

AgRg no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.435.691 - RS (2014/0030844-5)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
AGRAVANTE : BRASIL TELECOM S/A
ADVOGADOS : TERESA CELINA DE ARRUDA ALVIM WAMBIER -
RS066871
LUIZ RODRIGUES WAMBIER E OUTRO(S) - RS066123A
AGRAVADO : AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES -
ANTT
REPR. POR : PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
AGRAVADO : CONCESSIONARIA DA RODOVIA OSORIO PORTO
ALEGRE SA - CONCEPA
ADVOGADO : OSMAR MENDES PAIXÃO CÔRTEZ E OUTRO(S) -
DF015553

RELATÓRIO

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

Trata-se de Agravo Regimental contra decisão que desproveu o recurso.

A parte agravante reitera que houve, além de divergência jurisprudencial, ofensa ao art. 11 da Lei 8.987/65. De início, alega negativa de prestação jurisdicional pelo não suprimento das omissões apontadas. No mérito, defende a ilegalidade da cobrança de contrapartida pelo uso das faixas de domínio sob concessão da Concepa, para passagem de cabos telefônicos.

Pugna pela reconsideração da decisão agravada ou pelo provimento, pelo colegiado, do Agravo Regimental.

É o **relatório**.

AgRg no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.435.691 - RS (2014/0030844-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 16.2.2016.

O Agravo Regimental não merece prosperar, pois a ausência de argumentos hábeis para alterar os fundamentos da decisão ora agravada torna incólume o entendimento nela firmado.

Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem consignou ser possível à concessionária cobrar pelo uso da faixa de domínio para passagem de cabos de fibra óptica, desde que haja previsão no contrato de concessão, nos termos do art. 11 da Lei 8.987/1965.

Conforme já disposto no *decisum* combatido nota-se, *prima facie*, que não se aplica à hipótese dos autos o entendimento firmado no REsp 1.246.070, pois o referido precedente está assentado na impossibilidade de cobrança de contrapartida pelo uso de solo público **em face da concessionária**, em virtude de essa exigência estar sendo feita pelo próprio poder concedente.

A propósito, leia-se parte do que ficou consignado no REsp 1.246.070:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. BENS PÚBLICOS. USO. IMPLANTAÇÃO DE DUTOS E CABOS DE TELECOMUNICAÇÕES. COBRANÇA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 11 DA LEI 8.987/95. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INAPLICABILIDADE AO CASO.

(...)

3. Mesmo que assim não fosse, o recurso não prosperaria. É que o art. 11 da Lei 8987/95 autoriza que "poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas", ou seja, **permite a concessionária do serviço público, quando haja previsão no edital de licitação e no contrato de concessão, a possibilidade de aferição de outras receitas**. Ocorre que, **no presente caso, não é uma concessionária de serviço público que está buscando cobrar pela utilização de faixas de domínio das rodovias para passagem de dutos e cabos de telecomunicações, e sim o Departamento de**

Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo, uma autarquia estadual, verdadeira extensão do Estado. Dessa forma, inaplicável o art. 11 da Lei 8987/95 a espécie.

4. Esta Corte Superior posicionou-se de forma clara, adequada e suficiente acerca da ilegalidade da cobrança **em face de concessionária de serviço público** pelo uso de solo, subsolo ou espaço aéreo é ilegal (seja para a instalação de postes, dutos ou linhas de transmissão, p. ex.) porque (i) a utilização, neste caso, reverte em favor da sociedade - razão pela qual não cabe a fixação de preço público - e (ii) a natureza do valor cobrado não é de taxa, pois não há serviço público prestado ou poder de polícia exercido.

5. Por meio dos aclaratórios, é nítida a pretensão da parte embargante em provocar rejuízo da causa, situação que, na inexistência das hipóteses previstas no art. 535 do CPC, não é compatível com o recurso protocolado.

6. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg no AgRg no REsp 1246070/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 26/09/2012). (grifou-se)

A situação do caso concreto é bastante diversa, já que a cobrança não se estabelece entre poder concedente e concessionária, **mas sim entre duas concessionárias de serviço público**, a primeira, a quem foi outorgada a concessão da exploração da Rodovia RS 290, e a segunda, a quem fora concedida a prestação do serviço de telefonia. Ou seja, não há a antijuridicidade reverberada pela parte recorrente.

O acórdão de origem bem explicita a discussão travada nestes autos (fl. 995 e 1.002):

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.

(...)

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:

(...)

A 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

Superior Tribunal de Justiça

trecho que já transcrevi e que ora destaco: (...)

Ora, estando a moldura fática do caso concreto delineada no sentido de que há previsão no contrato de concessão da possibilidade de cobrar outras contrapartidas, a cobrança pretendida pela Concepa encontra indubitosa previsão legal no art. 11 da Lei 8.987/1965:

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.

Incensurável, pois, o entendimento perfilhado pelo Tribunal de origem, que está, de fato, conforme à orientação firmada no Superior Tribunal de Justiça:

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.

(REsp 975.097/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, Rel. p/

Superior Tribunal de Justiça

Acórdão Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 14/05/2010). (grifou-se)

Percebe-se, outrossim, que o *punctum dolens* do presente feito, suscitado pela parte agravante, está em avaliar se o contrato de concessão possibilita, ou não, a cobrança pelo uso da faixa de domínio. Quanto a esse tema, o Sodalício *a quo* foi categórico ao afirmar que tal cobrança é permitida e está prevista em contrato.

Nesse sentido, válida a transcrição da ementa dos Embargos Infringentes de fl. 1.023/e-STJ:

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.

Ipsa facto, o acolhimento da pretensão recursal demanda o reexame do contrato de concessão e do contexto fático-probatório, que foram examinados com esmero e de forma exauriente pelo Tribunal de origem. Por tal razão, incide *in casu* o óbice das Súmulas 5 e 7/STJ.

Ausente a comprovação da necessidade de retificação a ser promovida na decisão agravada, proferida com fundamentos suficientes e em consonância com entendimento pacífico deste Tribunal, não há prover o Agravo Regimental que contra ela se insurge.

Por tudo isso, **nego provimento ao Agravo Regimental.**

É como **voto.**