

## Gratuidade do uso das faixas de domínio por concessionárias de energia elétrica: reflexões sobre o posicionamento do STF e STJ<sup>(1)</sup>

Umberto Lucas de Oliveira Filho

Um assunto importante envolvendo o setor elétrico e que precisa de um direcionamento definitivo por parte do Supremo Tribunal Federal é o reconhecimento da gratuidade do uso das faixas de domínio de rodovias pelas concessionárias de energia elétrica, para passagem de linhas de transmissão e distribuição.

No presente texto, o intuito é apenas de ponderar que, a princípio, nos julgamentos tidos como *leading cases*, a questão não foi completamente analisada. Vejamos.

Nada obstante a existência de vários julgados de Tribunais de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça que neguem a referida gratuidade, pela leitura dos votos, questões importantes não foram consideradas, pontos que retiram a similitude das relações jurídicas travadas entre as concessionárias de energia e as concessionárias de rodovias, das que são formalizadas entre outros entes (telefonia, saneamento, petróleo e gás, etc).

Como exemplos, temos o ARE n. 1.204.820-SP, rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, versando sobre ocupação da faixa por companhia de saneamento básico, bem como o RE n. 1.104.997, rel. Min. LUIZ FUX, que contém discussão de utilização do subsolo da faixa de domínio de rodovia para passagem de oleoduto e gasoduto, sem qualquer relação com energia elétrica.

De mais a mais, os julgados que – hoje – fundamentam muitas das manifestações a favor da legalidade da cobrança de contraprestação das concessionárias de transmissão e distribuição de energia, com a devida vênia, não chegaram a conter discussões sobre o fato de tais concessionárias (de energia) também possuírem, em seus contratos, expressas previsões de gratuidade pela ocupação de faixas de domínios.

Noutros, mesmo quando há afastamento das disposições do Decreto 84.398/1980, os debates não envolvem a análise quanto à existência, nos contratos de concessão de distribuição de energia, de cláusulas garantindo a gratuidade. Os debates insistem em permanecer na avaliação da interpretação do artigo 11 da Lei 8.987/1995, como se o Decreto citado linhas acima tivesse sido tacitamente revogado, o que não é o caso.

Colocando uma “lupa” no REsp nº 975.097 / SP, que é comumente referido como o *leading case* em favor das rodovias, é possível constatar que a discussão ocorreu entre concessionária de rodovia e uma concessionária de saneamento, situação que, por si só, já descaracteriza a similitude com a discussão travada pelas distribuidoras e transmissoras de energia. E mais, nos debates levados a cabo pelos Ministros no referido Recurso Especial, não se observa argumentação sobre o Decreto que defere gratuidade às concessionárias de energia elétrica, bem como não se discute a solução para a existência de dois contratos de concessão com previsões aparentemente incompatíveis, como é no caso das disputas entre concessionárias de energia, que

possuem gratuidade prevista para utilização das estradas e vias públicas, e concessionárias de rodovias, que têm – genericamente – autorização de cobrança.

No REsp nº985.695/RJ, mesmo com um posicionamento favorável às concessionárias que administram rodovias, há que se destacar um trecho final do voto vencedor: *“Como detalhado acima, para que seja determinada a existência do direito de cobrança, há que observar o teor de cada contrato de concessão, não havendo regra absoluta que a autorize ou a vede, nos termos do art. 11 da Lei n. 8.987/95.”*

Das duas, uma: ou não se analisam os contratos e a discussão fica limitada à Lei 8.987/95 e ao Decreto 84.398/1980 ou, se é o contrato de concessão que vai legitimar a cobrança pela concessionária que administra a rodovia, que se analise também o contrato de concessão da distribuidora/transmissora de energia.

Aliás, neste ponto, calha ressaltar que, a princípio, uma coisa não invalida a outra: mesmo com o contrato de concessão da distribuidora de energia autorizando ocupação sem pagamento (fundamentado no Decreto de 1980), a rodovia pode cobrar dos demais entes que prestem serviços públicos, mas não possuam na legislação, ou nos seus contratos, a autorização de gratuidade, mantendo-se a higidez do sistema jurídico... Lembremos que, tanto pela Constituição Federal, quanto pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a lei deve respeitar o ato jurídico perfeito.

Voltando os olhares para o Supremo Tribunal Federal, observa-se que, em fevereiro de 2020, no RE nº 1.242.513/SP, uma decisão prolatada pelo Min. Gilmar Mendes, reconheceu a aplicação da tese firmada no precedente vinculante RE 581.947/RO (Tema 261) em relação às concessionárias de rodovia.

Constatação importante é a de que, somente no julgamento do RE 1.242.513, uma corte Superior não deixou dúvidas quanto ao tema, ao afirmar expressamente no dispositivo *que dava provimento ao recurso extraordinário para reformar o acórdão recorrido no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade da cobrança de taxa por concessionárias de rodovias para instalação de postes e linhas de distribuição de energia elétrica em faixas de domínio, nos termos do tema 261 da repercussão geral, RE-RG 581.947, Rel. Min. Eros Grau, DJe 27.8.2010* (grifo não presente no original).

Ainda que se trate de uma decisão monocrática, o fato é que, hoje, o STF reconhece a inconstitucionalidade da cobrança imputada às concessionárias de energia, pelas concessionárias de rodovias, aplicando o entendimento há muito consolidado no julgamento do Tema 261 da repercussão geral (RE 581.947, Rel. Min. Eros Grau, DJe 27.8.2010).

O Superior Tribunal de Justiça, em diversos processos envolvendo a cobrança de ocupação de faixa de domínio, pelas concessionárias que administram rodovias, vem admitindo os recursos extraordinários que visam a aplicação do Tema 261 da Repercussão Geral. Como exemplos, podemos citar: AgRg REsp n. 1.296.954-SP, 1ª Turma e AgInt no AREsp n. 1.700.197-SP, 2ª Turma.

Em recente julgado, o STJ reconheceu premissa importante, qual seja, a de que os contratos de concessão devem ser analisados (ou seja, não só o da concessionária que administra a rodovia, mas também o contrato da distribuidora de energia): *“Ademais, sabe-se que a concessão pressupõe a formalização contratual do serviço entre a concessionária e o poder concedente. Determinar a quem cabe arcar com os ônus decorrentes da remoção e ou recolocação de postes e em quais situações, bem como o impacto disso na alteração da tarifa fixada, demanda análise do contrato firmado entre as partes. Ora, isto é impossível, ante os óbices das Súmulas 5 e 7/STJ.”*

Nesse sentido, é importante enfatizar mais uma vez que nos contratos de concessão, firmados pela União com diversas distribuidoras de energia, há deferimento de prerrogativas às concessionárias, dentre as quais a de utilizar, durante o prazo de

concessão e sem ônus, os terrenos de domínio público, estabelecendo sobre eles estradas, vias ou caminhos de acesso e as servidões que se tornarem necessários à exploração dos serviços concedidos, com sujeição aos regulamentos administrativos.

Embora o tema não seja novo, tudo indica que muito em breve o Supremo Tribunal Federal jogará uma pá de cal nas discussões, trazendo com isto a tão almejada segurança jurídica.

(1) Artigo publicado na Agência CanalEnergia. Disponível em: <https://www.canalenergia.com.br/artigos/53161915/gratuidade-do-uso-das-faixas-de-dominio-por-concessionarias-de-energia-eletrica-reflexoes-sobre-o-posicionamento-do-stf-e-stj>. Acesso em 02 de fevereiro de 2021.