 1.707.455 - RJ (2017/0232332-6)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : COMPANHIA DISTRIBUIDORA DE GÁS DO RIO DE JANEIRO - CEG
ADVOGADO : CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO E OUTRO(S) - RJ020283
RECORRIDO : CONCESSIONARIA DA PONTE RIO-NITEROI S/A
ADVOGADOS : ALUIZIO NAPOLEÃO DE FREITAS REGO NETO - RJ095928
MARCELLO ALFREDO BERNARDES - RJ067319
JOANA OLLIVIER DE MACEDO REIS E OUTRO(S) - RJ172038
RECORRIDO : DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES - DNIT
RECORRIDO : AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição da República, contra acórdão assim ementado:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. GASODUTO DE DISTRIBUIÇÃO DE GÁS CANALIZADO. USO DE FAIXA DE DOMÍNIO. BEM PÚBLICO. POSSIBILIDADE DE COBRANÇA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Trata-se da abstenção de contraprestação pecuniária para a implantação do gasoduto de distribuição de gás pelo uso faixa de domínio da Rodovia Federal BR-101, ao longo da Ponte Rio-Niterói.
2. As rodovias federais constituem bem público afeto ao serviço rodoviário, cuja forma de utilização está prevista no art. 103 do Código Civil de 2002, sendo vigente à época dos fatos o art. 68 do Código Civil de 1916. Este admite que o uso de bem público pode ser gratuito ou oneroso e confere à entidade a cuja administração pertencerem a possibilidade de estabelecer a cobrança, razão pela qual, afasta-se a ilegalidade da Portaria DG/DNER 147/01.
3. A cobrança se materializa em face do caráter ressarcitório pelo uso do bem.
4. O contrato de concessão afasta a inobservância do Princípio da Modicidade das Tarifas, ante a inexistência qualquer prova nos autos de que o pagamento da retribuição acarretará o aumento de tarifa, já que o contrato de prestação de serviço firmado com o Estado do Rio de Janeiro impõe como obrigação da concessionária a realização, por sua conta e risco, das obras necessárias à prestação dos serviços concedidos, conforme dispõe a cláusula quarta, § 1º, item 6, bem como o pagamento das indenizações decorrentes de desapropriação e instituições de servidões sobre bens declarados de utilidade pública e necessários

Superior Tribunal de Justiça

à execução de serviço ou de obra vinculados aos serviços concedidos, pontuado pela cláusula quinta, item 2.

5. Quanto à possibilidade de retirada do gasoduto, afasta-se de plano a abusividade das cláusulas terceira e quinta do Contrato de Permissão de Uso, tendo em vista que a discussão envolvendo a necessidade do desfazimento da obra só deve ser inaugurada a partir da ocorrência de fatos concretos e caso venha a ser efetivamente exigida, uma vez que, em tese, não há nulidade na cláusula que prevê a rescisão por infração contratual.

6. Apelação desprovida.

Os Embargos de Declaração foram desacolhidos (fls. 1.176-1.181, e-STJ).

Na origem, trata-se de ação movida pela Companhia Distribuidora de Gás do Rio de Janeiro - CEG contra a Concessionária da Ponte Rio-Niterói S/A, o DNIT e a ANTT para que os réus se abstenham de exigir contraprestação pecuniária pela passagem de duto de distribuição de gás na faixa de domínio da BR-101, ao longo da Ponte Presidente Costa e Silva (Rio-Niterói) e de exigir que a autora remova o gasoduto, devolvendo a faixa de domínio da rodovia no estado em que se encontrava antes da sua implantação.

A recorrente alega, além de divergência jurisprudencial, violação aos arts. 535 do CPC/1973; 68 do Código Civil de 1916 (103 do Código Civil de 2002); 1º, "d", do Decreto-Lei 512/1969; 6º, §§ 1º e 11 da Lei 8.987/1995; 884, 1.228, §§ 1º e 2º, e 1.229 do Código Civil; 5º, *caput* e inciso XXIII, e 37, *caput*, da Constituição de 1988.

Afirma que o acórdão foi omissivo quanto a princípios (modicidade e continuidade) e dispositivos, constitucionais e infraconstitucionais, essenciais para o deslinde da controvérsia. Aduz que a possibilidade de cobrança somente poderia ser disciplinada por Lei ou pelo Ministro dos Transportes, não por Portaria do extinto DNER. Registra que se fere o princípio da modicidade, pois a passagem do gasoduto não traz prejuízo nem influencia os custos do serviço. Ressalta que há isenção no que tange à distribuição de energia elétrica, serviço igualmente essencial nos termos da legislação. Insurge-se contra o uso do bem público que não se coaduna com a função social.

Aponta divergência jurisprudencial com o decidido no REsp 1.195.374, que não admitiu cobrança, por parte de Município, em razão de serviços de fornecimento de gás.

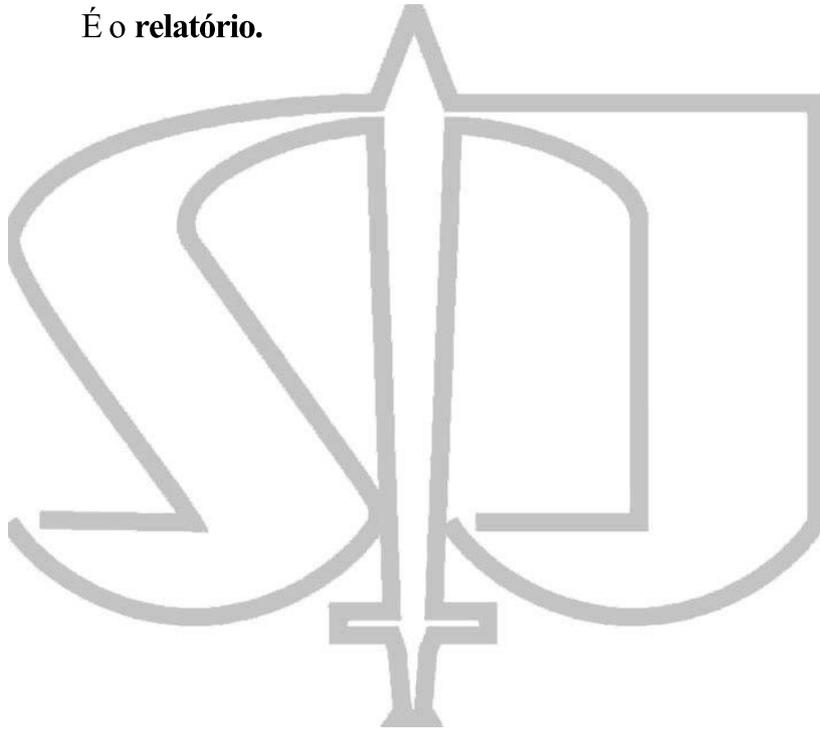
Superior Tribunal de Justiça

Contraminutas apresentadas às fls. 1.292-1.295, 1.311-1.341, e-STJ.

O Recurso Especial teve seu seguimento obstado na origem em razão da ausência de violação ao art. 535 do CPC, da inexistência do cotejo analítico e do óbice imposto pela Súmula 7 do STJ. O Agravo interposto foi convertido em Recurso Especial pela decisão de fl. 1.584, e-STJ.

O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento do Recurso Especial (fls. 1.591-1.595, e-STJ).

É o **relatório**.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.707.455 - RJ (2017/0232332-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

Os autos foram recebidos neste Gabinete em 19/10/2017.

Constato, inicialmente, que não se configurou a ofensa ao art. 535, I e II, do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução.

Ademais, verifica-se que o acórdão impugnado está bem fundamentado, inexistindo omissão ou contradição. Cabe destacar que o simples descontentamento da parte com o julgado não tem o condão de tornar cabíveis os Embargos de Declaração, que servem ao aprimoramento da decisão, mas não à sua modificação, que só muito excepcionalmente é admitida.

Confirmam-se:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO
REGIMENTAL NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. ART. 535,
I e II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE
VÍCIO. PERCENTUAL DOS JUROS DE MORA. COISA
JULGADA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. NÃO
CABIMENTO. SEGUNDOS EMBARGOS DE
DECLARAÇÃO. ABUSIVIDADE MANIFESTA.
APLICAÇÃO DE MULTA. POSSIBILIDADE. ART. 538,
PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

I - A oposição de embargos de declaração, consoante o disposto no art. 535, I e II, do Código de Processo Civil, é restrita às hipóteses de correção de obscuridade, contradição ou omissão no acórdão embargado, revelando-se tal via inadequada para a pretensão de rejugamento da causa.

II - Para interpretação de toda decisão judicial, não basta o exame de seu dispositivo, integrado que está à fundamentação que lhe dá sentido e alcance; havendo dúvidas,

Superior Tribunal de Justiça

deve ser adotada a que seja mais conforme à fundamentação e aos limites da lide, em harmonia com o pedido formulado na inicial, conforme expressamente consignado no MS 6.864/DF, ou seja, juros de mora de 1% ao mês.

III - A impropriedade da alegação nos segundos aclaratórios opostos com o escopo de rediscutir a suposta existência de vícios no julgado, já enfrentada nos primeiros embargos de declaração, constitui prática processual abusiva sujeita à aplicação de multa, nos termos do art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

IV - Embargos de declaração rejeitados, com aplicação de multa de 1% sobre o valor atualizado da causa.

(EDcl nos EmbExeMS 6.864/DF, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 21/08/2014).

Dito isso, anoto que o voto condutor do acórdão recorrido assim dispôs:

Assim, o próprio Código Civil admite que o uso de bem público pode ser gratuito ou oneroso e confere à entidade a cuja administração pertencerem a possibilidade de estabelecer a cobrança, não havendo que se falar, portanto, à luz do sistema normativo supracitado, em ilegalidade da Portaria DG/DNER 147/01, tampouco em inconstitucionalidade, como sustentado pela Apelante ao alegar "invasão de competência exclusiva".

A rigor, a cobrança não se trata de taxa, pois não tem natureza tributária e sim de retribuição em virtude do uso do bem, sendo inaplicável o disposto no art. 150,1, da CRFB/88. Assim, o fato da Apelante ser prestadora de serviço público, de per si, não ensejaria imunidade ou isenção em relação ao Poder Público administrador do bem, razão pela qual, saliento que no próprio campo tributário inexistiria imunidade recíproca entre as Pessoas Jurídicas de Direito Público quanto à instituição de taxa, conforme o art. 150, VI. "a" da CRFB/88.

Na hipótese, a cobrança se materializa em face do caráter ressarcitório pelo uso do bem. Dessa forma, se a Apelante viesse a passar a tubulação em área privada precária, provavelmente, indenizar o proprietário respectivo, razão pela qual busca uma "imunidade" que o ordenamento jurídico não lhe confere. Há, inclusive, na cláusula quinta, item 2º, do contrato de concessão, firmado com o Estado do Rio de Janeiro (fl. 67), previsão de possível desapropriação, com o pagamento da indenização por parte da concessionária, verbis:

[...]

Ademais, descabe a alegação da Apelante de que a contraprestação pecuniária pretendida pelo DNIT fere o Princípio da Modicidade das Tarifas e que acarretará a majoração da cobrança da tarifa do serviço público a ser prestado.

Primeiramente, porque inexistente qualquer prova nos autos

de que o pagamento da retribuição acarretará o aumento de tarifa, já que o contrato de prestação de serviço firmado com o Estado do Rio de Janeiro impõe como obrigação da concessionária a realização, por sua conta e risco, das obras necessárias à prestação dos serviços concedidos, conforme dispõe a cláusula quarta, § 1º, item 6 (fl. 63), bem como o pagamento das indenizações decorrentes de desapropriação e instituições de servidões sobre bens declarados de utilidade pública e necessários à execução de serviço ou de obra vinculados aos serviços concedidos, pontuado pela cláusula quinta, item 2 (fl. 67) do contrato de concessão.

Em segundo plano, porque os Apelados não tem que subsidiar o preço do gás que será adquirido pelos consumidores, que serão favorecidos com a prestação desses serviços.

Quanto à possibilidade de retirada do gasoduto, afastado de plano a abusividade das cláusulas terceira e quinta do Contrato de Permissão de Uso (fls. 26/27), tendo em vista os termos genéricos em que foi formulado na petição inicial. Deve-se ter presente que a discussão envolvendo a necessidade do desfazimento da obra só deve ser inaugurada a partir da ocorrência de fatos concretos e caso venha a ser efetivamente exigida, uma vez que, em tese, não há nulidade na cláusula que prevê, por si só, a rescisão por infração contratual.

Como se observa, o Tribunal de origem, interpretando o contrato de concessão firmado com o Estado do Rio de Janeiro, reconheceu caber à recorrente, por sua conta e risco, a realização do serviço em questão, por meio do pagamento das indenizações necessárias. Assim, a cobrança não aviltaria a modicidade e a continuidade da prestação do serviço público tal como consta no Recurso Especial. Tais pontos não merecem reforma, inclusive diante dos óbices impostos pelas Súmulas 5 e 7 do STJ. Entretanto, a questão não se resume a esses pontos.

O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência firme e consolidada de que a cobrança em face de concessionária de serviço público pelo uso de solo, subsolo ou espaço aéreo é ilegal, uma vez que: a) a utilização, nesse caso, se reverte em favor da sociedade - razão pela qual não cabe a fixação de preço público; e b) a natureza do valor cobrado não é de taxa, pois não há serviço público prestado ou poder de polícia exercido.

Neste sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. EXPLORAÇÃO DE GÁS CANALIZADO. NECESSIDADE DE USO DO SUBSOLO DE RODOVIA PÚBLICA FEDERAL. COBRANÇA DE REMUNERAÇÃO PELO DNIT. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE.

Superior Tribunal de Justiça

1. A controvérsia gira em torno da possibilidade de o DNIT cobrar pela utilização de faixa de domínio de rodovia federal para a instalação de equipamentos que permitam o cumprimento de prestação de serviços públicos, no caso, de gás canalizado.

2. A esse respeito, a jurisprudência desta Corte possui entendimento de que é ilegal a cobrança feita por entes da Administração Pública em face de concessionária de serviço público pelo uso de solo, subsolo ou espaço aéreo, uma vez que: a) a utilização, nesse caso, se reverte em favor da sociedade - razão pela qual não cabe a fixação de preço público; e b) a natureza do valor cobrado não é de taxa, pois não há serviço público prestado ou poder de polícia exercido. Nesse sentido: AgInt no REsp 1.482.422/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30/11/2016; AgRg no REsp 1.191.778/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 26/10/2016; REsp 1.246.070/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 18/06/2012.

3. Recurso especial provido.

(REsp 1144399/PR, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 24/10/2017).

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL; BENS PÚBLICOS. USO DE SOLO, SUBSOLO E ESPAÇO AÉREO POR CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO (IMPLANTAÇÃO DE DUTOS E CABOS DE TELECOMUNICAÇÕES, P. EX.). COBRANÇA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Cinge-se a controvérsia no debate acerca da legalidade da exigência de valores pela utilização de faixas de domínio das rodovias sob administração do DER para passagem de dutos e cabos de telecomunicações ou de outros serviços públicos essenciais prestados pela recorrente.

2. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que a cobrança em face de concessionária de serviço público pelo uso de solo, subsolo ou espaço aéreo é ilegal (seja para a instalação de postes, dutos ou linhas de transmissão, p. ex.) porque (i) a utilização, neste caso, reverte em favor da sociedade - razão pela qual não cabe a fixação de preço público - e (ii) a natureza do valor cobrado não é de taxa, pois não há serviço público prestado ou poder de polícia exercido. Precedentes.

3. Recurso especial provido.

(REsp 1.246.070/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 18/6/2012, grifei).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. BENS PÚBLICOS. USO DE SOLO, SUBSOLO E ESPAÇO AÉREO POR CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO (IMPLANTAÇÃO DE POSTES, DUTOS E LINHAS DE TRANSMISSÃO, P. EX.). COBRANÇA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Lei Maior. Isso não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. Precedente.

Superior Tribunal de Justiça

2. Pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que a cobrança em face de concessionária de serviço público pelo uso de solo, subsolo ou espaço aéreo é ilegal (seja para a instalação de postes, dutos ou linhas de transmissão, p. ex.) porque (i) a utilização, neste caso, reverte em favor da sociedade - razão pela qual não cabe a fixação de preço público - e (ii) a natureza do valor cobrado não é de taxa, pois não há serviço público prestado ou poder de polícia exercido. Precedentes.

3. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 863.577/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 10/9/2010, grifei).

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, Rel. Min. Laurita Vaz, Rel. p/ acórdão Min. ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJ 18.2.2002, grifei).

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. UTILIZAÇÃO DE SOLO URBANO. INSTALAÇÃO DE POSTES DE SUSTENTAÇÃO DA REDE DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. INSTITUIÇÃO DE TAXA DE LICENÇA PARA PUBLICIDADE E PELA EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE EM LOGRADOUROS PÚBLICOS. ART. 155, § 3º, DA CF/88. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE.

1. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto contra v. Acórdão que denegou segurança ao entendimento de ser constitucional a cobrança, por parte do Município recorrido, da taxa de exploração de logradouro público sobre a utilização do solo urbano por equipamentos destinados à transmissão e distribuição de energia elétrica para atendimento da rede pública.

2. "A intitulada 'taxa', cobrada pela colocação de postes de iluminação em vias públicas não pode ser considerada como de natureza tributária porque não há serviço algum do Município, nem o exercício do poder de polícia. Só se justificaria a cobrança como PREÇO se se tratasse de remuneração por um serviço público de natureza comercial ou industrial, o que não ocorre na espécie. Não sendo taxa ou preço, temos a cobrança pela utilização das vias públicas, utilização esta que se reveste em favor da coletividade." (RMS nº 12081/SE, 2ª Turma, Relª Minª Eliana Calmon, DJ de 10/09/2001)

3. É ilegítima a instituição de mais um tributo sobre o fornecimento de energia elétrica, além dos constantes do art. 155, § 3º, da CF/88.

4. Recurso provido.

(MS 12.258/SE, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, DJU 5.8.2002).

Superior Tribunal de Justiça

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. EXPLORAÇÃO DO SERVIÇO TELEFÔNICO. PREÇO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA. INSTITUIÇÃO POR DECRETO MUNICIPAL. AUSÊNCIA DE PODER DE POLÍCIA OU SERVIÇO PÚBLICO. PREÇO PÚBLICO. USO DE BEM PÚBLICO. CONCESSÃO. INEXISTÊNCIA DE SERVIÇO COMERCIAL OU INDUSTRIAL. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. A intitulada "taxa", cobrada pelo uso de vias públicas, inclusive, solo, subsolo e espaço aéreo, para a instalação de equipamentos que permitem a prestação dos serviços de telecomunicações, não pode ser considerada como de natureza tributária porque não há serviço algum do Município, nem o exercício do poder de polícia, além do fato de que somente se justificaria a cobrança como "preço" se se tratasse de remuneração por um serviço público de natureza comercial ou industrial, o que não ocorre na espécie. Precedentes da Corte: REsp 802.428/SP, DJ 25.05.2006; REsp 694.684/RS, DJ 13.03.2006; RMS 12.258/SE, DJ 05.08.2002; RMS 11.910/SE, DJ 03.06.2002; RMS 12081/SE, DJ 10.09.2001.

2. Mandado de segurança preventivo, com pedido de liminar, impetrado por concessionária de serviço público de telefonia fixa, contra ato de Secretário da Fazenda Municipal, consubstanciado na cobrança de retribuição pecuniária mensal, instituída pela Lei Municipal nº 1964/01, editada em 31.12.2001, pelo uso de vias públicas, inclusive, solo, subsolo e espaço aéreo, para a instalação de equipamentos que permitam o cumprimento da prestação dos serviços de telecomunicações.

3. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

4. Recurso especial provido.

(REsp 881.937/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJe 14.4.2008)

Do mesmo modo, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 581.947/RO, com **repercussão geral reconhecida**, firmou o entendimento de que o Município não pode cobrar indenização das concessionárias de serviço público em razão da instalação de equipamentos necessários à prestação do serviço em faixas de domínio público de vias públicas (bens públicos de uso comum do povo), a não ser que a referida instalação resulte em extinção de direitos. Eis a ementa do julgado:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RETRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA. COBRANÇA. TAXA DE USO E OCUPAÇÃO DE SOLO E ESPAÇO AÉREO. CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO. DEVER-PODER E PODER-DEVER. INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS NECESSÁRIOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO EM BEM

PÚBLICO. LEI MUNICIPAL 1.199/2002. INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO. ARTIGOS 21 E 22 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. Às empresas prestadoras de serviço público incumbe o dever-poder de prestar o serviço público. Para tanto a elas é atribuído, pelo poder concedente, o também dever-poder de usar o domínio público necessário à execução do serviço, bem como de promover desapropriações e constituir servidões de áreas por ele, poder concedente, declaradas de utilidade pública.

2. As faixas de domínio público de vias públicas constituem bem público, inserido na categoria dos bens de uso comum do povo.

3. Os bens de uso comum do povo são entendidos como propriedade pública. Tamanha é a intensidade da participação do bem de uso comum do povo na atividade administrativa que ele constitui, em si, o próprio serviço público [objeto de atividade administrativa] prestado pela Administração.

4. Ainda que os bens do domínio público e do patrimônio administrativo não tolerem o gravame das servidões, sujeitam-se, na situação a que respeitam os autos, aos efeitos da restrição decorrente da instalação, no solo, de equipamentos necessários à prestação de serviço público. A imposição dessa restrição não conduzindo à extinção de direitos, dela não decorre dever de indenizar.

5. A Constituição do Brasil define a competência exclusiva da União para explorar os serviços e instalações de energia elétrica [artigo 21, XII, b] e privativa para legislar sobre a matéria [artigo 22, IV].

(RE 581.947/RO, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe 27/8/2010)

Com efeito, nas ementas acima transcritas, discute-se a possibilidade de o Poder Público impor, diretamente, a exação à concessionária do serviço público que requer a utilização do solo, subsolo e espaço aéreo. No caso concreto, todavia, trata-se de concessionárias de serviço público em ambos os polos da lide. **Cabe, pois, verificar se a argumentação utilizada no primeiro caso serve para o segundo.**

No voto condutor do acórdão proferido pela Corte Suprema, o Ministro Eros Grau fez constar os seguintes excertos:

15. A servidão administrativa ou pública consubstancia um direito limitativo do Estado, definindo-se como uma restrição imposta ao particular quanto ao exercício do seu direito de propriedade sobre determinado bem. Daí dizermos que a servidão administrativa ou pública incide sobre a propriedade privada. **Não conduzindo à extinção de direitos, a constituição de servidões administrativas [ou públicas] não acarreta, em princípio, o dever de indenizar, salvo disposição legal expressa em contrário.**

16. A recorrida, concessionária da prestação de serviço público, faz uso fundamentalmente, a fim de que possam prestá-lo, do espaço sobre o solo

de faixas de domínio público de vias públicas, no qual instala equipamentos necessários à prestação de serviços [...]

18. Os bens públicos, de uso comum do povo, de uso especial e dominicais integram, todos eles, o patrimônio público, mas os bens de uso comum do povo são modernamente entendidos como propriedade pública. Tamanha, no entanto, é a intensidade da participação do bem de uso comum do povo na atividade administrativa que ele constitui, em si, o próprio serviço público [objeto de atividade administrativa] prestado pela Administração.

[...]

23. Explico-me. Os bens de uso comum do povo consubstanciam propriedade pública. Não constituem bens de propriedade do Estado; são, como ensina RUY CIRNE LIMA, qual os bens do patrimônio administrativo, "insusceptíveis de propriedade, quer dizer, de vincular-se, pelo laço do direito real, a uma vontade ou personalidade". De outra banda, consubstanciam, em si, o próprio serviço público [objeto de atividade administrativa] prestado pela Administração. Mas assim é apenas enquanto os particulares deles façam o uso comum (= uso normal). **Quando porém deles faça uso não um particular, mas o próprio Estado ou entidade prestadora de serviço público, para fim de prestação desse serviço, tais bens já não constituem o próprio serviço. Nesse caso instrumentam, esses bens, a prestação de outro serviço público. Logo, porque não pode ser tratado como propriedade pública o bem público de uso comum que não constitui serviço público ou seja, que não realiza sua finalidade — mas instrumenta a prestação de outro serviço público, seria perfeitamente possível, desde que isso não comprometesse o uso comum do bem de uso comum, constituir-se um direito restritivo sobre esse bem.**

24. O fato é que, ainda que os bens do domínio público e do patrimônio administrativo não tolerem o gravame das servidões, sujeitam-se, na situação a que respeitam os autos, aos efeitos da restrição decorrente da instalação, no solo, de equipamentos necessários à prestação de serviço público. **Por certo que não conduzindo, a imposição dessa restrição, à extinção de direitos, não acarreta o dever de indenizar, salvo disposição legal expressa em contrário, no caso contudo inexistente.**

25. Por fim, além de a instalação dos equipamentos de que se trata não comprometer o uso comum dos bens públicos em questão, é também certa, no caso, a **inexistência de prejuízo que justifique o recebimento, pelo Município, de qualquer indenização pelo uso do bem público de uso comum.** Lembro, à propósito, o preceito veiculado pelo § 1º do artigo 2º do decreto-lei n. 3.365, de 21 de junho de 1.941: "A desapropriação do espaço aéreo ou do sub-solo só se tornará necessária quando de sua utilização resultar prejuízo patrimonial do proprietário do solo". Vem a calhar, aqui, a observação de SEABRA FAGUNDES: "Portanto a desapropriação só tem lugar, em se tratando de subsolo e do espaço atmosférico, excepcionalmente. É preciso que o uso desses elementos realmente prejudique a utilização do imóvel correspondente para que se torne necessário o expropriação".

26. **Há, na ocupação do solo e espaço aéreo dos bens de uso comum de que se cuida, um direito restritivo em benefício do prestador de serviço público, direito restritivo que lhe possibilita, instrumentando sua atuação, o pleno cumprimento do dever-poder, que o**

vincula, de prestar o serviço.

Extraem-se do voto os seguintes pontos: a) a servidão administrativa não gera automaticamente uma retribuição; b) é possível a utilização coletiva do bem público de uso comum, desde que mantida sua função precípua, e c) importância da verificação de prejuízos na utilização. Todos têm aplicação ao caso concreto.

Deveras, a implantação de gasodutos em faixa de domínio de rodovia federal não interfere na exploração do serviço público de transporte rodoviário nem a utilização da via para os fins a que se destina.

Mas não é só. O art. 11 da Lei 8.987/1995 permitiu "a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados". **Tal possibilidade, aventada nas contrarrazões do presente recurso, somente tem lugar, nos termos do dispositivo citado, quando expressamente prevista no edital de licitação e "com vistas a favorecer a modicidade das tarifas".**

O STJ tem entendimento firme de que poderá o poder concedente, na forma do art. 11, prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, para favorecer a modicidade das tarifas. Confirmam-se as seguintes ementas:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CONCESSÃO. RODOVIA. DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. COBRANÇA PELO USO DE FAIXA DE DOMÍNIO. ART. 11 DA LEI 8.987/95. POSSÍVEL DESDE QUE PREVISTA NO CONTRATO. CASO SOB ANÁLISE. PREVALÊNCIA DA DISPOSIÇÃO LEGAL. MANUTENÇÃO DO ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA SEÇÃO EXPLICITADO NO ACÓRDÃO PARADIGMA. PROVIMENTO.

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

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

3. No acórdão paradigma está firmado que o art. 11 da Lei n.

8.987/95 autoriza a cobrança de uso de faixas de domínio, mesmo por outra concessionária de serviços públicos, desde que haja previsão no contrato de concessão da rodovia, em atenção à previsão legal.

4. Deve prevalecer o entendimento firmado pela Primeira Seção, que se amolda com perfeição ao caso: "Poderá o poder concedente, na forma do art. 11 da Lei n. 8.987/95, prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas. (...) No presente caso, há a previsão contratual exigida no item VI, 31.1, da Cláusula 31" (REsp 975.097/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Rel. p/ Acórdão Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 9.12.2009, DJe 14.5.2010).

Embargos de divergência providos.

(EResp 985.695/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 12/12/2014.)

ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE GÁS. INSTALAÇÃO DE GASODUTO. COBRANÇA IMPOSTA PELA CONCESSIONÁRIA DE TRANSPORTE FERROVIÁRIO PELA UTILIZAÇÃO DA FAIXA DE DOMÍNIO PARA PASSAGEM DE DUTOS PELO SUBSOLO. PREVISÃO NO CONTRATO DE CONCESSÃO RESPECTIVO. LEGALIDADE DA COBRANÇA. PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONHECIDA.

1. Cinge-se a controvérsia à questão da legalidade da cobrança pecuniária pela utilização da faixa de domínio da rede ferroviária em Barra Mansa para a passagem de gasoduto.

2. A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp 985.695/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, julgado em 26/11/2014, DJe 12/12/2014, firmou entendimento de que poderá o poder concedente, na forma do art. 11 da Lei 8.987/95, prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, para favorecer a modicidade das tarifas.

3. No caso dos autos, o Tribunal a quo, com base no conjunto probatório dos autos, entendeu que a cobrança pelo uso da faixa de domínio para passagem subterrânea de cabos e dutos está autorizada em virtude de previsão contratual. Entendimento é insuscetível de revisão nesta Corte, por demandar análise de matéria fática obstada pela Súmula 7/STJ.

4. A incidência da referida súmula impede o exame de dissídio jurisprudencial, uma vez que falta identidade entre os paradigmas apresentados e os fundamentos do acórdão, tendo em vista a situação fática do caso concreto, com base na qual o Tribunal de origem deu solução à causa.

5. A tese recursal apresentada no apelo especial não é capaz de refutar de modo suficiente os fundamentos do aresto recorrido, o que torna inviável o conhecimento do pleito, incidindo o óbice constante das Súmulas 283 e 284 do STF.

Superior Tribunal de Justiça

Agravo regimental improvido.
(AgRg no AREsp 675148/RJ, Relator Ministro Humberto Martins,
Segunda Turma, DJe 22/3/2016)

Analisando o acórdão recorrido, observo que ele não mencionou a existência de previsão editalícia permissiva. Ademais, a finalidade de promover a modicidade das tarifas deveria ser "obrigatoriamente considerada para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato" (art. 11, parágrafo único, da Lei 8.987/1995), e também disso não há registro no acórdão vergastado. Não há fundamentos fáticos, pois, para a aplicação do aludido dispositivo de modo a englobar a cobrança no conceito de "outras receitas".

Assim, **dou parcial provimento ao Recurso Especial** para acolher a pretensão da recorrente de **impedir a contraprestação pecuniária** que não tenha amparo no Edital de licitação e que não foi considerada na aferição inicial do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ressalvada a indenização por possíveis danos decorrentes do uso.

É como voto.