

EMBARGOS INFRINGENTES Nº 2005.71.00.014148-5/RS

D.E.

Publicado em 23/11/2012

RELATOR : Des. Federal CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR

INTERESSADO : AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT

PROCURADOR : Procuradoria-Regional Federal da 4ª Região

EMBARGANTE : BRASIL TELECOM S/A

ADVOGADO : Luiz Rodrigues Wambier e outros

EMBARGADO : OSORIO - PORTO ALEGRE S/A - CONCEPA

ADVOGADO : Leo Iolovitch

EMENTA

EMBARGOS INFRINGENTES. DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIÇOS PÚBLICOS. CONCESSÃO. FAIXA DE DOMÍNIO DE RODOVIA. USO DA FAIXA DE DOMÍNIO PARA INSTALAÇÃO DE FIBRAS ÓPTICAS. PAGAMENTO. PREVISÃO CONTRATUAL.

1. É possível a concessionária cobrar pelo uso da faixa de domínio para passagem de cabos de fibra óptica, desde que haja previsão no contrato de concessão.

2. No caso, o contrato de concessão previu a existência de contrapartidas, sendo suas receitas tidas como eventuais.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 2ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, **negar provimento aos embargos infringentes**, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 08 de novembro de 2012.

Desembargador Federal CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR
Relator

Documento eletrônico assinado por **Desembargador Federal CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **5356223v4** e, se solicitado, do código **CRCCA2465A3**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Cândido Alfredo Silva Leal Junior

Data e Hora: 19/11/2012 17:48

EMBARGOS INFRINGENTES Nº 2005.71.00.014148-5/RS

RELATOR : Des. Federal CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR
INTERESSADO : AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES
TERRESTRES - ANTT
PROCURADOR : Procuradoria-Regional Federal da 4ª Região
EMBARGANTE : BRASIL TELECOM S/A
ADVOGADO : Luiz Rodrigues Wambier e outros
EMBARGADO : CONCESSIONARIA DA RODOVIA OSORIO - PORTO
ALEGRE S/A - CONCEPA
ADVOGADO : Leo Iolovitch

RELATÓRIO

Trata-se de embargos infringentes opostos pela BRASIL TELECOM S/A ao acórdão da 3ª Turma deste Regional, que decidiu, por maioria, pelo provimento do recurso de apelação da CONCEPA em ação por ela movida visando à condenação da Brasil Telecom S.A. ao pagamento pelo uso da faixa de domínio da rodovia concedida à autora, qual seja a BR 290, área utilizada para a passagem de cabos de fibra ótica, na forma das Leis nºs 9.472, art. 73, e 8.987, art. 11, consoante os valores fixados pela Portaria nº 944/2001 do extinto DNER.

O voto prevalente, proferido pelo Desembargador Federal Fernando Quadros da Silva, foi no sentido de que é devida a contrapartida pretendida na petição inicial, porque prevista em lei, porque há ato administrativo fixando os seus valores e porque a jurisprudência dominante lhe é favorável.

A posição vencida, sustentada pela Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria, cuja prevalência ora é pleiteada, segue a linha segundo a qual a concessão em exame não importou alienação da rodovia ao domínio particular, apenas o seu uso, que não supõe a percepção da contraprestação discutida, à míngua de previsão contratual específica.

Foram apresentadas contrarrazões.

O Ministério Público Federal opinou no sentido do provimento do recurso.

Esta 2ª Seção, por maioria, em 13 de janeiro de 2011, **deu provimento aos embargos infringentes**, vencidos os Desembargadores Federais Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz e Fernando Quadros da Silva.

Opostos embargos de declaração pelas partes, foram rejeitados.

Opostos novos embargos de declaração pela CONCEPA e pela ANTT, em 08/09/2011, esta 2º Seção, reconhecendo que houve erro material no julgamento dos embargos de declaração anteriores quando referiram que a sentença teria afastado a ANTT do feito, por unanimidade, **deu provimento a ambos declaratórios, atribuindo-lhes efeitos infringentes para anular o julgamento dos embargos infringentes**, por ausência da necessária intimação da ANTT, que é parte legítima para discutir o direito em litígio, tanto individualmente, quanto em litisconsórcio com o assistido.

Intimada do acórdão, a ANTT requereu sua prévia e regular intimação dos novos julgamentos (fl. 848).

**É o relatório.
Peço dia.**

VOTO

1. DA ADMISSIBILIDADE

A BRASIL TELECOM S/A opõe embargos infringentes postulando a prevalência do voto vencido no acórdão da Terceira Turma que, por maioria, deu provimento à apelação da CONCEPA, reformando a sentença de mérito que julgara improcedente o pedido de pagamento pela utilização da faixa de domínio da RS 290.

Na dicção do artigo 530 do Código de Processo Civil, "*Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.*"

Cabível, portanto, o recurso interposto e, sendo tempestivo, dele conheço.

2. DA DIVERGÊNCIA

A divergência cinge-se à possibilidade de a CONCEPA receber, ou não, contrapartida da BRASIL TELECOM pela utilização da faixa de domínio da rodovia RS 290 para a passagem de cabos de fibra ótica.

Para melhor apreciar a questão e esclarecer a divergência, transcrevo os votos proferidos no presente feito, a começar pelo **voto vencedor**, da lavra do relator, Desembargador Federal Fernando Quadros da Silva (fls 717 a 721):

O recurso deve ser conhecido pois estão satisfeitos os pressupostos necessários.

A controvérsia trazida ao exame do Tribunal diz respeito à cobrança pela utilização da faixa de domínio das rodovias. A concessionária de rodovias pretende obter da concessionária dos serviços de telecomunicações, o pagamento pela utilização da faixa dominial, tudo conforme previsto na Portaria n. 944/DNER de 24.09.2011, ou seja o valor anual de R\$ 4.258,00 por quilometro.

A sentença entendeu que a concessionária não tem legitimidade para receber tais valores, na medida em que recebeu apenas a concessão para explorar e manter o serviço de rodovias, permanecendo a titularidade do bem com o Poder Concedente, no caso a União.

A doutrina especializada tem reconhecido que a legislação específica aplicável às concessões de rodovias brasileiras autoriza a percepção de receitas alternativas, tais como a cobrança pelo uso da faixa de domínio. Veja-se a respeito o entendimento de LETÍCIA QUEIROZ DE ANDRADE:

O pedágio é a principal forma de remuneração das concessionárias e é calculado com base no número de eixos do veículo pagante, na extensão de quilômetros rodados e na qualidade da rodovia utilizada. Em todas as concessões, a cobrança de pedágio só foi autorizada após a realização dos denominados serviços iniciais ou preliminares. As concessionárias estão também autorizadas a auferir receitas alternativas à tarifa de pedágio, tais como as que decorrem do uso da faixa de domínio das rodovias. Atualmente, essas receitas não representam parcela significativa da receita total auferida pelas concessionárias.

(Letícia Queiroz de Andrade. A experiência brasileira nas concessões de rodovias in Parcerias Público Privadas, pp.254-275 (Org.) Carlos Ari Sundfeld, São Paulo: Malheiros, 2005,p. 256).

Também a doutrina estrangeira ressalta a necessidade de enfoque diferenciado no que se refere à gestão dos bens afetados

ao uso público, como é o caso das faixa de domínio das rodovias.

Ariño Ortiz e Garcia-Morato destacam que o modelo que corresponde a doutrina da essential facilities supõe ruptura do direito de propriedade. No conceito tradicional do Código Civil a propriedade é o direito de uso, disfrute e disposição. Na nova regulação de serviços, aparece a propriedade afetada ao uso público: afetada ao uso de terceiros que tem direito de confiar nele. Se separa propriedade e uso e surge um novo tipo de propriedade vinculada ao seu destino, por seu uso e não por sua titularidade." (ARIÑO ORTIZ, Gaspar; GARCÍA-MORATO, Lucía López de Castro. DERECHO DE LA COMPETENCIA EM SECTORES REGULADOS. Fusiones e adquisiciones control e de empresas y Poder Publico. Granada, Editorial Comares, S.L y Fundación de Estudios de Regulación, 2001, p. 29.)

O marco legal também autorizada a cobrança. Veja-se, inicialmente o que dispõe a legislação

Lei n.º 8.987/95, em seu art. 11:

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.

Soma-se a isso a previsão constante da Lei n. 9.472/97:

*Art. 73: As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público, de forma não discriminatória e a **preços e condições justos e razoáveis.***

No julgamento do AI n. 2004.04.01.040718-7/RS, em que controvertiam, de um lado, Brasil Telecom S/A, e de outro, Empresa Concessionária de Rodovias do Sul S/A - Ecosul, Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel, este Relator adotou o entendimento exposto no seguinte voto vencido:

O cerne da discussão reside no impasse criado em torno do valor a ser pago pelo uso da faixa de domínio titularizado pela empresa concessionária de rodovias.

Do que se extrai dos autos, a agravante entende que o valor justo é de R\$ 682,00 por quilometro/ano enquanto que a agravada pretende receber o valor de R\$ 4.285,00, fundada em portaria do extinto DNER.

Trata-se de dois serviços públicos regulados por agências distintas (ANATEL e ANTT), situação em que o desejável seria a edição de ato normativo conjunto que disciplinasse a matéria, a exemplo do que ocorreu com a ANEEL, ANATEL e ANP.

Enquanto não sobrevem a necessária regulamentação conjunta, a questão deve ser solucionada à luz do ato normativo em vigor, qual seja, a Portaria n. 994, de 24/09/2001, do hoje extinto Departamento Nacional de Estradas e Rodagem, órgão competente à época.

A instrução do processo poderá demonstrar que o valor estabelecido na referida portaria é excessivo hipótese em que o juiz poderá fixar outro valor. Contudo, no presente momento processual, em juízo liminar, é prudente prestigiar o ato administrativo, presumidamente válido.

É evidente que os atividades essenciais ao adequado funcionamento do serviço não podem ser impedidos a pretexto da falta de pagamento ou de divergência quanto ao preço. A impor tal conclusão, o princípio da supremacia do interesse público.

Todavia, a matéria probatória existente nos autos não fornece elementos que convençam o julgador de que a concessionária agravada impede ou impediu a realização de serviços emergenciais. Tal impedimento ou restrição é negado de forma veemente nos petições da Ecosul (fl. 747) o que, no mínimo, torna a matéria controvertida.

Portanto, é caso de manter a decisão de primeiro grau e o despacho inicial que indeferiu o efeito suspensivo.

Voto pelo desprovimento do agravo, julgando prejudicado o agravo regimental.

A matéria já é conhecida desta Turma julgadora. Recentemente, o Des. Federal Thompson Flores, proferiu decisão, acompanhada à unanimidade, que reconheceu o direito à cobrança. O decisório tem a seguinte ementa:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. BEM PÚBLICO DE USO COMUM DO POVO. CONCESSÃO DE RODOVIA. FAIXO DE DOMÍNIO. USO ESPECIAL. PASSAGEM DE CABOS DE FIBRA ÓPTICA. COBRANÇA. POSSIBILIDADE. PREVISÃO LEGAL. LEI N.º 8.987/95, ART. 11. LEI N.º 9.472/97, ART. 73. PREVISÃO NO CONTRATO DE CONCESSÃO E REGULAMENTAÇÃO PELO PODER CONCEDENTE. PORTARIA N.º 944 DO EXTINTO DNER.

1. A presente demanda tem por objeto a fixação do valor a ser pago pela BRASIL TELECOM S/A à concessionária ECOSUL pelo uso da faixa de domínio, dentre outros pedidos acessórios como a ordem para que esta concessionária abstenha-se de realizar danificação nos equipamentos daquela, e impedir o uso compartilhado da faixa de domínio. Primeiro, não há amparo jurídico para o pedido correspondente à ordem para que a ré ECOSUL abstenha-se de danificar os equipamentos da autora BRASIL TELECOM S/A, e impedir o uso compartilhado da faixa de domínio. Quanto à pretensão de ordem para que a ré ECOSUL abstenha-se de danificar

equipamentos da autora BRASIL TELECOM S/A, ausente qualquer demonstração que denote perigo de ocorrência dessa prática. Ademais, como bem asseverou o MM. Juízo Federal, não há como pressupor que a ré ECOSUL, através de seus prepostos, venha a praticar infrações penais, danificando bens de terceiros. E, certamente, ocorrendo esta prática, serão apuradas as responsabilidades. Por sua vez, o pedido de ordem para que a ré ECOSUL abstenha-se de impedir o uso compartilhado da faixa de domínio também não procede. Além de não haver sido demonstrado qualquer prática nesse sentido por parte da ECOSUL.

Em regra, o uso das rodovias federais, estaduais ou municipais e suas respectivas faixas de domínio é gratuito e independente de consentimento estatal, na medida que constituem bens públicos de uso comum do povo?

No entanto, esta exigência é expressamente autorizada pela Lei n.º 8.987/95, em seu art. 11, veja-se: 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. Soma-se a isso a previsão constante da Lei n.º 9.472/97, art. 73: Art. 73. As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis.

Parágrafo único. Caberá ao órgão regulador do concessionário dos meios a serem utilizados definir as condições para adequado atendimento do disposto no caput.

Portanto, revela-se legítima a referida exigência se **existente previsão expressa no contrato de concessão** e regulamentação pelo órgão regulador do concessionário dos meios a serem utilizados (conforme previsto na supracitada Lei n.º 9.472/97, art. 73, parágrafo único), como ocorre nos autos.

Acrescenta-se a isso, a Portaria n.º 944, de 24 de setembro de 2001, do extinto DNER (fl. 680/682), a qual regulamenta a ocupação longitudinal das faixas de domínio, estabelecendo o valor de R\$ 4.258,00 por km/ano, a ser implementado pelas empresas de telefonia fixa.

Essa regulamentação foi elaborado por órgão então competente. Além disso, o estudo apresentado pela apelante BRASIL TELECOM S/A foi elaborado de forma unilateral, por instituição que não tinha esta atribuição legal, devendo ser recebido com reservas. Portanto, a questão atinente à fixação dos valores pelo uso da faixa de domínio não é incumbência das concessionárias - seja da concessionária de telecomunicações, seja da concessionária da rodovia -, mas sim da Administração Pública, pautada pelo princípio constitucional eficiência, e sempre tendo em vista os usuários dos serviços.

2. Improvimento da apelação.

(TRF4, AC 2004.71.10.000187-5, Terceira Turma, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E. 28/04/2010).

No mesmo sentido, o Colendo Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento favorável à cobrança, desde que prevista no contrato:

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.

Processo REsp 975097/SP RECURSO ESPECIAL 2007/0184490-4 Relator(a) Ministra DENISE ARRUDA (1126) Relator(a) p/ Acórdão Ministro UMBERTO MARTINS (1130) Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 09/12/2009 Data da Publicação/Fonte DJe 14/05/2010

No caso em exame, o Capítulo I, item "m", do contrato de concessão expressamente inclui "as faixas marginais" da rodovia como "bens que integram a concessão (fl. 86).

Da mesma forma, a Seção XXXII do contrato também dispõe:

172. Quando, no decurso da concessão, venha a mostrar-se necessário a passagem na RODOVIA, de quaisquer instalações ou redes de serviços públicos, a CONCESSIONÁRIA só deve permitir a passagem após prévia autorização do DNER e nas condições que forem autorizadas.

174. A forma e os meios de execução destas instalações especialmente no que se refere a eventuais contrapartidas, devem ser estabelecidos em contrato entre as partes.

Diante da expressa previsão legal, da existência ato administrativo fixando os preços e do entendimento jurisprudencial dominante, a solução que se impõe é a procedência da demanda, nos termos propostos na inicial, com inversão dos ônus da sucumbência. Incidirão juros e correção monetária até o efetivo pagamento. A partir do trânsito em julgado devem ser pagas as parcelas vincendas, até que sobrevenha outro instrumento normativo, produzido pelas partes ou editado pela Poder Público, dispondo de outra forma ou fixando outros valores.

Honorários advocatícios e custas.

Deve a apelada arcar com as custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10 % (dez por cento) sobre a condenação.

Ante o exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso, na forma da fundamentação.

Passo à transcrição do **voto vencido**, constante em notas taquigráficas e proferido pela Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria (fls 723 a 724):

Cumprimento o nobre Advogado, como sempre bem se houve da tribuna, e vou pedir redobradíssima vênua ao eminente Relator e mantenho a sentença monocrática e nego provimento ao recurso. Faço-o por entender que a concessão de serviço público não se inscreve diante de hipóteses legais de transferência do bem público para o domínio privado. Assim, na situação jurídica em que o exercício do serviço público entregue ao particular, mediante de concessão exige a utilização de bens públicos, é o caso tranquilo da Rodovia BR 290, cede-se apenas o uso da propriedade pública, todavia se mantém o bem inserido no domínio público, sendo esse afetado apenas à satisfação da necessidade vinculada à prestação do serviço público. É claro que pode ser cobrado - o art. 73 da Lei nº 9.472 e o art. 11 da Lei nº 8.987 o permitem -, mas não à concessionária. Não vejo essa afetação, essa transferência do bem público. Aliás, bem salientado tanto na sentença de primeiro grau como no parecer do Procurador Regional da República, Dr. Marco André Seifert, porque diz:

"Cabe ressaltar que existem limites à concessão para exploração da Rodovia BR 290, uma vez que o bem público não é transferido para a

concessionária, isto é, essa não detém todos os direitos sobre a rodovia, mas apenas recebeu o direito de explorá-la e conservá-la."

Ele fala no art. 11, no art. 73.

Com essa síntese, Sr. Presidente, pedindo redobrada vênia ao meu eminente colega e pedindo notas taquigráficas, mantenho a sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos, não só pelo que eu disse, mas também com fundamento no parecer do Ministério Público, que está nas fls. 715 e 716 dos autos, que me foi gentilmente cedido pelo eminente Relator

Por isso, nego provimento.

3. DO MÉRITO

O mérito da questão consiste em verificar se a CONCEPA pode, ou não, receber contrapartida da BRASIL TELECOM pela utilização da faixa de domínio da rodovia RS 290 para a passagem de cabos de fibra ótica.

Muito embora substanciais os fundamentos desenvolvidos no voto vencido perante a Turma, proferido pela Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria, **acolho** o entendimento adotado pelo voto vencedor, cujas razões de decidir adoto.

Também registro que o entendimento jurisprudencial do E. Superior Tribunal de Justiça e deste Regional é no sentido da possibilidade de cobrança pelo uso da faixa de domínio para passagem de cabos de fibra ótica, desde que haja previsão no contrato de concessão - o que ocorre no presente caso -, e regulamentação pelo poder concedente:

*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. (STJ, Primeira Seção, RESP 200701844904, Rel. DENISE ARRUDA, DJE DATA: 14/05/2010)

*ADMINISTRATIVO. BEM PÚBLICO DE USO COMUM DO POVO. CONCESSÃO DE RODOVIA. FAIXO DE DOMÍNIO. USO ESPECIAL. PASSAGEM DE CABOS DE FIBRA ÓPTICA. COBRANÇA. POSSIBILIDADE. PREVISÃO LEGAL. LEI N.º 8.987/95, ART. 11. LEI N.º 9.472/97, ART. 73. PREVISÃO NO CONTRATO DE CONCESSÃO E REGULAMENTAÇÃO PELO PODER CONCEDENTE. PORTARIA N.º 944 DO EXTINTO DNER. 1. A presente demanda tem por objeto a fixação do valor a ser pago pela BRASIL TELECOM S/A à concessionária ECOSUL pelo uso da faixa de domínio, dentre outros pedidos acessórios como a ordem para que esta concessionária abstenha-se de realizar danificação nos equipamentos daquela, e impedir o uso compartilhado da faixa de domínio. Primeiro, não há amparo jurídico para o pedido correspondente à ordem para que a ré ECOSUL abstenha-se de danificar os equipamentos da autora BRASIL TELECOM S/A, e impedir o uso compartilhado da faixa de domínio. Quanto à pretensão de ordem para que a ré ECOSUL abstenha-se de danificar equipamentos da autora BRASIL TELECOM S/A, ausente qualquer demonstração que denote perigo de ocorrência dessa prática. Ademais, como bem asseverou o MM. Juízo Federal, não há como pressupor que a ré ECOSUL, através de seus prepostos, venha a praticar infrações penais, danificando bens de terceiros. E, certamente, ocorrendo esta prática, serão apuradas as responsabilidades. Por sua vez, o pedido de ordem para que a ré ECOSUL abstenha-se de impedir o uso compartilhado da faixa de domínio também não procede. Além de não haver sido demonstrado qualquer prática nesse sentido por parte da ECOSUL. Em regra, o uso das rodovias federais, estaduais ou municipais e suas respectivas faixas de domínio é gratuito e independente de consentimento estatal, na medida que constituem bens públicos de uso comum do povo? No entanto, esta exigência é expressamente autorizada pela Lei n.º 8.987/95, em seu art. 11, veja-se: 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. Soma-se a isso a previsão constante da Lei n.º 9.472/97, art. 73: Art. 73. As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis. Parágrafo único. Caberá ao órgão regulador do cessionário dos meios a serem utilizados definir as condições para adequado atendimento do disposto no caput. **Portanto, revela-se legítima a referida exigência se existente previsão expressa no contrato de concessão e regulamentação pelo órgão regulador do cessionário dos meios a serem utilizados (conforme previsto na supracitada Lei n.º 9.472/97, art. 73, parágrafo único), como ocorre nos autos. Acrescenta-se a isso, a Portaria n.º 944, de 24 de setembro de 2001, do extinto DNER (fl. 680/682), a qual regulamenta a ocupação longitudinal das faixas de***

domínio, estabelecendo o valor de R\$ 4.258,00 por km/ano, a ser implementado pelas empresas de telefonia fixa. Essa regulamentação foi elaborado por órgão então competente. Além disso, o estudo apresentado pela apelante BRASIL TELECOM S/A foi elaborado de forma unilateral, por instituição que não tinha esta atribuição legal, devendo ser recebido com reservas. Portanto, a questão atinente à fixação dos valores pelo uso da faixa de domínio não é incumbência das concessionárias - seja da concessionária de telecomunicações, seja da concessionária da rodovia -, mas sim da Administração Pública, pautada pelo princípio constitucional eficiência, e sempre tendo em vista os usuários dos serviços. 2. Improvimento da apelação. [grifo nosso] (TRF4, Terceira Turma, AC 200471100001875, Rel. CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, D.E. 28/04/2010)" (fls. 772-4).

À vista de tais razões, entendo que a pretensão inicial deve ser julgada procedente, uma vez que há no contrato de concessão previsão expressa no sentido da possibilidade da cobrança pretendida pela CONCEPA, conforme se constata nas fls 84 a 156 dos autos, em especial nas fls 86 e 126, o que foi também mencionado no voto vencedor, conforme trecho que já transcrevi e que ora destaco:

No caso em exame, o Capítulo I, item "m", do contrato de concessão expressamente inclui "as faixas marginais" da rodovia como "bens que integram a concessão (fl. 86).

Da mesma forma, a Seção XXXII do contrato também dispõe:

172. Quando, no decurso da concessão, venha a mostrar-se necessário a passagem na RODOVIA, de quaisquer instalações ou redes de serviços públicos, a CONCESSIONÁRIA só deve permitir a passagem após prévia autorização do DNER e nas condições que forem autorizadas.

(...)

174. A forma e os meios de execução destas instalações especialmente no que se refere a eventuais contrapartidas, devem ser estabelecidos em contrato entre as partes.

Transcrevo, ainda, o item 175 da mesma seção (fl 126):

175. Esses ajustes serão considerados como projetos comerciais associados à concessão e suas receitas tidas como eventuais, para os fins previstos neste CONTRATO.

Desse modo, nego provimento aos embargos infringentes, mantendo a posição vencedora perante a Turma.

4. DISPOSITIVO

Ante o exposto, **voto por negar provimento aos embargos infringentes.**

Desembargador Federal CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR
Relator

Documento eletrônico assinado por **Desembargador Federal CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **5356221v3** e, se solicitado, do código **CRC4A6FD756**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Cândido Alfredo Silva Leal Junior

Data e Hora: 17/10/2012 07:52

EMBARGOS INFRINGENTES Nº 2005.71.00.014148-5/RS

RELATOR : Des. Federal CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR
INTERESSADO : AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES
TERRESTRES - ANTT
PROCURADOR : Procuradoria-Regional Federal da 4ª Região
EMBARGANTE : BRASIL TELECOM S/A
ADVOGADO : Luiz Rodrigues Wambier e outros
EMBARGADO : CONCESSIONARIA DA RODOVIA OSORIO - PORTO
ALEGRE S/A - CONCEPA
ADVOGADO : Leo Iolovitch

VOTO

Analisando atentamente estes autos, bem como confrontando com orientação que firmei em processos relativos ao uso da faixa de domínio por paraestatais que prestam serviços de água e energia elétrica, entendo que as situações não se identificam.

No tocante às empresas de energia elétrica, o E. STJ tem entendido que (EREsp 985.695/RJ, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Primeira Turma, julgado em 02/12/2010, DJe de 02/02/2011), *verbis*:

"Não é possível concessionária que administra rodovia federal cobrar da concessionária de energia elétrica encargos relativos a obras de ampliação da rede de energia e à ocupação de faixa de domínio da rodovia, pois o artigo 151 do Decreto nº 24.643/1934, regulamentado pelos artigos 1º e 2º do Decreto 84.398/1980, prevê a possibilidade da concessionária de energia elétrica instituir servidões para ocupação de áreas públicas, a fim de melhor prestar o serviço público, não ocorrendo revogação desses decretos pelo artigo 11 da Lei 8.987/1995, o qual prevê a possibilidade de concessionária explorar receitas alternativas para favorecer a modicidade das tarifas cobradas."

Destarte, na esteira do posicionamento do STJ, tenho ser este o entendimento que mais atende ao interesse público e promove a proteção dos consumidores finais do serviço de energia elétrica, garantindo, também, que a descentralização de serviços públicos essenciais, que poderiam ser exercidos pela própria administração, não onere a coletividade, cuja busca pelo bem comum deve ser o mote da sua atuação.

Nesse sentido já se manifestou este e. TRF:

ADMINISTRATIVO. UTILIZAÇÃO DE FAIXA DE DOMÍNIO DE RODOVIA FEDERAL POR CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. BEM DE USO COMUM DO POVO. USO ESPECIAL. COBRANÇA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O Contrato de Concessão vedou expressamente a incidência de quaisquer ônus (taxas, tarifas, preços, etc.) no uso dos terrenos públicos. A concessionária, portanto, enquanto durar a concessão do serviço, está exonerada de pagar

valores pelo uso dos bens que pertençam à coletividade, sob pena de estar-se violando o instrumento entabulado, desequilibrando a relação entre as partes. 2. O equilíbrio contratual deve ser preservado, máxime quando se tratar de contrato administrativo, em que devem ser consideradas não apenas as regras privatísticas dos negócios jurídicos, mas também a gama de princípios e normas que orbitam o interesse público e os direitos fundamentais dos cidadãos. 3. A inserção de elemento estranho ao contrato original acaba por desequilibrar a relação firmada, pois ocasionará natural aumento da tarifa cobrada dos usuários do serviço de energia elétrica, e por isso infringe os máximos princípios que orbitam o interesse público. Ademais, o respeito que as partes signatárias devem ter com relação aos contratos firmados é similar àquele das negociações civis. Os contratos produzem, de fato, efeitos negativos às esferas alheias, criando obrigações consistentes em não atentar contra os pactos celebrados. 4. A doutrina é uniforme no admitir que o poder de alteração e rescisão unilateral do contrato administrativo é inerente à Administração Pública, podendo ser exercido ainda que nenhuma cláusula expressa o consigne, porém, a alteração somente pode atingir as denominadas cláusulas regulamentares, isto é, aquelas que dispõem sobre o objeto do contrato e o modo de sua execução. Contudo, no que concerne às cláusulas econômicas, ou seja, aquelas que estabelecem a remuneração e os direitos do contratado perante a Administração e dispõem acerca da equação econômico-financeira do contrato administrativo, estas são inalteráveis, unilateralmente, pelo Poder Público sem que se proceda à devida compensação econômica do contratado, visando restabelecer o equilíbrio financeiro inicialmente ajustado entre as partes. 5. Apelação e remessa oficial improvidas. (APELREEX 200771000417062, CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, TRF4 - TERCEIRA TURMA, D.E. 12/05/2010.)

Semelhante é a questão quando se trata da utilização das faixas de domínio para passagem de encanamentos de água e esgoto, dada a imprescindibilidade de tais bens da vida, bem como o princípio da modicidade das tarifas.

Sobre o tema colaciono os seguintes arestos desta Corte:

FAIXA DE DOMÍNIO. USO ESPECIAL DE BEM PÚBLICO. FORNECIMENTO DE ÁGUA TRATADA E COLETA DE ESGOTO. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA. SERVIÇO ESSENCIAL. Não há como manter a cobrança exigida pelo DNIT - seja como taxa ou preço público - pela utilização das faixas de domínio das rodovias federais para instalação de serviço de natureza essencial pela Companhia de Saneamento do Paraná - Sanepar, consistente na implantação do sistema de água tratada e coleta de esgoto em benefício de toda a coletividade, donde exsurge a ilegalidade da cobrança ora discutida. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. (TRF4, APELAÇÃO CÍVEL Nº 2006.70.00.028058-0, 4ª Turma, Des. Federal JORGE ANTONIO MAURIQUE, POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR, D.E. 07/10/2010)

ADMINISTRATIVO. FAIXA DE DOMÍNIO. UNIÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA. USO ESPECIAL DE BEM PÚBLICO. PROJETO DE SANEAMENTO BÁSICO MUNICIPAL. TRANSPOSIÇÃO DE DUTOS SOB MALHA FERROVIÁRIA CONCEDIDA. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA. SERVIÇO ESSENCIAL. 1. Na condição de sucessora da Rede Ferroviária Federal S/A, a União firmou contrato de concessão de malha ferroviária com a

requerida ALL - América Latina Logística S/A, no qual consta, em tese, a previsão para a cobrança da "taxa" exigida por esta concessionária de serviço público para liberação da transposição dos dutos de saneamento básico sob faixa de domínio público. Dessa forma, apresenta-se nítido o interesse da União na lide, a evidenciar a sua legitimidade passiva ad causam. 2. A simples travessia do subsolo de faixa de domínio de ferrovia concedida a particular não pode ser objeto de taxa ou de qualquer imposição de indenização, eis que não há qualquer sentido na exigência de remuneração pelo uso de bens de domínio público que estejam a satisfazer as necessidades públicas primárias. 3. Tratando-se de serviço público de natureza essencial - implantação do sistema de abastecimento de água e regularização sanitária no Município de Piraquara/PR -, inexistente razão para a cobrança pela utilização do subsolo da faixa de domínio de ferrovia, sobretudo por inexistir intuito lucrativo da municipalidade (ao contrário, o uso do subsolo visa a garantir a prestação de serviço público essencial), o que afasta, por si só, qualquer alegação de previsão contratual da exigência, porquanto contrária ao interesse público e aos ditames da Constituição Federal. 4. Apelações e remessa oficial improvidas. (TRF4, APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0014369-21.2008.404.7000, 3ª Turma, Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA, POR UNANIMIDADE, D.E. 14/03/2012)

Tais questões, entretanto, não se confundem com o caso em exame, quando a disputa se dá entre dois entes privados, ambos concessionários de serviços públicos.

Na questão em exame, há expressa previsão legal (art. 73 e único, da Lei 9472/97, com redação dada pela Lei nº 11934/2009) estabelecendo o direito de uso de bens e serviços públicos ou concessionados, mediante o pagamento de valor fixado pelo órgão regulador concedente:

Art. 73. As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis. (Vide Lei nº 11.934, de 2009)

Além disto, há previsão contratual da possibilidade de cobrança pelo uso da faixa de domínio, porquanto as faixas marginais sejam bens que integram as concessões (fl. 86), estipulando o contrato, na Seção XXXII, que:

172. Quando, no decurso da concessão, venha a mostrar-se necessário a passagem na RODOVIA, de quaisquer instalações ou redes de serviços públicos, a CONCESSIONÁRIA só deve permitir a passagem após prévia autorização do DNER e nas condições que forem autorizadas.

(...)

174. A forma e os meios de execução destas instalações especialmente no que se refere a eventuais contrapartidas, devem ser estabelecidos em contrato entre as partes.

Apenas ressalto que estas cláusulas devem ser interpretadas à luz do disposto no art. 73 acima transcrito.

Assim, assiste direito à empresa concessionária da rodovia em cobrar pelo uso de tal área, na esteira daquilo que já restou assentado pela e. 3ª Turma e pelo douto Relator.

Nestes termos, acompanho o douto relator.

Ante o exposto, voto por negar provimento aos embargos infringentes.

É o voto.

**Juiz Federal João Pedro Gebran Neto
Relator**

Documento eletrônico assinado por **Juiz Federal João Pedro Gebran Neto, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **5410270v2** e, se solicitado, do código CRC **9C2C1188**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): João Pedro Gebran Neto

Data e Hora: 14/11/2012 12:04

EMBARGOS INFRINGENTES Nº 2005.71.00.014148-5/RS

RELATOR : Des. Federal CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR
INTERESSADO : AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES
TERRESTRES - ANTT
PROCURADOR : Procuradoria-Regional Federal da 4ª Região
EMBARGANTE : BRASIL TELECOM S/A
ADVOGADO : Luiz Rodrigues Wambier e outros
EMBARGADO : CONCESSIONARIA DA RODOVIA OSORIO - PORTO
ALEGRE S/A - CONCEPA
ADVOGADO : Leo Iolovitch

VOTO-VISTA

A questão em debate deve ser solucionada à luz da interpretação dos artigos 11 e 18 da Lei nº 8.987/95 e art. 73 da Lei nº 9.472/97.

Dispõem os dois primeiros:

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.

Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente:

I - o objeto, metas e prazo da concessão;

II - a descrição das condições necessárias à prestação adequada do serviço;

III - os prazos para recebimento das propostas, julgamento da licitação e assinatura do contrato;

IV - prazo, local e horário em que serão fornecidos, aos interessados, os dados, estudos e projetos necessários à elaboração dos orçamentos e apresentação das propostas;

V - os critérios e a relação dos documentos exigidos para a aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica e fiscal;

VI - as possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados".

O contrato de concessão, por sua vez, na seção relativa às "Fontes de Receitas Complementares", mais especificamente no seu item 75, estabeleceu que

"as receitas complementares advirão, basicamente, da implementação de projetos comerciais associados à concessão; essas receitas complementares não se incorporam, para nenhum efeito, às receitas da concessão, nem devem ser consideradas para o efeito de reajuste ou revisão da TARIFA BÁSICA DE PEDÁGIO".

Com base em tais diretrizes legais e contratuais, o MM. Juízo a quo entendeu que

"o contrato de concessão da BR 290 para a CONCEPA não prevê essa redução do valor do pedágio em razão desse tipo de receita alternativa. O referido contrato prevê outras fontes de receitas complementares, mas não autoriza a concessionária a receber valores pelo uso da faixa de domínio". Desse modo, o direito de cobrar pelo uso da faixa de domínio da BR 290 permanece com a titular do direito de propriedade, a União" (fl. 670).

Tal ótica foi placitada pelo voto-vencido, *verbis*:

"A concessão de serviço público não se inscreve diante de hipóteses legais de transferência do bem público para o domínio privado. Assim, na situação jurídica em que o exercício do serviço público entregue ao particular, mediante de concessão exige a utilização de bens públicos, cede-se apenas o uso da propriedade pública, todavia se mantém o bem inserido no domínio público, sendo esse afetado apenas à satisfação da necessidade vinculada à prestação do serviço público. É claro que pode ser cobrado - o art. 1º 73 da Lei nº 9.472 e o art. 11 da Lei nº 8.987 o permitem -, mas não à concessionária".

Ora, a ratio da Lei nº 8.987/95 é um só: beneficiar a comunidade, em geral, e os usuários das estradas concedidas, em particular. Não visou ao benefício da concessionária de rodovia, pois as receitas provenientes das fontes alternativas devem *"favorecer a modicidade das tarifas"*. A situação ideal visada pela lei seria a de que as concessionárias, ainda que com a utilização de bens públicos, entabulassem contratações com particulares, visando a aumentar suas

receitas, com a necessária redução dos custos operacionais, que resultariam em redução das tarifas cobradas dos usuários. Ora, se o incremento da receita da concessionária de estradas se desse em detrimento do aumento do custo operacional de outra concessionária de serviço público - no caso, de telefonia -, tal razão de ser da lei restaria esvaziado, pois a comunidade seria onerada pelo repasse feito pela segunda em seus serviços. Um benefício restaria anulado pela outra oneração, em outro setor concedido. A lógica seria a mesma a justificar a imunidade tributária recíproca entre as pessoas jurídicas de direito público. Esta a situação ideal, repita-se, acatada pela r. sentença e pelo voto-vencido.

Entretanto, não há como ignorar que tal situação se alterou com o advento da Lei nº 9.472/97 que, ao dispor sobre a organização dos serviços de telecomunicações, estatuiu que a utilização das servidões controladas por prestadoras de serviços de telecomunicações '*ou de outros serviços de interesse público*' - como é o caso das estradas pedagiadas - seria efetivamente cobrada. Ora, permitindo a lei posterior e especial (trata exclusivamente da organização dos serviços de telecomunicações) que concessionária cobre de concessionária, quebra-se, lamentavelmente, a lógica da lei anterior, em prejuízo da comunidade. Mas não cabe ao Poder Judiciário legislar em sentido contrário, devendo tal situação, quiçá, ser alterada *de lege ferenda*.

Assim, embora concorde com a tese esboçada na r. sentença e no voto-vencido no que concerne aos serviços concedidos em geral, entendo que, em se tratando de serviços de telecomunicações, existe exceção legal, albergada no voto-vencedor.

Ante o exposto, acompanhando o E. Relator, voto por negar provimento aos embargos infringentes.

Desembargador Federal Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle

Documento eletrônico assinado por **Desembargador Federal Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **5450198v2** e, se solicitado, do código CRC **6141BEDE**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle

Data e Hora: 09/11/2012 13:41

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 11/10/2012
EMBARGOS INFRINGENTES Nº 2005.71.00.014148-5/RS
ORIGEM: RS 200571000141485

RELATOR : Des. Federal CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR
PRESIDENTE : Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon
PROCURADOR : Dr. Roberto Luis Oppermann Thomé
SUSTENTAÇÃO ORAL : Dr. LEO IOLOVITCH, pela embargada
INTERESSADO : AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT
PROCURADOR : Procuradoria-Regional Federal da 4ª Região
EMBARGANTE : BRASIL TELECOM S/A
ADVOGADO : Luiz Rodrigues Wambier e outros
EMBARGADO : CONCESSIONARIA DA RODOVIA OSORIO - PORTO ALEGRE S/A - CONCEPA
ADVOGADO : Leo Iolovitch

Certifico que este processo foi incluído na Pauta do dia 11/10/2012, na seqüência 58, disponibilizada no DE de 27/09/2012, da qual foi intimado(a) o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e as demais PROCURADORIAS FEDERAIS.

Certifico que o(a) 2ª SEÇÃO, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

INICIADO O JULGAMENTO, APÓS O VOTO DO DES. FEDERAL CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, RELATOR, NEGANDO PROVIMENTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES, NO QUE FOI ACOMPANHADO PELO JUIZ FEDERAL JOÃO PEDRO GEBRAN NETO E PELO DES. FEDERAL CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, PEDIU VISTA O DES. FEDERAL LUÍS ALBERTO D AZEVEDO AURVALLE. AGUARDA O DES. FEDERAL FERNANDO QUADROS DA SILVA. AUSENTE, OCASIONALMENTE, A DES. FEDERAL MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA.

PEDIDO VISTA DE : Des. Federal LUÍS ALBERTO D AZEVEDO AURVALLE
VOTANTE(S) : Des. Federal CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR
: Juiz Federal JOÃO PEDRO GEBRAN NETO
: Des. Federal CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES
: LENZ
AUSENTE(S) : Des. Federal MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA

Maria Alice Schiavon
Diretora de Secretaria

Documento eletrônico assinado por **Maria Alice Schiavon, Diretora de Secretaria**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **5416571v1** e, se solicitado, do código CRC **EB9E631A**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Maria Alice Schiavon

Data e Hora: 15/10/2012 17:46

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 08/11/2012
EMBARGOS INFRINGENTES Nº 2005.71.00.014148-5/RS
ORIGEM: RS 200571000141485

RELATOR : Des. Federal CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR
PRESIDENTE : Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon
PROCURADOR : Dr. Sérgio Cruz Arenhart
INTERESSADO : AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT
PROCURADOR : Procuradoria-Regional Federal da 4ª Região
EMBARGANTE : BRASIL TELECOM S/A
ADVOGADO : Luiz Rodrigues Wambier e outros
EMBARGADO : CONCESSIONARIA DA RODOVIA OSORIO - PORTO ALEGRE S/A - CONCEPA
ADVOGADO : Leo Iolovitch

Certifico que o(a) 2ª SEÇÃO, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

PROSSEGUINDO O JULGAMENTO, APÓS O VOTO-VISTA DO DES. FEDERAL LUÍS ALBERTO D AZEVEDO AURVALLE, ACOMPANHANDO O RELATOR, E DO VOTO DO DES. FEDERAL FERNANDO QUADROS DA SILVA, NO MESMO SENTIDO, A SEÇÃO, POR UNANIMIDADE, DECIDIU NEGAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES. DETERMINADA A JUNTADA DE NOTAS TAQUIGRÁFICAS.

RELATOR ACÓRDÃO : Des. Federal CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR
VOTO VISTA : Des. Federal LUÍS ALBERTO D AZEVEDO AURVALLE
VOTANTE(S) : Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA
AUSENTE(S) : Des. Federal MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA

Maria Alice Schiavon
Diretora de Secretaria

Documento eletrônico assinado por **Maria Alice Schiavon, Diretora de Secretaria**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **5482443v1** e, se solicitado, do código CRC **F607D659**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Maria Alice Schiavon
Data e Hora: 08/11/2012 17:02

NOTAS DA SESSÃO DO DIA 08/11/2012
2ª SEÇÃO

EMBARGOS INFRINGENTES Nº 2005.71.00.014148-5/RS (007M)
RELATOR: Des. Federal CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR

Juiz Federal LUÍS ALBERTO D AZEVEDO AURVALLE:

VOTO-VISTA (no Gabinete)

Des. Federal CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR (RELATOR):

COMPLEMENTAÇÃO DE VOTO

A embargante Brasil Telecom encaminhou memoriais, com jurisprudência do STJ que teria tratado dessa questão que estava em julgamento. Ainda que existam esses precedentes e eles mereçam nossa consideração, mantenho o voto que apresentei, apenas acrescentando que num desses precedentes mencionados consta voto do Ministro Herman Benjamin, onde consta o seguinte:

Na perspectiva do Código Civil, não há dúvida de que estamos diante exatamente de um bem de uso comum do povo. Estou certo de que sua ocupação deve ser gratuita, em regra, conforme o art. 103 do Código Civil. Mas o dispositivo legal se refere ao uso comum desse bem público. No caso da rodovia, o uso comum é a passagem de veículos, não de cabos ou dutos pelo subsolo ou nas faixas marginais. Esse uso não comum, de natureza privada e com intuito lucrativo deve ser remunerado, na forma da legislação aplicável. Trata-se de ocupação com destinação privada: para quem presta o serviço e para quem o recebe, já que nem todos são beneficiados, a não ser os assinantes de determinada companhia telefônica. Trecho do voto do Ministro Herman Benjamin no REsp 1.246.070-SP.

Esse argumento, que me parece relevante e justifica que mantenha o voto que proferi, entendendo que, no caso concreto, esta é, salvo melhor juízo, a melhor solução para o caso. Além disso, ao contrário daquele outro precedente recentemente divulgado no *site* do STJ - REsp 1.119.358-3 -, noticiado como "é ilegal cobrar das empresas telefônicas por uso de vias públicas para prestar seus serviços", aqui não se trata de cobrança pelo Município, pelo Estado ou pela União, mas entre concessionários do serviço público, Concepa e Brasil Telecom, situação fática que me parece relevante para diferenciar a cobrança, inclusive com base nas considerações trazidas hoje pelo voto-vista do Desembargador Aurvalle. Apenas faço esses acréscimos ao voto que proferi, pedindo notas taquigráficas quanto a eles, porque naquele voto não havia constado essa posição do Superior Tribunal de Justiça que diligentemente foi apresentada pela empresa Brasil Telecom em seus memoriais e, se não estou enganado, também alegado pela respectiva Procuradora na sessão anterior de julgamento.

Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA (PRESIDENTE):

Sr. Presidente:

Cumprimento o eminente Des. Aurvalle pelo voto (inaudível), também o eminente Relator, cumprimento a ilustre Advogada, Dra. Tatiana Azevedo, que trouxe alentada matéria, contribuiu para o aprofundamento da discussão, mas, como já fiz na Turma, estou mantendo meu voto no sentido da possibilidade da cobrança, porque vejo que é um compartimento de estrutura e acredito que o STJ vá atentar para esse fato, são duas concessionárias compartilhando uma estrutura, com necessidade de que haja uma remuneração, porque é uma estrutura que está sendo utilizada por duas empresas, e como a lógica é uma lógica de prestação de serviço, uma lógica próxima à lógica de mercado, esses custos são socializados, então, não há essa... É apenas uma questão de contabilidade, ao meu ver, duas concessionárias decidindo quem vai auferir mais receitas.

A questão do município, como bem lembrado pelo Des. Cândido, é diferente. O município querendo aproveitar, provavelmente, o município verificando o elevado número de recursos que tramitam nessas prestações de serviços, resolveu participar dessa riqueza gerada nesses serviços. Então, parece-me que o voto do eminente Relator, com o complemento que traz agora, e o voto do Des. Aurvalle explicitaram bem a questão.

Eu acompanho integralmente.

DECISÃO:

A Seção, por unanimidade, negou provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto do Relator. Deferida a juntada de notas taquigráficas.

Cláudia Jaqueline Mocelin Balestrin
Supervisora

Documento eletrônico assinado por **Cláudia Jaqueline Mocelin Balestrin, Supervisora**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **5482968v2** e, se solicitado, do código CRC **5C2953AE**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Cláudia Jaqueline Mocelin Balestrin

Data e Hora: 08/11/2012 18:02
