

27/09/2021

PLENÁRIO

EMB.DIV. NO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.001.836 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. EDSON FACHIN**
EMBTE.(S) : **VIVAX LTDA.**
ADV.(A/S) : **EDUARDO DE CARVALHO SOARES DA COSTA**
ADV.(A/S) : **ALEXANDRE FONSECA DE MELLO**
EMBDO.(A/S) : **MUNICÍPIO DE SUMARÉ**
ADV.(A/S) : **RICARDO ROCHA IVANOFF**
ADV.(A/S) : **IVAN LOUREIRO DE ABREU E SILVA**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SUMARÉ**

EMENTA: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. RETRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA. COBRANÇA PELO MUNICÍPIO. TAXA DE USO E OCUPAÇÃO DE SOLO E ESPAÇO AÉREO. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS NECESSÁRIOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO EM BEM PÚBLICO. ARTIGOS 21 E 22, IV, DA CF. COMPETÊNCIA DA UNIÃO. ACÓRDÃO EMBARGADO DIVERGENTE DOS PARADIGMAS APONTADOS . EMBARGOS ACOLHIDOS.

1. Invade a competência legislativa da União (art. 22, IV, da CF/88) o ente federativo que institui retribuição pecuniária pela ocupação do solo para a prestação de serviço público de telecomunicações. Precedentes.

2. Em razão do dever de coerência e uniformização nas decisões, compreende-se que a Corte estabelece efetivamente um direcionamento no sentido de vedar a cobrança de preço público pela utilização de bem público de uso comum do povo na medida da necessidade da prestação de serviço público de titularidade de outro ente federado.

3. No caso, o acórdão embargado destoa dos arestos paradigmas e de recentes precedentes firmados pelo Plenário do STF (ADI 3763 e ADI 6482), hipótese em que a divergência restou demonstrada.

4. Embargos de divergência acolhidos, a fim de prover o recurso de agravo regimental e dar provimento ao recurso extraordinário interposto

RE 1001836 AGR-EDv / SP

pela empresa Embargante. Sem honorários, por se tratar de mandado de segurança (Súmula 512/STF e art. 25 da Lei 12.016/2009).

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em Sessão Virtual do Plenário de 17 a 24 de setembro de 2021**, sob a Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em acolher os embargos de divergência, a fim de prover o recurso de agravo regimental e dar provimento ao recurso extraordinário interposto pela empresa Embargante, sem honorários (Súmula 512/STF e art. 25 da Lei 12.016/2009), tudo nos termos do voto do Relator.

Brasília, 27 de setembro de 2021.

Ministro **EDSON FACHIN**

Relator

Documento assinado digitalmente

27/09/2021

PLENÁRIO

EMB.DIV. NO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.001.836 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. EDSON FACHIN**
EMBTE.(S) : **VIVAX LTDA.**
ADV.(A/S) : **EDUARDO DE CARVALHO SOARES DA COSTA**
ADV.(A/S) : **ALEXANDRE FONSECA DE MELLO**
EMBDO.(A/S) : **MUNICÍPIO DE SUMARÉ**
ADV.(A/S) : **RICARDO ROCHA IVANOFF**
ADV.(A/S) : **IVAN LOUREIRO DE ABREU E SILVA**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SUMARÉ**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Trata-se de embargos de divergência (eDOC 43) opostos em 13.07.2020 (eDOC 60) e a mim distribuídos em 22.03.2021 (eDOC 64), em face de acórdão proferido pela Primeira Turma em 27.04.2020, de relatoria do e. Ministro Luiz Fux e que, por maioria de votos, negou provimento ao agravo regimental, cuja ementa restou assim redigida (eDOC 42):

“AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. UTILIZAÇÃO DE BENS PÚBLICOS MUNICIPAIS POR CONCESSIONÁRIAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS. COBRANÇA DE RECEITAS NÃO TRIBUTÁRIAS PELAS MUNICIPALIDADES. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. NATUREZA JURÍDICA DOS VALORES E CONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO FEDERAL. MATÉRIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. SÚMULAS 280 E 636 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO. NECESSIDADE DE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA E DE

RE 1001836 AGR-EDv / SP

CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INVIABILIDADE EM SEDE EXTRAORDINÁRIA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 279 E 454 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO INTERNO A QUE SE NEGA PROVIMENTO” (RE 1.001.836-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 01.07.2020).

Nas razões dos presentes embargos, a parte Recorrente sustenta, em suma, divergência jurisprudencial existente no âmbito desta Corte, considerando o julgamento do RE 581.947-RG, de relatoria do Min Eros Grau, Plenário, Tema 261 da sistemática da repercussão geral, apontando, ainda, como paradigmas os acórdãos proferidos no RE 494.163-AgR, de relatoria da Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 15.03.2011; RE 811.620-AgR-terceiro, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 28.10.2015 e no RE 1.211.802-AgR-ED, de relatoria da Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 28.02.2020, além de decisões monocráticas exaradas por esta Corte: ARE 1.115.832; ARE 694.234 e AI 861.088 e de julgados do Superior Tribunal de Justiça.

Afirma que a Primeira Turma concluiu *“que a cobrança em tela não tem caráter tributário, mas natureza administrativa, fundada na regulamentação do uso dos bens públicos municipais’ e, em consequência, é possível a cobrança pelo uso de espaço aéreo, solo e subsolo, instituído pelo Município de Sumaré, vencido o Ministro Luís Roberto Barroso”* (eDOC 43, p. 3).

Ressalta, ainda, que *“não trata de remuneração decorrente da ocupação de espaço urbano, como defende possível o acórdão paradigma, ora recorrido, mas de relação de direito tributário, com a criação de taxa, exatamente na forma prevista”* no Tem 261 da Repercussão Geral *“É inconstitucional a cobrança de taxa, espécie tributária, pelo uso de espaços públicos dos municípios por concessionárias prestadoras do serviço público de fornecimento de energia elétrica”* (eDOC 43, p. 10).

Postula, ao final, que prevaleça o entendimento *“consagrado no Tema 261”* (eDOC 43, p. 18) e provido o presente recurso, sendo, ainda, permitida *“a sustentação oral por meio de sistema eletrônico, em atenção aos escopos da ampla defesa, contraditório e devido processo legal, bem como celeridade e eficiência, nos termos da Constituição Federal”* (eDOC 43, p. 18).

RE 1001836 AGR-EDv / SP

A parte Embargada, devidamente intimada, não apresentou manifestação (eDOC 62).

Os presentes embargos de divergência foram admitidos pelo Min. Dias Toffoli e os autos foram a mim distribuídos (eDOC 64).

É o relatório.

27/09/2021

PLENÁRIO

EMB.DIV. NO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.001.836 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Os presentes embargos de divergência merecem prosperar.

O cotejo analítico foi devidamente produzido quanto aos paradigmas apontados pela Embargante (acórdãos de ambas as Turmas).

Entretanto, no que tange à indicação das decisões monocráticas pela parte Recorrente, ressalto que os embargos de divergência são cabíveis contra acórdão de Turma, consoante o disposto nos artigos 1.043, *caput*, do CPC, e 330 do RISTF.

Logo, não há previsão legal para o manejo do referido recurso contra decisão monocrática. Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente do Plenário:

“AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA INTERPOSTOS CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA PELA QUAL NEGADO SEGUIMENTO A AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ARTS. 1.043, *CAPUT*, DO CPC/2015 E 330 DO RISTF. 1. **A teor dos arts. 1.043, *caput*, do CPC e 330 do RISTF, não cabem embargos de divergência contra decisão monocrática pela qual negado seguimento a agravo em recurso extraordinário.** Precedentes. 2. Agravo regimental conhecido e não provido.” (ARE 968.369-EDv-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Plenário, DJe 24.10.2016)

Registro, também, que a jurisprudência desta Corte não admite o cabimento dos embargos nas hipóteses em que são indicados paradigmas de outros Tribunais para comprovar divergência. Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO

RE 1001836 AGR-EDv / SP

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ACÓRDÃO PARADIGMA PROFERIDO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DESCABIMENTO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (ARE 1.245.190-AgR-ED-EDv-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, DJe 08.07.2020).

“AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MATÉRIA CRIMINAL. PARADIGMA DO STJ. ERRO GROSSEIRO. DESPROVIMENTO DO AGRAVO. 1. A oposição de embargos de divergência que tem por base paradigma julgado em acórdão do Superior Tribunal de Justiça caracteriza-se como erro grosseiro, não sendo sanável mediante aplicação do princípio da fungibilidade recursal 2. Agravo regimental desprovido” (ARE 1.289.149-AgR-ED-EDv-AgR, de minha relatoria, Plenário, DJe 14.06.2021).

Quanto aos acórdãos paradigmas apontados pela Recorrente (RE 581.947-RG - Tema 261; RE 494.163-AgR; RE 811.620-AgR-Terceiro e RE 1.211.802-ED-AgR) observo que em tais julgamentos o mérito da controvérsia foi enfrentado com amparo nos arts. 21 e 22, IV, da Constituição Federal.

Por oportuno, transcrevo as ementas dos acórdãos paradigmas indicados pela parte Embargante:

“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

RE 1001836 AGR-EDv / SP

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]. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com a declaração, incidental, da inconstitucionalidade da Lei n. 1.199/2002, do Município de Ji-Paraná” (RE 581.947-RG, julgamento de mérito, Tema 261, Rel. Min. Eros Grau, DJe 27.08.2010).

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RETRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA. COBRANÇA. TAXA DE USO E OCUPAÇÃO DE SOLO E ESPAÇO AÉREO. CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO. INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS NECESSÁRIOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO EM BEM PÚBLICO. COMPETÊNCIA DA UNIÃO. 1. Invade a

RE 1001836 AGR-EDv / SP

competência legislativa da União (art. 22, IV, da CF/88) o ente federativo que institui retribuição pecuniária pela ocupação do solo para a prestação de serviço público de telecomunicações. 2. Agravo regimental a que se nega provimento” (RE 811.620-terceiro-AgR, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 28.10.2015).

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. COBRANÇA DE RETRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA PELA INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS NECESSÁRIOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. BEM PÚBLICO DE USO COMUM DO POVO. INCONSTITUCIONALIDADE DECORRENTE DA VIOLAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO (ART. 22, IV, DA CF/88). PRECEDENTE DO PLENÁRIO: RE 581.947/RO. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 581.947/RO, rel. Min. Eros Grau, DJe 27.08.2010, 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. 2. O Município do Rio de Janeiro, ao instituir retribuição pecuniária pela ocupação do solo para a prestação de serviço público de telecomunicações, invadiu a competência legislativa privativa da União (art. 22, IV, da CF/88). Precedente. 3. Agravo regimental a que se nega provimento” (RE 494.163-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 15.03.2011).

“AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA DE RETRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA PELO USO DE ESPAÇO PÚBLICO

RE 1001836 AGR-EDv / SP

MUNICIPAL. TEMA 261 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (RE 1.211.802-ED-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 28.02.2020).

A Primeira Turma desta Corte, no acórdão ora embargado, analisou o mérito da controvérsia com apoio em julgado do STF e no precedente da repercussão geral (RE 581.947-RG, Tema 261 da repercussão geral).

No que tange às questões envolvendo a natureza jurídica dos valores controvertidos, o alegado desequilíbrio econômico-financeiro do contrato e a vedação à cobrança municipal na legislação federal, a Turma aplicou as Súmulas 279, 280, 454 e 636 do STF.

É o que se depreende dos seguintes trechos do voto condutor do acórdão ora recorrido:

“Conforme já asseverado, a jurisprudência desta Suprema Corte se consolidou no sentido da invalidade da cobrança de taxas pelos municípios em razão da utilização de bens públicos municipais por concessionárias de serviços públicos de competência da União, para fins de prestação de referidos serviços, pois aos municípios não compete exercer o poder de polícia sobre tais serviços. No entanto, não há vedação constitucional para a cobrança de **receitas não tributárias** pelas municipalidades em razão da utilização das respectivas áreas públicas. A respeito da matéria, colaciono trecho do voto de minha lavra proferido no julgamento do RE 581.947-ED, Rel. Min. Luiz Fux, Plenário, DJe de 19/3/2014, Tema 261 da Repercussão Geral, *in verbis* :

(...)

In casu, o acórdão recorrido não divergiu da orientação firmada por esta Corte ao assentar que seria válida a cobrança de “preço público” em razão da utilização do subsolo municipal para a instalação de infraestrutura de serviço de TV a cabo, destacando que a cobrança em tela não tem caráter tributário, mas natureza administrativa, fundada na

RE 1001836 AGR-EDV / SP

regulamentação do uso dos bens públicos municipais.

Outrossim, concluir diversamente do Tribunal a quo quanto à natureza jurídica dos valores controvertidos, bem como analisar as alegações de suposto desequilíbrio econômico-financeiro do contrato e de vedação à cobrança municipal na legislação federal, demandaria o reexame de matéria fática e de cláusulas contratuais – o que encontra óbice nas Súmulas 279 e 454 desta Corte – e da legislação infraconstitucional local e federal aplicável à espécie, o que se revela inviável em sede de recurso extraordinário, por configurar ofensa indireta à Constituição Federal (Súmulas 280 e 636 do STF). Em sentido semelhante, confirmam-se, à guisa de exemplo, os seguintes julgados:

(...)

Ex positis, NEGÓ PROVIMENTO ao agravo interno”.

Extraio, ainda, trechos do voto vencido proferido pelo e. Ministro Roberto Barroso, naquela ocasião:

“2. A questão discutida no presente processo diz respeito à possibilidade, ou não, de cobrança instituída pelo Município de Sumaré, que tem por fundamento o uso de vias públicas, inclusive o espaço aéreo e subsolo, por concessionária que presta serviço de telecomunicações no Município.

3. Conforme observou o Min. Relator, *“o Tribunal a quo concluiu que seria válida a cobrança de “preço público” em razão da utilização do subsolo municipal para a instalação de infraestrutura de serviço de TV a cabo, destacando que a cobrança em tela não tem caráter tributário, mas natureza administrativa, fundada na regulamentação do uso dos bens públicos municipais”*.

4. Esta Corte, ao julgar o mérito do RE 581.947-RG, da relatoria do Ministro Eros Grau, com repercussão geral reconhecida, enfrentou discussão semelhante e assentou que não caberia indenização pelo uso de bem público comum, a menos que haja extinção de direitos. Veja-se a ementa do julgado:

RE 1001836 AGR-EDV / SP

(...)

5. A tese foi restringida, mas não modificada, para fins de repercussão geral, em sede de embargos de declaração. Com efeito, o Ministro Luiz Fux, Relator do acórdão dos embargos, acolheu a pretensão do embargante e reconheceu que *“tem pleno cabimento a tese da delimitação estreita do tema nos exatos termos pretendidos pelo Recorrente, tendo em vista que a referida adstrição foi feita na decisão que reconheceu a existência de repercussão geral, o que deslegitima uma apreciação mais vasta que compreenda a análise da possibilidade, ou não, de se cobrar qualquer tipo de receita pela utilização de áreas públicas”*. O acórdão dos embargos ficou assim ementado:

“1) Embargos de Declaração. Repercussão Geral. Cobrança de taxa pelo uso de bens municipais. Delimitação da controvérsia jurídica. 2) In casu , todo o litígio travado nos autos gravitou em torno da lei do município de Ji-Paraná que instituiu a cobrança de taxa pelo uso do solo e subsolo. 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.”

6. Embora o Plenário tenha restringido o entendimento à impossibilidade de cobrança de taxa, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça possuem jurisprudência que ampliam a impossibilidade de cobrança indenizatória ou de preço público. Como destacado no voto proferido pelo Ministro Luiz Fux no julgamento dos embargos declaratórios no RE 581.947, *“É cediço que, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, já houve consolidação do entendimento no sentido da vedação da cobrança de taxa ou mesmo de preço público (tarifa) pelo uso de espaços públicos municipais pelas concessionárias prestadoras de serviços públicos. Veda-se não só a taxa, mas também a cobrança por meio de preço público”*.

7. Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal

RE 1001836 AGR-EDV / SP

quanto à cobrança de indenizações das concessionárias pelas instalações de equipamentos para a prestação de serviços públicos, quando da exploração não resulte extinção de direitos. A lógica por trás desse entendimento é que, em que pese o bem de domínio municipal estivesse sendo utilizado pela concessionária, estaria afetado a um serviço público, atuando a concessionária como verdadeiro agente estatal, razão pela qual não é cabível exação. Nesse sentido, cito o RE 494.163-AgR, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie:

(...)

8. Por todo o exposto, dirijo respeitosamente do eminente relator, para dar provimento ao agravo e ao recurso extraordinário”.

Registro que a Segunda Turma do STF, recentemente, em 17.08.2021, no julgamento do RE 1.181.353-AgR, de relatoria da Min. Cármen Lúcia, DJe 23.08.2021, também, por maioria de votos, concluiu pelo caráter infraconstitucional da controvérsia, afastando a aplicabilidade, ao caso, do Tema 261 da repercussão geral.

Naquela assentada, fiquei vencido ao acompanhar divergência inaugurada pelo Ministro Gilmar Mendes, ocasião em que fundamentei meu voto nos seguintes termos:

Trata-se de agravo regimental em face de decisão monocrática da lavra da i. Ministra Cármen Lúcia, por meio da qual se negou provimento a recurso extraordinário interposto por Companhia Jaguari de Energia contra aresto do STJ, por compreender que a questão foi decidida com base em legislação infraconstitucional.

Quando o feito foi pautado pela vez primeira, em sessão virtual iniciada em 12 de junho de 2020, acompanhei a i. Relatora no desprovimento do recurso interposto.

O i. Ministro Gilmar Mendes, na oportunidade, pediu vista do feito, e devolve nesse momento, apresentando voto divergente, para dar provimento ao apelo extraordinário, para assentar a impossibilidade de cobrança de preço público pela

RE 1001836 AGR-EDv / SP

utilização da rodovia por concessionária de energia elétrica, restaurando a sentença de improcedência da ação principal.

A questão trazida a julgamento diz respeito à possibilidade de cobrança de preço público de concessionária de serviço público federal pela utilização de rodovia estadual administrada por empresa concessionária.

E, analisando a questão em face dos recentes precedentes firmados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, reconheço que a posição do Ministro Vitor é, de fato, mais consentânea com o entendimento colegiado, no sentido de não ser possível a cobrança de preço pela utilização de bem público necessário à prestação de serviço público por outro ente da federação.

Efetivamente, depois do início do julgamento do presente feito, como bem apontou o i. Min. Gilmar Mendes, dois precedentes foram julgados pelo Pleno e traduzem o direcionamento da Corte na matéria ora em debate.

Trata-se, primeiramente, do acórdão relativo à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3763, julgada em Plenário Virtual em abril de 2021, por meio do qual se glosaram dispositivos de lei estadual do Rio Grande do Sul que previam a cobrança de retribuição pecuniária das companhias concessionárias de energia elétrica pela utilização de faixa de domínio de rodovias estaduais:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL N. 12.238/2005 E DECRETO N. 43.787/2005. PREVISÃO DE COBRANÇA DE RETRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA DE CONCESSIONÁRIAS DE ENERGIA ELÉTRICA PELA OCUPAÇÃO DE FAIXAS DE DOMÍNIO E ÁREAS ADJACENTES A RODOVIAS ESTADUAIS. INVASÃO DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO. AL. B DO INC. XII DO ART. 21 E INC. IV DO ART. 22 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA DAR

RE 1001836 AGR-EDv / SP

INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO E DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXPRESSÃO “DE ENERGIA” DO INC. IV DO ART. 6º E DA TARIFA BÁSICA PREVISTA NO TIPO II DO ITEM 1 DO ANEXO 1 DO DECRETO N. 43.787/2005 DO RIO GRANDE DO SUL.”

(ADI 3763, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 08/04/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-092 DIVULG 13-05-2021 PUBLIC 14-05-2021)

E, ainda, tem-se o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6482, por meio do qual se declarou a constitucionalidade de dispositivo da Lei nº 13.116/2014, que estabeleceu a gratuidade do direito de passagem em bens públicos de uso comum do povo necessários à instalação da infraestrutura de telecomunicação:

“Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 12, CAPUT, DA LEI 13.116/2015. INSTALAÇÃO DE INFRAESTRUTURA E DE REDES DE TELECOMUNICAÇÕES. GRATUIDADE DO DIREITO DE PASSAGEM EM VIAS PÚBLICAS, EM FAIXAS DE DOMÍNIO E EM OUTROS BENS PÚBLICOS DE USO COMUM DO POVO, AINDA QUE ESSES BENS OU INSTALAÇÕES SEJAM EXPLORADOS POR MEIO DE CONCESSÃO OU OUTRA FORMA DE DELEGAÇÃO. CONTEXTO REGULATÓRIO SETORIAL DA NORMA IMPUGNADA. CONSTITUCIONALIDADE FORMAL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE TELECOMUNICAÇÕES. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA EDITAR NORMAS GERAIS DE LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA. CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA EFICIÊNCIA, DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. RESTRIÇÃO AO

RE 1001836 AGR-EDv / SP

DIREITO DE PROPRIEDADE DOS ESTADOS VOLTADA À GARANTIA DA PRESTAÇÃO E DA UNIVERSALIZAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL. NORMA QUE IMPÕE RESTRIÇÃO ADEQUADA, NECESSÁRIA E PROPORCIONAL EM SENTIDO ESTRITO AO DIREITO DE PROPRIEDADE DOS ESTADOS E DOS MUNICÍPIOS. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. 1. O Setor Brasileiro de Telecomunicações passou por importantes mudanças na década de 1990, com a aprovação da Emenda Constitucional 8/1995 e da Lei 9.472/1997, que promoveram a liberalização do setor e a privatização do sistema Telebras. A expansão do acesso à internet de alta velocidade tem empurrado as políticas de telecomunicações da década de 1990 para um verdadeiro “ponto de inflexão” (inflection point). (COWHEY, Peter F.; ARONSON, Jonathan D. *Transforming Global Information and Communication Markets: The Political Economy of Innovation*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2011, p. 8 e 10–11). Ainda que intuitivamente a internet seja considerada um espaço livre e desregulado, a conexão dos usuários à rede depende da prestação de serviços de telecomunicações e da interação entre agentes econômicos que atuam de forma verticalmente integrada entre a camada física composta pela gestão de infraestrutura de telecomunicações, a camada de protocolo e a camada de conteúdos e de aplicações. (BENJAMIN, Stuart Minor et al. *Telecommunications Law and Policy*. 3a. Durham: Carolina Academic Press, 2012, p. 717-721). Daí porque a doutrina assenta que “o fenômeno Over-The-Top (OTT) passa a demandar a remodelagem de políticas de incentivo ao investimento em infraestrutura de redes de alta velocidade, as quais se mostram essenciais não apenas para a viabilidade desses modelos de negócios, mas para a garantia dos incentivos à inovação no âmbito do setor de Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC)”. (FERNANDES, Victor Oliveira. *Regulação de Serviços de Internet: desafios da*

RE 1001836 AGR-EDv / SP

regulação de aplicações Over-The-Top (OTT), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 36). 2. No caso do setor de telecomunicações, a atribuição da titularidade pela prestação dos serviços públicos à União (art. 21, inciso XI, da CF) tem como contrapartida o reconhecimento de uma federalização ampla das relações jurídicas que permeiam a prestação desses serviços. Do próprio conceito legal, extrai-se que “telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza” (art. 60, § 1º, da Lei 9.472/1997). A disciplina jurídica de toda e qualquer forma de transmissão de sinais voltada à prestação de um serviço de telecomunicações revolve matéria afeta à competência legislativa da União, tal qual o direito de passagem e uso para a instalação de infraestrutura de rede. 3. O Supremo Tribunal Federal decidiu que a edição da Lei 13.116/2015 se insere no âmbito da competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações (art. 22, inciso IV, CF/88) e materializa uma decisão de afastar a possibilidade de os Estados e Municípios legislarem sobre a matéria (ADI 3.110, Relator Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 4.5.2020, DJe 10.6.2020; ADPF 731, Relator(a): Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 21/12/2020, DJe 10-02-2021). A disciplina da gratuidade do direito de passagem prevista no art. 12, caput, da Lei 13.166/2015 divisou a necessária uniformização nacional, sobretudo em um setor econômico como o de telecomunicações, em que a interconexão e a interoperabilidade das redes afiguram-se essenciais. 4. A interpretação sistemática da Lei 13.116/2015, sobretudo naquilo que complementada pelo seu regulamento, revela, na realidade, zelo do legislador de, ao mesmo tempo, uniformizar a gratuidade do direito de passagem no âmbito nacional e respeitar o exercício das competências administrativas dos poderes concedentes locais, preservando-se a competência da União de legislar sobre normas gerais em matéria de licitações e contratos administrativos (art. 22, inciso

RE 1001836 AGR-EDv / SP

XXVII, da CF). 5. O art. 12, caput, da Lei 13.116/2015 institui verdadeiro ônus real sobre o direito de propriedade dos bens de Estados e Municípios nas vias públicas, faixas de domínio e outros bens públicos de uso comum do povo. Dado que o direito de propriedade não se revela de caráter absoluto, essa restrição “pode ser admitida constitucionalmente quando decorrer da necessidade de prestação de serviço público no interesse da coletividade. Este privilégio ainda se reveste da maior importância quando se trata de ocupação de bens públicos de qualquer natureza quando esta ocupação for indispensável à própria exploração do serviço”. (CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1943, p. 404-405). 6. A natureza constitucional dos serviços públicos de telecomunicações (art. 21, inciso XI, da CF/88) não foi desconstituída pela simples previsão legal de que tais serviços podem ser prestados no regime privado por meio de autorização (art. 62 da Lei 9.472/1997). A forma de delegação do serviço não é o fator unicamente determinante à definição de sua natureza econômica, já que “não é pelo fato de a lei ou o regulamento se referir nominalmente a ‘autorização’ que, como em um passe de mágica, a atividade deixa de ser serviço público (ou monopólio público), para ser uma atividade privada”. ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *O Direito dos Serviços Públicos*. 3ª Ed. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2013, p. 695). O fato de o Poder Constituinte de Reforma ter mantido sob a responsabilidade da União a titularidade da prestação dos serviços de telecomunicações (art. 21, inciso XI, da CF/88) torna incontroverso que esses serviços apresentam natureza de serviço público. 7. A restrição ao direito real de propriedade imposta pelo art. 12, caput, da Lei 13.116/2015 afigura-se adequada, necessária e proporcional em sentido em estrito. Sob o ponto de vista da adequação, as dificuldades históricas de harmonização da disciplina normativa sobre a implantação da infraestrutura de telecomunicações, aliada à extensão da competência privativa da União para legislar sobre a matéria, convergem para o juízo

RE 1001836 AGR-EDV / SP

de que a edição de uma lei federal sobre o tema é a medida mais adequada para a finalidade da norma. Sob o ponto de vista da necessidade, não haveria meio menos gravoso para assegurar a finalidade da norma, uma vez que, mesmo que se cogitasse de deixar ao poder dos Estados e dos Municípios a fixação de um valor pelo uso da faixa de domínio, essa opção poderia gerar distorções na política regulatória nacional dos serviços de telecomunicações. Por fim, sob o ponto de vista da proporcionalidade em sentido estrito, verifica-se que tanto a lei federal quanto o seu regulamento previram salvaguardas de modo a evitar o total aniquilamento do direito real em jogo, tais como a ressalva de que a gratuidade não afeta obrigações indenizatórias decorrentes de eventual dano efetivo ou de restrição de uso significativa e a previsão de que a gratuidade será autorizada pelos órgãos reguladores sob cuja competência estiver a área a ser ocupada ou atravessada, 8. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

(ADI 6482, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/02/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-097 DIVULG 20-05-2021 PUBLIC 21-05-2021)

Assim, em razão do dever de coerência e uniformização nas decisões, compreendo que a Corte estabelece efetivamente um direcionamento no sentido de vedar a cobrança de preço público pela utilização de bem público de uso comum do povo na medida da necessidade da prestação de serviço público de titularidade de outro ente federado.

Por essa razão, peço vênia, mas pelo princípio da colegialidade, em razão dos recentes precedentes firmados pelo Plenário, altero o voto anteriormente proferido e acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Gilmar Mendes.

É como voto.

Nos termos do art. 1.043, III, do CPC, os embargos de divergência são cabíveis na hipótese em que um dos acórdãos tenha apreciado o mérito e o outro não, desde que a matéria tenha sido enfrentada no

RE 1001836 AGR-EDV / SP

julgado embargado e no paradigma de confronto. Nesse sentido:

“(…) Os embargos de divergência consistem, sabidamente, em recurso voltado à uniformização da jurisprudência interna do Tribunal, sendo oponíveis quando verificada divergência interna entre acórdãos de mérito (art. 1.043, inciso I, Lei nº 13.105/2015) ou entre acórdão de mérito e outro em que não se tenha conhecido do recurso, embora se tenha apreciado a controvérsia (art. 1.043, inciso III, Lei nº 13.105/2015)”.

No caso, verifica-se que o aresto embargado, apesar de aplicar os óbices das Súmulas 279, 280, 454 e 636 do STF, no que tange às matérias relativas à natureza jurídica dos valores controvertidos, ao alegado desequilíbrio econômico-financeiro do contrato e à vedação a cobrança municipal na legislação federal, analisou o mérito referente à possibilidade ou não da cobrança instituída pelo Município Embargado pela ocupação do solo em razão de instalação de equipamento para a prestação de serviço de telecomunicação por concessionária de serviço público.

Eis a ementa do acórdão prolatado pelo Tribunal de origem, objeto do recurso extraordinário (eDOC 4, p. 126):

“MANDADO DE SEGURANÇA. Cobrança. Utilização do subsolo. Município de Sumaré. Instalação de equipamentos necessários à transmissão do serviço de TV a cabo. Legalidade. Competência da Municipalidade para legislar sobre a utilização de subsolo. Hipótese em que tal serviço não se caracteriza como um serviço público essencial, mas sim como um serviço de utilidade pública. Sentença mantida. Recurso não provido.”

Verifico, portanto, que há divergência a respeito da discussão dos autos, tanto na Primeira Turma (RE 1.001.836-AgR, quanto na Segunda Turma desta Corte (RE 1.181.353-AgR), uma vez que não houve unanimidade sobre a questão suscitada no apelo extremo.

RE 1001836 AGR-EDv / SP

Vejam-se os seguintes precedentes desta Corte, em sentido diverso dos referidos acórdãos:

“AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA DE RETRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA PELO USO DE ESPAÇO PÚBLICO MUNICIPAL. TEMA 261 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.” (RE 1.211.802-ED-AgR, de relatoria da Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 28.02.2020).

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RETRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA. COBRANÇA. TAXA DE USO E OCUPAÇÃO DE SOLO E ESPAÇO AÉREO. CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO. INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS NECESSÁRIOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO EM BEM PÚBLICO. COMPETÊNCIA DA UNIÃO. 1. Invade a competência legislativa da União (art. 22, IV, da CF/88) o ente federativo que institui retribuição pecuniária pela ocupação do solo para a prestação de serviço público de telecomunicações. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.” (RE 811.620- AgR-terceiro, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 28.10.2015).

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INSTITUIÇÃO E COBRANÇA DE TAXA PELO USO DE ÁREAS DOS MUNICÍPIOS POR CONCESSIONÁRIAS PRESTADORAS DO SERVIÇO PÚBLICO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO PLENÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA

RE 1001836 AGR-EDv / SP

PROVIMENTO. I – A Constituição Federal definiu a competência privativa da União para legislar sobre a matéria, bem assim a exclusividade para explorar os serviços e instalações de energia elétrica (CF, art. 21, IV e XII, b). II – Legislação municipal. Instituição de taxa pelo uso de áreas dos municípios por concessionárias prestadoras do serviço público de fornecimento de energia elétrica. Invasão de competência reservada à União Federal. Inconstitucionalidade da taxa. Precedente do Plenário do Supremo Tribunal Federal [RE (Edcl) 581.947/RO, Rel. Min. Luiz Fux]. III – Agravo regimental a que se nega provimento.” (RE 640.286-AgR, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 21/8/2014).

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL N. 12.238/2005 E DECRETO N. 43.787/2005. **PREVISÃO DE COBRANÇA DE RETRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA DE CONCESSIONÁRIAS DE ENERGIA ELÉTRICA PELA OCUPAÇÃO DE FAIXAS DE DOMÍNIO E ÁREAS ADJACENTES A RODOVIAS ESTADUAIS. INVASÃO DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO. AL. B DO INC. XII DO ART. 21 E INC. IV DO ART. 22 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO E DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXPRESSÃO “DE ENERGIA” DO INC. IV DO ART. 6º E DA TARIFA BÁSICA PREVISTA NO TIPO II DO ITEM 1 DO ANEXO 1 DO DECRETO N. 43.787/2005 DO RIO GRANDE DO SUL” (ADI 3763, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, DJe 14.05.2021).**

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 12, *CAPUT*, DA LEI 13.116/2015. **INSTALAÇÃO DE INFRAESTRUTURA E DE REDES DE TELECOMUNICAÇÕES. GRATUIDADE DO DIREITO DE PASSAGEM EM VIAS PÚBLICAS, EM FAIXAS DE**

RE 1001836 AGR-EDv / SP

DOMÍNIO E EM OUTROS BENS PÚBLICOS DE USO COMUM DO POVO, AINDA QUE ESSES BENS OU INSTALAÇÕES SEJAM EXPLORADOS POR MEIO DE CONCESSÃO OU OUTRA FORMA DE DELEGAÇÃO. CONTEXTO REGULATÓRIO SETORIAL DA NORMA IMPUGNADA. CONSTITUCIONALIDADE FORMAL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE TELECOMUNICAÇÕES. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA EDITAR NORMAS GERAIS DE LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA. CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA EFICIÊNCIA, DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. RESTRIÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE DOS ESTADOS VOLTADA À GARANTIA DA PRESTAÇÃO E DA UNIVERSALIZAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL. NORMA QUE IMPÕE RESTRIÇÃO ADEQUADA, NECESSÁRIA E PROPORCIONAL EM SENTIDO ESTRITO AO DIREITO DE PROPRIEDADE DOS ESTADOS E DOS MUNICÍPIOS. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE.” (...)” (ADI 6482, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJe 21.05.2021).

Assim, invade a competência legislativa da União (art. 22, IV, da CF/88) o ente federativo que institui retribuição pecuniária pela ocupação do solo para a prestação de serviço público de telecomunicações.

Desse modo, em razão do dever de coerência e uniformização nas decisões, compreendo que a Corte estabelece efetivamente um direcionamento no sentido de vedar a cobrança de preço público pela utilização de bem público de uso comum do povo na medida da necessidade da prestação de serviço público de titularidade de outro ente federado.

No caso, o acórdão embargado destoa dos arestos paradigmas e de recentes precedentes firmados pelo Plenário do STF (ADI 3763 e ADI

RE 1001836 AGR-EDv / SP

6482), hipótese em que a divergência restou demonstrada.

Ante o exposto, **acolho** os embargos de divergência, a fim de prover o recurso de agravo regimental e dar provimento ao recurso extraordinário interposto pela empresa Embargante. Sem honorários, por se tratar de mandado de segurança (Súmula 512/STF e art. 25 da Lei 12.016/2009).

É como voto.

RE 1001836 AGR-EDv / SP

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

EMB.DIV. NO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.001.836

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN

EMBTE.(S) : VIVAX LTDA.

ADV.(A/S) : EDUARDO DE CARVALHO SOARES DA COSTA (188469/RJ, 182165/SP)

ADV.(A/S) : ALEXANDRE FONSECA DE MELLO (37906/BA, 56041/DF, 30167/ES, 55621/GO, 197786/MG, 21852-A/MS, 44002/PE, 16130/PI, 177690/RJ, 9220/RO, 43667/SC, 222219/SP)

EMBDO.(A/S) : MUNICÍPIO DE SUMARÉ

ADV.(A/S) : RICARDO ROCHA IVANOFF (171261/SP)

ADV.(A/S) : IVAN LOUREIRO DE ABREU E SILVA (66279/SP)

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SUMARÉ

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, acolheu os embargos de divergência, a fim de prover o recurso de agravo regimental e dar provimento ao recurso extraordinário interposto pela empresa Embargante, sem honorários (Súmula 512/STF e art. 25 da Lei 12.016/2009), tudo nos termos do voto do Relator. Plenário, Sessão Virtual de 17.9.2021 a 24.9.2021.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário