

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. A Abradde – Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica, entidade de classe com atuação nacional, dispõe de legitimidade para propor a presente ação direta de inconstitucionalidade pela norma do inc. IX do art. 103 da Constituição da República.

A autora representa concessionárias de distribuição de energia elétrica e preenche o requisito da pertinência temática entre os fins estatutários e o objeto da ação, a versar normas sobre permissão de uso oneroso de faixas de domínio e áreas adjacentes às rodovias estaduais para instalação de linhas de transmissão ou distribuição de energia.

A entidade figurou como autora em ações de controle abstrato de constitucionalidade julgadas por este Supremo Tribunal: Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.961, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, apreciada em 19.12.2018 (acórdão pendente de publicação) e Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.905, de minha relatoria, DJ 10.5.2011.

Outras ações em tramitação também têm a mesma entidade como autora, por exemplo: ADI n. 5.960, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski; ADPF n. 512, Relator o Ministro Edson Fachin; ADI n. 5.798, Relatora a Ministra Rosa Weber; ADPF n. 399, Relator o Ministro Edson Fachin; ADI n. 4.914, Relator o Ministro Marco Aurélio; ADI n. 3.824, Relator o Ministro Celso de Mello.

Assim, **rejeito a alegação de ilegitimidade da autora arguida.**

Por igual, **também não aceito a preliminar de inépcia da petição inicial por suposta ausência de impugnação específica do Decreto estadual n. 43.787/2005.** Como destacou a Procuradoria-Geral da República, *“a associação requerente, a despeito de pedir a declaração de inconstitucionalidade de todos os seus dispositivos, ou a menos interpretação conforme a Constituição – fls. 47 -, confere destaque aos artigos 18, 19 e 6º – fls. 5 -, na parte em que, em resumo, estabelecem a*

ocupação remunerada da faixa de domínio, a que se refere a Lei gaúcha 12.238/2005, por linhas de transmissão ou distribuição de energia”.

2. Não está em questão, neste processo, a disciplina infraconstitucional das concessões de serviços públicos de energia elétrica. O objeto da presente ação de controle abstrato cinge-se à validade constitucional de lei estadual pela qual se exige de concessionárias de energia elétrica pagamento por utilização de faixas de domínio público e de áreas adjacentes a rodovias estaduais ou federais delegadas ao Estado-membro pavimentadas ou não para a prestação dos serviços concedidos.

3. Pela al. *b* do inc. XII do art. 21 da Constituição da República, é competência da União explorar diretamente ou mediante concessão os serviços e instalações de energia elétrica. É da competência privativa do ente político federal a legislação sobre energia (inc. IV do art. 22 da Constituição):

“Art. 21. Compete à União: (...)

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...)

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;”

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...)

IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;”.

Pela Lei n. 12.238/2005 do Rio Grande do Sul, o Poder Executivo estadual foi autorizado a explorar a utilização, a título oneroso, de faixas de domínio e áreas adjacentes a rodovias por empresas privadas ou por concessionárias de serviço público:

“Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a explorar a utilização e a comercializar, a título oneroso, as faixas de domínio e as áreas adjacentes às rodovias estaduais ou federais delegadas ao Estado, pavimentadas ou não, por empresas concessionárias de serviço público ou privadas, e por particulares”.

Nos demais artigos da Lei estadual n. 12.238/2005 são estabelecidos critérios para instalação de equipamentos subterrâneos e mobiliários; multas para o caso de descumprimento das normas; natureza discricionária,

precária e onerosa da autorização, permissão ou concessão de uso da faixa de domínio; destinação dos recursos auferidos com a cobrança da retribuição pecuniária; forma de fiscalização.

A lei estadual foi regulamentada pelo Decreto n. 43.787/2005, no qual foram detalhados o órgão competente fiscalizador; as hipóteses de permissão e autorização de uso oneroso; o procedimento de solicitação de uso; a remuneração; as responsabilidades e as penalidades. No art. 6º é fixada a permissão de uso oneroso para instalação de linhas de transmissão ou distribuição de energia:

“Art. 6º - Compete ao DAER/RS coordenar, fiscalizar e supervisionar as ações relativas à utilização, exploração e comercialização, por meio de permissão de uso oneroso, da faixa de domínio para instalação de: (...)

IV - linhas de transmissão ou distribuição de energia ou de comunicação;”.

No Anexo I do Decreto estadual n. 43.787/2005 são fixados os valores da remuneração pela permissão ou autorização de uso oneroso, reajustados mensalmente pela variação do IGP-M da Fundação Getúlio Vargas.

4. Houve desempenho de competência da União pelo Estado do Rio Grande do Sul ao serem editados a Lei n. 12.238/2005 e o Decreto n. 43.787/2005 do Rio Grande do Sul. A competência da União é prevista na al. b do inc. XII do art. 21 e no inc. IV do art. 22 da Constituição da República e o Estado incluiu empresas concessionárias de serviço público de energia elétrica, a dizer, contratadas pelo ente federal e com vínculo e cláusulas entre eles fixadas como passíveis de cobrança de retribuição pecuniária pela utilização de faixas de domínio e de áreas adjacentes de rodovias estaduais ou federais delegadas no desempenho do serviço que é objeto do ajuste de que não faz parte o Estado.

A União é titular da prestação do serviço público de energia elétrica. Detém a prerrogativa constitucional de estabelecer o regime e as condições da prestação desse serviço por concessionárias, o qual não pode sofrer ingerência normativa dos demais entes políticos.

A jurisprudência deste Supremo Tribunal tem proclamado a *“impossibilidade de interferência do Estado-membro nas relações jurídico-*

contratuais entre Poder concedente federal e as empresas concessionárias, especificamente no que tange a alterações das condições estipuladas em contrato de concessão de serviços públicos, sob regime federal, mediante edição de leis estaduais” (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.729-3 /SP, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 9.11.2007):

“CONSTITUCIONAL. LEI ESTADUAL 12.635/07, DE SÃO PAULO. POSTES DE SUSTENTAÇÃO DA REDE ELÉTRICA. OBRIGAÇÃO DE REMOÇÃO GRATUITA PELAS CONCESSIONÁRIAS EM PROVEITO DE CONVENIÊNCIAS PESSOAIS DOS PROPRIETÁRIOS DE TERRENOS. ENCARGOS EXTRAORDINÁRIOS NÃO PREVISTOS NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. RELEVÂNCIA JURÍDICA DA TESE DE USURPAÇÃO DAS COMPETÊNCIAS FEDERAIS PARA DISPOR SOBRE O TEMA. 1. Tendo em vista (a) a simplicidade da questão de direito sob exame; (b) a exaustividade das manifestações aportadas aos autos; e (c) a baixa utilidade da conversão do rito inicial adotado para o presente caso, a ação comporta julgamento imediato do mérito. Medida sufragada pelo Plenário em questão de ordem. 2. As competências para legislar sobre energia elétrica e para definir os termos da exploração do serviço de seu fornecimento, inclusive sob regime de concessão, cabem privativamente à União, nos termos dos art. 21, XII, “b”; 22, IV e 175 da Constituição. Precedentes. 3. Ao criar, para as empresas que exploram o serviço de fornecimento de energia elétrica no Estado de São Paulo, obrigação significativamente onerosa, a ser prestada em hipóteses de conteúdo vago (“que estejam causando transtornos ou impedimentos”) para o proveito de interesses individuais dos proprietários de terrenos, o art. 2º da Lei estadual 12.635/07 imiscuiu-se indevidamente nos termos da relação contratual estabelecida entre o poder federal e as concessionárias. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente” (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.925/SP, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJ de 10.3.2005).

“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” (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário, Relator o Ministro Edson Fachin, DJ de 28/10/2015).

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA TAXA POR USO E OCUPAÇÃO DE SOLO PELAS EMPRESAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 663.090, de minha relatoria, DJ de 1.7.2011, Primeira Turma).

5. Ao examinar o Recurso Extraordinário n. 581.947 sob o regime de repercussão geral (Tema n. 261, DJ de 27.8.2010, Relator o Ministro Eros Grau), este Supremo Tribunal concluiu ser inconstitucional a cobrança de taxa pela instalação de equipamentos de transmissão e distribuição de energia elétrica por concessionária em área de domínio público de município:

“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 BEMPÚBLICO. LEI MUNICIPAL 1.199/2002. INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO. ARTIGOS 21 E 22 DA CONSTITUIÇÃO DO 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”.

Assinalou o Ministro Eros Grau no voto condutor do julgado que, para além da configuração da invasão da competência da União para exploração de serviços e instalações de energia elétrica e da sua competência privativa para normatização sobre energia, *“há, na ocupação do solo e espaço aéreo dos bens de uso comum [...] um direito restritivo em benefício do prestador de serviço público, direito restritivo que lhe possibilita, instrumentando sua atuação, o pleno cumprimento do dever-poder, que o vincula, de prestar o serviço”*. Nesse sentido, por exemplo, os seguintes precedentes:

“ AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO – EXAÇÃO PECUNIÁRIA INCIDENTE SOBRE UTILIZAÇÃO DE BEM PÚBLICO DE USO COMUM DO POVO POR CONCESSIONÁRIA PRESTADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS – MATÉRIA CUJO MÉRITO FOI APRECIADO NO JULGAMENTO DO RE 581.947-RG/RO, EM MOMENTO POSTERIOR AO RECONHECIMENTO DE SUA REPERCUSSÃO GERAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO” (Embargos Declaratórios no Agravo de Instrumento n. 642.067, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 13.11.2012, Segunda Turma).

“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” (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 494.163, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 15.3.2011, Segunda Turma).

6. Pelo exposto, nos termos da reiterada jurisprudência deste Supremo Tribunal, em matéria com repercussão geral reconhecida e julgada, **voto no sentido da procedência parcial da presente ação direta para a) atribuir interpretação conforme à Constituição da República à Lei n. 12.238/2005 e ao Decreto n. 43.787/2005 do Rio Grande do Sul, excluindo da incidência de ambos os diplomas às concessionárias de serviço público de energia elétrica e b) declarar a inconstitucionalidade da expressão “de energia” contida no inc. IV do art. 6º e da Tarifa Básica prevista no Tipo II do Item 1 do Anexo I do mencionado Decreto.**

Plenário Virtual - minuta de voto - 26/05/2015 - 00:00