

Opinião: A ADI 3.763-RS e a cobrança por uso de faixas de domínio

No último dia 14, foi publicado o acórdão do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.763, do Rio Grande do Sul. A ação foi proposta pela Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica (Abradee) e resultou na declaração de inconstitucionalidade da Lei estadual nº 12.238/05 e do Decreto nº 43.787/05, ambos do Rio Grande do Sul, sob o fundamento de que diplomas teriam usurpado a competência privativa da União para legislar sobre energia elétrica (CF, artigo 21,



A despeito da existência de significativas diferenças quanto

aos fundamentos legais, esse julgamento tem sido tratado, por alguns atores, como uma suposta alteração do paradigma judicial no que se refere à remuneração das concessionárias de rodovias pela disponibilização de faixas de domínio a concessionárias de energia elétrica. Serve o presente artigo, assim, para desmitificar o suposto impacto que se tem atribuído a esse julgamento.

De fato, a distinção entre o que foi decidido na ADI nº 3.763 e a temática da cobrança pelo uso que as concessionárias de energia elétrica fazem das faixas de domínio concedidas é notória.

Em primeiro lugar, deve-se pontuar que a referida ação direta de inconstitucionalidade teve por objeto a análise sobre a constitucionalidade de uma norma estadual, aplicável portanto apenas ao ente federativo que a editou — o Rio Grande do Sul. A cobrança realizada pelas concessionárias de rodovia a nível nacional, por outro lado, não se fundamenta nessa norma, que, como dito, possuía aplicabilidade apenas a nível local.

Afinal de contas, tal cobrança pelo uso da faixa de domínio está fundamentada no artigo 175 da Constituição Federal e no artigo 11 da Lei federal nº 8.987/95 (Lei de Concessões), dispositivo este que prevê a "*possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas complementares*".

Igualmente, a validade dessa cobrança fundamenta-se nos próprios instrumentos firmados com o poder concedente. Isso porque, comumente, tanto nos editais de licitação quanto nos contratos de concessão das concessionárias de rodovias, há cláusula expressa cuidando da disciplina da cobrança pela utilização das faixas de domínio, inclusive por outras concessionárias de serviço público — como é o exemplo das concessionárias de energia elétrica.

Observa-se, assim, que os dispositivos que fundamentam a cobrança, pelas empresas que administram rodovias, pelo uso de suas faixas de domínio não estão entre as normas declaradas inconstitucionais pelo STF ao apreciar a ADI nº 3.763. Na realidade, essa ação decretou a inconstitucionalidade das normas g

— repita-se — tem por base os artigos 175 da Constituição Federal e 11 da Lei federal nº 8.987/95 (Lei de Concessões), bem como os próprios editais e contratos de concessão rodoviárias. E nenhum desses dispositivos foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Diga-se de passagem: tanto é distinta a matéria tratada na ADI nº 3.763 e aquela relativa à possibilidade da cobrança pelo uso das faixas de domínio por outras concessionárias de serviços públicos que a jurisprudência dominante do STF é a de que essa última questão tem contornos estritamente infraconstitucionais, o que afasta a hipótese de que a temática pudesse ser analisada pela Corte Suprema. Confira-se:

"Outrossim, concluir diversamente do tribunal a quo a respeito da natureza jurídica dos valores controvertidos, bem como da legitimidade da empresa ora recorrida para a respectiva cobrança, demandaria o reexame da legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei federal 8.987/1995 e Lei 7.835/1992 do Estado de São Paulo), o que se revela inviável em sede de recurso extraordinário, por configurar ofensa indireta à Constituição da República" [1] [2].

Nesse mesmo sentido, tanto se trata de matéria infraconstitucional que coube ao Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp nº 985.695, estipular a legalidade da cobrança que as concessionárias de rodovia fazem em face de outras concessionárias de serviços públicos (no caso, a Light), em razão do uso das faixas de domínio para a instalação de equipamentos, tornando tal precedente, doravante, obrigatório:

"PROCESSUAL CIVIL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. AÇÃO DE COBRANÇA. USO DA FAIXA DE DOMÍNIO. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. artigo 11 DA LEI DE CONCESSÕES. POSSIBILIDADE. FONTE ALTERNATIVA DE RECEITA. PREVISÃO EM CONTRATO. PRECEDENTE OBRIGATÓRIO. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. (...) 2 — No julgamento do EREsp 985.695/RJ a 1ª Seção desta Corte de Justiça, firmou o entendimento de que, havendo previsão contratual, é possível a cobrança pelo uso da faixa de domínio da rodovia por outra concessionária para passagem de linha de energia, nos termos do artigo 11 da Lei nº 8.987/1995" [3].

A pacificação do assunto pelo STJ resta evidente nos casos julgados monocraticamente pelos seus ministros [4].

Logo, sendo distintos os diplomas declarados inconstitucionais pela ADI nº 3.763 e aqueles que fundamentam a cobrança pelo uso das faixas de domínio em âmbito nacional, a conclusão a que se chega é a de que a legitimidade de tal cobrança não foi enfrentada e sequer decidida pelo Supremo Tribunal Federal naqueles autos.

Ainda que tenha declarado a inconstitucionalidade de uma norma que, incidentalmente, prevê a onerosidade da ocupação em questão, o Supremo o fez à luz das regras constitucionais de competência legislativa, e não da discussão quanto à possibilidade da cobrança propriamente dita.

Destaca-se, ainda assim, que alguns ministros julgadores da ADI nº 3763, a título de *obter dictum*, tangenciaram a temática a respeito da possibilidade da cobrança pelo uso das faixas de domínio, trazendo reflexões ventiladas por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 581.947/RO (Tema nº 261). Em tal RE, havia sido discutida a inconstitucionalidade da cobrança que os municípios (no caso, Ji-Paraná-RO) fazem de *taxas* (tributo, portanto) pelo uso das calçadas, solo *urbano municipal*, e não, de *tarifa* incidente sobre rodovia estadual concedida (solo *rural estadual*, por definição legal

— Código de Trânsito Brasileiro).

No ponto, importante destacar que o Plenário do STF, ao julgar embargos declaratórios apresentados no Recurso Extraordinário 581.947/RO (Tema 261), elucidou a abrangência do julgado. Transcreve-se trecho: "*3) Embargos de Declaração conhecidos e providos, sem efeitos infringentes, para esclarecer que o decisum dispõe sobre a impossibilidade de cobrança de taxa, espécie de tributo, pelos municípios em razão do uso do espaço público municipal*" (DJe de 19/03/2014, STF, Plenário, relator ministro Luiz Fux, acórdão unânime).

Ou seja, para se evitar a aplicação inadvertida do Tema 261 ao objeto de discussão na ADI 3763, o ministro Luiz Fux fez questão de promover o devido *distinguishing* entre as hipóteses, sublinhando que: "*A matéria ora debatida não se confunde com o entendimento, já assentado neste STF, a respeito da impossibilidade de cobrança de taxa em situações análogas. Naquela ocasião, ao julgar o RE 581.947*".

Desse modo, mesmo que se desconsiderassem os limites da discussão travada na ADI 3763, e se admitisse a possibilidade de discussão sobre a constitucionalidade da cobrança pelo uso da faixa de domínio, o Tema n° 261 não seria aplicável. Nessa linha, em recentíssimas oportunidades (a última em abril de 2021), o Supremo Tribunal Federal manifestou-se explicitamente quanto à inaplicabilidade do Tema n° 261 às demandas nas quais a discussão sobre a possibilidade de cobrança pelo uso da faixa de domínio é travada entre duas concessionárias de serviços públicos [5]:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. COBRANÇA DE TAXA. USO DE FAIXAS DE DOMÍNIO PÚBLICO POR CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO E EMPRESAS DE DIREITO PRIVADO. (...) INAPLICABILIDADE DO TEMA 261 DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO" [6].

"Destaco, por oportuno, acerca da alegada omissão quanto à existência de 'inúmeros precedentes oriundos desse tribunal, colacionados nas razões recursais e que, de maneira diversa ao quanto julgado nesse feito, admitem a aplicabilidade do Tema 261 da Repercussão Geral', extraio didaticamente explanado, na decisão impugnada, o entendimento segundo o qual o paradigma da repercussão geral indicado é inaplicável ao caso dos autos" [7].

Para concluir, o recente julgamento da ADI n° 3.763 não traz impactos sobre a possibilidade de as concessionárias de rodovia efetuarem a devida cobrança pelo uso que outras concessionárias de serviços públicos fazem de suas faixas de domínio.

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade citada restringem-se, unicamente, à Lei estadual n° 12.238/2005, bem como ao Decreto n° 43.787/2005, do estado do Rio Grande do Sul, não contemplando os fundamentos constitucionais e legais para a cobrança em questão. Não só isso: a *ratio decidendi* desse remédio constitucional referiu-se à existência de competência privativa da União para legislar sobre energia elétrica, e não, sobre a possibilidade da referida cobrança.

Logo, o Supremo Tribunal Federal determinou não poder haver a cobrança em face das concessionárias de energia elétrica com base na Lei estadual n° 12.238/2005 e no Decreto n° 43.787/2005, do estado do Rio Grande do Sul. Uma vez que apenas a lei gaúcha foi afetada pela ADI, remanesce intocada a legalidade de toda e qualquer cobrança que se fundamentar em outras normas, nomeadamente os artigos 175 da Constituição Federal e 11 da Lei federal n° 8.987/95 (Lei de Concessões), bem como os editais e contratos de concessão das rodovias, os quais seguem com plena validade e eficácia

— como, aliás, resta assente na jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros.

[1] STF, RE nº 1.104.997-SP, rel. Min. LUIZ FUX, dec. mon. de 30.3.20.

[2] Conferir ainda: *(a)* STF, RE nº 1.181.353-SP, rel. Min. Cármen Lúcia, dec. mon. de 19.3.19; *(b)* STF, RE nº 1.272.322-SP, rel. Min. Edson Fachin, dec. mon. de 21.7.20; *(c)* STF, 1ª T., EDcl. No AgRg no ARE nº 1.246.647-SP, rel. Min. Rosa Weber, j. 16.6.20; *(d)* STF, RE nº 1.104.997-SP, rel. Min. LUIZ FUX, dec. mon. de 30.3.20.

[3] STJ, 2ª T., AgInt no AREsp nº 1.700.197-SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 19.6.18.

[4] Eis o entendimento dos ministros do Superior Tribunal de Justiça: *(a)* AREsp nº 1.247.413-SP, rel. Min. Assusete Magalhães, dec. mon. 5.4.19; *(b)* AREsp nº 1.443.712-SP, rel. Min. Assusete Magalhães, dec. mon. 8.3.19; *(c)* AREsp nº 1.251.496-SP, rel. Min. Francisco Falcão, dec. mon. de 25.3.19 *(d)* REsp nº 1.712.508-SP, rel. Min. Regina Helena Costa, dec. mon. de 1.3.19; *(e)* AREsp nº 1.415.696-PR, rel. Min. Assusete Magalhães, dec. mon. 1.2.19; *(f)* AREsp nº 1.238.398-SP, rel. Min. Sérgio Kukina, dec. mon. de 15.3.18; *(g)* REsp nº 1.700.197, rel. Min. Mauro Campbell Marques, dec. mon. 29.11.17; *(h)* AREsp nº 1.134.490, rel. Min. Mauro Campbell Marques, dec. mon. de 24.10.17; *(i)* AREsp nº 1.079.824, rel. Min. Gurgel De Faria, dec. mon. de 4.9.17; *(j)* REsp nº 1.677.414, rel. Min. Regina Helena Costa, dec. mon. de 30.8.17; *(l)* REsp 1.631.787-SP, rel. Min. Assusete Magalhães, dec. mon. de 16.8.17; *(m)* REsp nº 1.099.282-RJ, rel. Min. Sérgio Kukina, dec. mon. de 2.5.17; *(n)* EREsp nº 1.283.484, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, dec. mon. 1.2.17; *(o)* AREsp nº 40.802, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, dec. mon. de 19.9.16; *(p)* REsp nº 1.461.353-SP, rel. Min. Sérgio Kukina, dec. mon. de 6.9.16.

[5] Confira-se algumas delas, entre as quais figuram decisões proferidas pela própria ministra Cármen Lúcia, relatora da ADI nº 3.736: *(a)* 1ª T., EDcl. No AgRg no ARE nº 1.235.415-SP, rel. Min. Rosa Weber, j. 7.4.21; *(b)* 2ª T., AgRg no ARE nº 1.294.459-SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 24.2.21; *(c)* 1ª T., AgRg no ARE nº 1.204.820-DF, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 16.8.19; *(d)* 1ª T., Segundo AgReg. no RE nº 1.163.302-SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 17.9.19; *(e)* STF, 1ª T., EDecl. no AgRg no ARE n. 1.246.647-SP, rel. Min. Rosa Weber, j. 17.6.20; *(f)* ARE n. 1.204.820-SP, rel. Min. Alexandre de Moraes, dec. mon. de 23.5.19; *(g)* EDecl. No ARE n. 1.235.415-SP, rel. Min. Dias Toffoli, dec. mon. De 12.11.19; *(h)* RE n. 1.181.353-SP, rel. Min. Cármen Lúcia, dec. mon. de 19.3.19; *(i)* Rcl n. 40.986, rel. Roberto Barroso, dec. mon. de 2.6.20; *(j)* RE 1.104.997-SP, rel. Min. Luiz Fux, dec. mon. de 30.3.20; *(k)* RE 1.272.322-SP, rel. Min. Edson Fachin, dec. mon. de 21.7.20.

[6] STF, 2ª T., AgRg no ARE n. 1.294.459-SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 24.2.21.

[7] STF, 1ª T., EDcl. No AgRg no ARE n. 1.235.415-SP, rel. Min. Rosa Weber, j. 7.4.21.

Date Created

28/05/2021