



## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516 - Centro

CEP: 01501-010 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333 r2106 - E-mail: sp3faz@tjsp.jus.br

### SENTENÇA

Processo nº: **1036450-62.2020.8.26.0053**

Classe - Assunto **Tutela Cautelar Antecedente - Liminar**

Requerente: **TIM S/A**

Requerido: **COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO - METRÔ**

Juiz(a) de Direito: ALINE APARECIDA DE MIRANDA

Vistos.

Trata-se de ação promovida por TIM S.A. em face de COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO – METRÔ. Narra a autora que, em 24/03/1999, celebrou Contrato de Concessão de Uso com a ré (contrato nº 0057928804) com duração de 20 anos, ou seja, com vigência até 23/03/2019, para passagem de cabos de fibra óptica. Em outubro de 2018, as partes iniciaram as tratativas para a renovação do contrato. A autora propôs o pagamento de R\$ 3.159.860,00, em parcela única, para que se prorrogasse a vigência por mais 20 anos. Contudo, a ré não aceitou a proposta e exigiu valor aproximado de 30 milhões de reais. Nova proposta de R\$ 4.159.860,00 foi enviada pela autora, mantida, contudo, a resistência da ré, insistindo no valor de R\$ 30.665.609,64. A proposta final da autora foi de R\$ 5.196.286,49, novamente rejeitada. Sustenta a autora o descabimento do valor exigido, sobretudo diante da redação do artigo 12 da Lei n. 13.116/2015. Além de tudo, no dia 19/05/2020 a autora recebeu correspondência da ré, para que a malha de fibra óptica fosse desligada até o dia 31/07/2020. As tentativas de composição extrajudicial foram infrutíferas. Buscou, inicialmente, em Juízo, a tutela cautelar em caráter antecedente para: *(i) que o METRÔ seja impedido, até o encerramento da demanda, de adotar qualquer atitude tendente a desligar ou interferir no regular funcionamento da malha de fibra óptica da TIM instalada no subsolo, que é bem de uso comum do povo, explorado pelo METRÔ (e*

**1036450-62.2020.8.26.0053 - lauda 1**



## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

3<sup>a</sup> VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516 - Centro

CEP: 01501-010 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2106 - E-mail: sp3faz@tjsp.jus.br

*que foi originalmente objeto do Contrato de Concessão de Uso nº 0057928804); (ii) que a TIM seja autorizada, até o encerramento da demanda, a continuar utilizando as salas técnicas, equipamentos e acessórios previstos no Contrato de Concessão de Uso nº 0057928804, mediante o pagamento da contraprestação mensal que está sendo regularmente feita, além do pagamento dos valores referentes à energia elétrica utilizada; e (iii) que os funcionários da TIM, sejam eles próprios ou contratados por empresas terceirizadas, sejam autorizados a acessar as instalações do METRÔ, mediante prévia solicitação, para que sejam realizadas todas as manutenções necessárias para o regular funcionamento do sistema.*

A tutela de urgência foi, a princípio, indeferida (fls. 193/196); após, o *decisum* de fls. 220/222 acolheu o pedido de reconsideração (fls. 197/202) para deferir a tutela cautelar em caráter antecedente para (i) obstar ato do METRÔ que vise a impedir, até o encerramento da demanda ou até decisão em sentido diverso, o regular funcionamento da malha de fibra óptica da TIM já instalada no subsolo; (ii) permitir que a TIM, até o encerramento da demanda ou até decisão em sentido diverso, continue utilizando as salas técnicas, equipamentos e acessórios previstos no Contrato de Concessão de Uso n. 0057928804, mediante o pagamento da contraprestação mensal nos moldes que já vem sendo pagos (sem prejuízo de revisão posterior quanto à razoabilidade e proporcionalidade de tais valores), além do pagamento dos valores referentes à energia elétrica utilizada; (iii) permitir que funcionários da TIM, sejam eles próprios ou contratados por empresas terceirizadas, sejam autorizados a acessar as instalações do METRÔ, mediante prévia solicitação, para que seja realizada toda a manutenção necessária ao regular funcionamento do sistema.

O METRÔ apresentou contestação a fls. 232/245 e juntou documentos a fls. 248/283. Argumentou, em síntese, sobre a inexistência de elementos que justifiquem a permanência da autora nos espaços do METRÔ sem arcar com a remuneração devida, sobretudo diante da expiração do Prazo do Contrato em 24/03/2019. Sustentou que o Contrato de Concessão de Uso n. 0057928804 foi celebrado por tempo determinado e que, antes do término do prazo da avença, iniciaram-se as negociações entre as partes, concluindo-se pela impossibilidade da sua prorrogação. Pontuou que a comunicação de desligamento dos cabos não foi repentina, ao passo que a contraprestação acordada é válida, porquanto os contratos de concessão de uso permitem retribuição pecuniária. Argumentou que os bens do METRÔ não são de uso comum, atentando-se que o trânsito pelos seus túneis não é franqueado a qualquer pessoa, sem limitação. Destacou, ademais, que desenvolve serviços de interesse coletivo, porém que essas atividades são



## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

3<sup>a</sup> VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516 - Centro

CEP: 01501-010 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2106 - E-mail: sp3faz@tjsp.jus.br

desenvolvidas sob a ótica da exploração econômica, e a admissão do uso gratuito das suas instalações implicaria enriquecimento ilícito das concessionárias que não realizaram qualquer investimento para o uso da estrutura existente. Asseverou que a autora não demonstrou a relação entre os equipamentos que tem instalado nas dependências do METRÔ com o tipo de serviço prestado e nem com seu alcance ou extensão. Informou sobre a queda de 81% na sua receita tarifária em razão da pandemia causada pelo COVID-19 e concluiu que não há qualquer ilegalidade ou abuso da sua parte em pretender cobrar pelo uso dos seus bens e por querer retomá-los.

A decisão monocrática proferida no agravo de instrumento tirado pelo METRÔ (fls. 288/293) indeferiu o efeito suspensivo pretendido pelo agravante.

Diante da reconsideração da tutela inicialmente indeferida, o agravo de instrumento tirado pela autora não foi conhecido (fls. 307/311).

A autora se manifestou a fls. 298/306, apresentou emenda à inicial e pedido principal a fls. 314/339, bem como juntou documentos a fls. 340/427. Sustentou, inicialmente, que a Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472/1997) afirma que as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo têm direito de utilizar postes, dutos, condutos etc., para a instalação de sua infraestrutura. Argumentou, ademais, sobre a gratuidade do direito de passagem garantida no art. 12 da Lei Geral de Antenas (Lei n. 13.116/2015), cujo trecho final estabelece exceção de gratuidade que não se aplica aos contratos celebrados pelo METRÔ. Destacou que as faixas de domínio administradas pelo METRÔ são bens de uso comum do povo, que não podem ser onerados. Destacou que, no caso de manutenção da cobrança às empresas prestadoras de serviços de telecomunicações pelo direito de passagem, os usuários das vias do METRÔ seriam prestigiados em detrimento dos usuários de serviços de telecomunicações, uma vez que a onerosidade seria repassada ao usuário destes serviços. Argumentou sobre a obrigatoriedade de devolução dos valores cobrados pelo exercício do seu direito de passagem após a edição da Lei Geral de Antenas, observada a prescrição trienal. Acrescentou que as fibras ópticas não podem ser interpretadas como acessões e benfeitorias passíveis de incorporação pelo METRÔ. Ao formular o pedido principal, requereu (i) a declaração do direito da TIM em continuar utilizando sua rede de fibra óptica instalada no subsolo explorado pelo METRÔ (direito de passagem), a título gratuito (pagando apenas os custos de manutenção das salas técnicas e de energia); (ii) a condenação do METRÔ à devolução dos valores exigidos da TIM após a edição da Lei Geral de Antenas; e (iii) a declaração de que a fibras ópticas em questão



## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

3<sup>a</sup> VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516 - Centro

CEP: 01501-010 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2106 - E-mail: sp3faz@tjsp.jus.br

são de propriedade da TIM. Subsidiariamente, pugnou pela fixação de valores justos e razoáveis para que possa permanecer utilizando sua malha de fibra óptica instalada nas faixas de domínio no subsolo explorado pelo METRÔ.

O METRÔ se manifestou a fls. 433/438. Argumentou, em resumo, sobre a ocorrência da decadência e sustentou que a autora cumpriu intempestivamente os termos do art. 308 do Código de Processo Civil ao formular o seu pedido principal. Requereu, assim, a cessação da eficácia da tutela cautelar concedida e a extinção da relação processual instaurada.

A autora apresentou comprovante de pagamento de boleto encaminhado pelo METRÔ referente ao exercício do seu direito de passagem, para agosto (fls. 440/443) e setembro de 2020 (fls. 505/508).

Contestação do METRÔ a fls. 448/471. Inicialmente, reiterou os argumentos sobre a intempestividade do pedido principal e sobre a natureza jurídica das suas instalações e dos seus túneis, que não se inserem na categoria de vias públicas, faixas de domínio ou de bens de uso comum do povo. Pontuou o seu direito em ser remunerado por terceiros pela utilização de sua infraestrutura, atentando-se que, a despeito de a autora igualmente prestar serviços de interesse coletivo, eles se desenvolvem sob a ótica da exploração econômica. Ressaltou que a autora nunca questionou as previsões do Contrato de Concessão de Uso objeto dos autos e defendeu a inaplicabilidade da gratuidade prevista na Lei Geral de Antenas para relações jurídicas estabelecidas antes da sua vigência. Destacou que, ao pagar os valores cobrados pela ré após o término da vigência contratual, a autora revela que não confia na sua própria tese quanto à gratuidade almejada. Reiterou o seu direito à incorporação das instalações de fibra óptica, o que contribuiria para a modicidade tarifária no futuro. Concluiu que a autora não comprovou quais seriam os impactos causados aos usuários dos seus serviços com a retirada dos seus equipamentos das instalações do METRÔ e requereu a revogação da liminar e o julgamento de improcedência da demanda.

A requerente apresentou réplica a fls. 474/502. Em resumo, para além da reiteração dos termos das suas manifestações anteriores, destacou que o espaço ocupado junto à malha ferroviária é bem de uso comum do povo, salientando-se que a previsão tarifária não impede a “utilização geral” do bem. Observou, ademais, que o Decreto n. 10.480/20, promulgado no curso desta demanda, corrobora a sua tese quanto à gratuidade no exercício do seu direito de passagem. Destacou que os pagamentos realizados ao longo do processo buscaram demonstrar a sua boa-fé e evitar o desligamento dos serviços pela ré e, ao final, pugnou pela produção



## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

3<sup>a</sup> VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516 - Centro

CEP: 01501-010 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2106 - E-mail: sp3faz@tjsp.jus.br

probatória apenas na hipótese de não ser acolhido o pedido principal.

Manifestação da requerida a fls. 511/514. Em síntese, argumentou sobre a inaplicabilidade retroativa das previsões do Decreto n. 10.480/20 ao Contrato de Concessão de Uso n. 0057928804, celebrado pelas partes há mais de vinte anos.

É o relatório.

Fundamento e decidio.

O feito comporta julgamento no estado, nos termos do artigo 355, inciso I, do Código de Processo Civil, sem ignorar o princípio constitucional da razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII, CF) e a máxima de que “presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz e não mera faculdade, assim proceder” (STJ, REsp nº 2.832/RJ, 4<sup>a</sup> Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo).

Inicialmente, afasto a prejudicial de mérito alegada pelo METRÔ. A tutela cautelar antecedente foi deferida em decisão proferida em 31/07/2020 (fls. 220/222), sendo comprovada a sua comunicação à requerida na mesma data (fls. 438).

A tutela concedida encerrou uma obrigação de não fazer, ao determinar que o METRÔ se abstivesse de adotar qualquer medida tendente a obstar a prestação dos serviços pela TIM. Inexistente comprovada resistência do METRÔ à determinação de não fazer, o dia da efetivação da tutela antecedente coincide com o dia da comunicação ao METRÔ acerca do seu deferimento.

Quanto ao termo inicial do prazo para aditamento e cumprimento do art. 308 do CPC, precedente histórico do STJ encontra-se válido e compatível com o atual ordenamento processual: *Deferida liminarmente a cautelar, nos termos do CPC/1973 806 [CPC 308], o ajuizamento da ação principal tem como termo inicial do trintídio legal a data da efetivação da liminar, não merecendo abrigo a interpretação que o fixa a partir do trânsito em julgado da sentença* (STJ, 4.<sup>a</sup> T., REsp 1446-RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 28.11.1989, DJU 5.2.1990).

O termo inicial do prazo de 30 [trinta] dias para aditamento da inicial, contado da data da efetivação da decisão de antecipação de tutela, venceu em um dia não útil. Desse modo, restou tempestiva a apresentação do pedido principal pela autora no primeiro dia útil subsequente (31/08/2020). Nesse sentido: *Vencido o prazo de 30 dias em um sábado, pode o autor ajuizar a ação principal na segunda-feira seguinte* (STJ, 4.<sup>a</sup> T., REsp 202648-ES, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, v.u., j. 27.4.1999, DJU 1.<sup>º</sup>7.1999).



## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

3<sup>a</sup> VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516 - Centro

CEP: 01501-010 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2106 - E-mail: sp3faz@tjsp.jus.br

A controvérsia cinge-se sobre a validade da cobrança realizada pelo METRÔ para a utilização, pela autora, de áreas subterrâneas para implantação/manutenção de redes de cabos de telecomunicações, sob a égide do Contrato de Concessão de Uso n. 0057928804, celebrado em 24/03/1999, e com prazo de duração de 20 [vinte] anos.

De um lado, a Companhia do Metropolitano de São Paulo (METRÔ) é sociedade por ações, empresa pública estadual, parte integrante da administração indireta do Estado de São Paulo, regendo-se pelo Estatuto Social copiado a fls. 248/262, voltada à execução de serviços públicos de transporte nesta Capital.

De outro lado, a autora é concessionária de serviço coletivo de natureza pública essencial, que necessita da utilização dos espaços públicos dos túneis sob a administração do METRÔ como condição para a prestação desses serviços e para o cumprimento da obrigação de aterramento dos cabos (Decreto n. 47.817/2006).

Este juízo reconhece serem igualmente relevantes os serviços prestados pelas partes, de modo que a solução da lide não pode se apoiar em uma interpretação que sobreponha a importância de serviços de transporte sobre os de telecomunicações, ou o oposto, e deverá fiar-se em uma interpretação sistemática e constitucional dos dispositivos legais pertinentes, apoiando-se em entendimentos pretorianos consolidados na matéria.

Nesse sentido, o art. 12 da Lei Geral de Antenas (Lei n. 13.116/2015), *in verbis*:

*Art. 12. Não será exigida contraprestação em razão 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, excetuadas aquelas cujos contratos decorram de licitações anteriores à data de promulgação desta Lei.*

*§ 1º O disposto no caput não abrange os custos necessários à instalação, à operação, à manutenção e à remoção da infraestrutura e dos equipamentos, que deverão ser arcados pela entidade interessada, e não afeta obrigações indenizatórias decorrentes de eventual dano efetivo ou de restrição de uso significativa.*

*§ 2º O direito de passagem será autorizado pelos órgãos reguladores sob cuja competência estiver a área a ser ocupada ou atravessada.*

No parecer elaborado por Carlos Ari Sundfeld, em consulta formulada pela TIM e demais operadoras de telefonia, o autor destacou a vigência da regra da gratuidade no exercício de direito de passagem e reconheceu a exceção prevista no trecho final do *caput* do art. 12 da LGA.

**1036450-62.2020.8.26.0053 - lauda 6**



## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

3<sup>a</sup> VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516 - Centro

CEP: 01501-010 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2106 - E-mail: sp3faz@tjsp.jus.br

Não obstante, o autor assim explanou a inaplicabilidade da exceção a casos tal como o dos autos:

*"A aplicação da gratuidade foi adiada em relação a bens ou instalações que tenham sido objeto de concessão, ou outra forma de delegação, decorrente de licitação anterior à promulgação da Lei 13.116/2015. Esta é a única hipótese em que será permitida a cobrança pelo direito de passagem. Trata-se, contudo, de exceção transitória. Quando, posteriormente, a concessão (ou outra forma de delegação) decorrente de licitação for extinta, o direito de passagem sobre esses bens também passará a ser gratuito."*

*Em qualquer outro cenário, não mais poderá ser exigida contraprestação das prestadoras de serviços de telecomunicações pelo direito de passagem. Assim, em relação aos bens que tenham sido objeto de delegação sem licitação ou por licitação ocorrida após a promulgação da Lei 13.116/2015, não poderá haver cobrança de contraprestação pelo direito de passagem para infraestrutura de telecomunicações.*

*Não tenho dúvida, portanto, de que a Lei 13.116/2015 vedou a cobrança pelo direito de passagem, feita por entidades estatais. Tais entidades administraram bens em virtude de atribuição legal ou constitucional (é assim que União, Estados Membros e Municípios administram rodovias e vias públicas incorporadas a seus respectivos acervos) ou, ainda, por delegação efetivada sem licitação (como é o caso, notadamente, das autarquias e empresas incumbidas de gerir rodovias).*

*A exceção prevista na Lei 13.116/2015, que adia a gratuidade, não beneficia entidade estatal gestora de vias públicas, faixas de domínio ou de outros bens públicos de uso comum do povo, pois as outorgas em seu favor não decorrem de licitação. Com efeito, a cobrança pelo uso dos bens públicos a título de simples exploração comercial do patrimônio público foi proibida por lei, tornando-se ilícita" (fls. 389/391).*

Adiante, Sundfeld ainda pontua que *"a situação é a mesma se a cessionária do bem for entidade estatal com personalidade de direito privado (empresa pública ou sociedade de economia mista)"* enfatizando que a exceção à gratuidade prevista no trecho final do *caput* do art. 12 não se aplica, portanto, *"a qualquer espécie de entidade descentralizada estatal que venha a assumir a gestão de bem público, sem se submeter a processo licitatório"* (fls. 393).

Sundfeld ainda acrescenta que, nesse ponto, *"não houve qualquer previsão impedindo que a nova regra [acerca da gratuidade do direito de passagem] atingisse situações nas quais bens ou instalações fossem geridas diretamente pelo próprio Poder Público ou por meio de entidades integrantes de sua administração indireta. Em tais situações, mesmo que*



## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

3<sup>a</sup> VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516 - Centro

CEP: 01501-010 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2106 - E-mail: sp3faz@tjsp.jus.br

*o uso do bem tenha sido cedido por meio de contratação firmada entre a entidade estatal e particular, a gratuidade do direito de passagem deve ocorrer imediatamente” (fls. 403).*

Com efeito, a interpretação doutrinária apresentada pelo parecerista contratado pela autora apresenta elementos de natureza técnica que se mostram sólidos e suficientes para convicção segura sobre o caso em exame, sequer havendo críticas de assistente técnico da parte contrária.

Para além da interpretação doutrinária, o alcance do art. 12 foi abordado no Decreto n. 10.480/2020, regulamentador da Lei Geral de Antenas, que prevê o direito de passagem gratuita para instalação/manutenção de redes de cabos de telecomunicações. O seu texto abrange, inclusive, as obras já concluídas, *in verbis*:

*“Art. 3º Para fins do disposto no art. 16 da Lei nº 13.116, de 2015, consideram-se obras de infraestrutura de interesse público: (...)*

*II - a implantação ou a ampliação: (...)*

*b) de sistemas de transporte público sobre trilhos ou subterrâneos; (...)*

*Art. 9º Não será devida contraprestação em razão do direito de passagem para a instalação de infraestrutura de redes de telecomunicações em faixas de domínio, em vias públicas e em outros bens públicos de uso comum do povo, incluídas as obras de que trata o art. 3º que estiverem concluídas, ainda que os referidos bens ou instalações sejam explorados por meio de concessão ou outra forma de delegação.”*

Ciente da aplicabilidade do art. 12 da LGA à controvérsia dos autos, bem como do dever da requerida em não onerar a prestação do serviço público essencial de telecomunicações, de rigor se reconhecer a ilegalidade da cobrança contra a qual a TIM se insurge.

Nesse ponto, adiro ao entendimento do I. Desembargador Leme de Campos, Relator da Apelação n. 1060045-27.2019.8.26.0053, em lide análoga, ajuizada pela TIM em face da CPTM:

*“Ora, a área em questão, embora esteja sob administração da CPTM, trata-se de bem público, cuja utilização não pode ser negociada, em especial porque direcionada ao atendimento de um serviço público.*



## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

3<sup>a</sup> VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516 - Centro

CEP: 01501-010 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333 r2106 - E-mail: sp3faz@tjsp.jus.br

*Em que pese o artigo 11<sup>1</sup> da Lei Federal nº 8.987/95 e o art. 32, II<sup>2</sup>, da Lei Estadual nº 7.835/1992, permitirem o pagamento pelo uso comum dos bens públicos, é descabida tal cobrança quando se tratar de uso por concessionária de serviço público na consecução de sua finalidade, permanecendo, em tais hipóteses, o interesse público a impedir a pretendida onerosidade.”*

Atentando-se para as previsões legais, posicionamentos doutrinários pertinentes e jurisprudência reiterada, a motivação colacionada até este ponto já seria suficiente para o acolhimento do pleito da requerente; todavia, de rigor o prosseguimento da fundamentação à luz da relevância das demais teses suscitadas pela requerida.

Desse modo, para além da fundamentação já apresentada, as partes divergem, ademais, sobre a definição jurídica dos subsolos e solos do METRÔ. Na interpretação aduzida pela ré, a autora pugna pela utilização gratuita de instalações que configuram, em realidade, bens de sua propriedade, e não bens públicos de uso comum.

Este E. Tribunal já se pronunciou sobre a definição jurídica dos subsolos, em caso envolvendo outra sociedade empresária estatal administradora de ferrovias:

"Apelação cível – Direito Administrativo - Servidão administrativa – Termo de Permissão de Uso Oneroso firmado entre SABESP e CPTM – Pretensão de declaração de nulidade da cláusula que determina pagamento mensal para uso de faixa de subsolo da companhia férrea, em que se pretende a instalação de rede de distribuição de água, com a devida restituição dos valores já pagos – Admissibilidade, precedentes TJSP e STF – **Faixa de domínio que tem natureza de bem público - Interesse público específico das prestadoras de serviços essenciais - Impossibilidade de cobrança de taxa perene de uso** – Restituição devida - Sentença mantida – Recurso desprovido." (TJSP; Apelação Cível 1001669-82.2018.8.26.0053; Relator (a): Marrey Uint; Órgão Julgador: 3<sup>a</sup> Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Accidentes - 8<sup>a</sup> Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 20/08/2019; Data de Registro: 23/08/2019) (grifos acrescentados)

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Artigo 32 - O disposto nesta Lei aplica - se à concessão de obra pública, atendidas suas peculiaridades e observados os seguintes preceitos:

II - além da tarifa, o concessionário de obra pública poderá ser remunerado, nos termos previstos no edital e no contrato, dentre outras fontes, pela renda proveniente de contribuições de melhoria instituída pelo Poder Público, **pela renda derivada da exploração, direta ou indireta**, de áreas de serviço, lazer ou repouso, na faixa de domínio da obra pública ou **em zona integrada ao patrimônio público** por desapropriação extensiva ou qualquer outra forma, bem como pela receita decorrente de projetos associados.



## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

3<sup>a</sup> VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516 - Centro

CEP: 01501-010 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2106 - E-mail: sp3faz@tjsp.jus.br

Por seu turno, o C. Supremo Tribunal Federal já decidiu que as faixas de domínio público, bens de uso comum do povo, compõem instituto jurídico que não admite a negociação e a estipulação de retribuição pecuniária em decorrência da sua utilização como se bens de propriedade particular o fossem:

**“EMENTA: 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 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 581947, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 26-08-2010 PUBLIC 27-08-2010 EMENT VOL-02412-05 PP-01113 RT v. 100, n. 904, 2011, p. 169-177) (grifos acrescentados)**

Finalmente, pontuo que o METRÔ ainda apresenta a tese sobre os custos operacionais com os quais arca pela vigilância da fibra óptica instalada nos seus solos e subsolos, a justificar, sob essa ótica, a perpetuidade da sua remuneração.

Nesse ponto, e visando à possibilidade de recomposição pecuniária do



## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

3<sup>a</sup> VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516 - Centro

CEP: 01501-010 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2106 - E-mail: sp3faz@tjsp.jus.br

METRÔ apenas sob o cunho indenizatório ou no exercício do poder de polícia, o professor Sundfeld apresenta solução doutrinária à qual me filio: “*Não se pode cobrar pelo uso do espaço, independentemente do nome que seja empregado pela regulamentação local, estadual ou federal. Todavia, isso não impede a cobrança de taxa pelo efetivo exercício de poder de polícia, caso este realmente ocorra, em relação às atribuições próprias da fiscalização de instalações e limitado seu valor ao custo dessa fiscalização (art. 145, II, da CF). Tampouco se impede a cobrança de indenização por danos que, efetivamente, venham a ser provocados em virtude da instalação dessa infraestrutura (art. 12, §1º, da Lei 13.116/2015)*” (fls. 418).

O RE 581.947/RO (Tema 261) disciplinou a impossibilidade de cobrança de taxa contra concessionárias de serviços públicos quando se utilizam de bens públicos: *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.*

Por seu turno, o C. STJ tem-se pronunciado especificamente sobre a impossibilidade de cobrança de retribuição pecuniária contra concessionárias de serviços públicos para o exercício de direito de passagem:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL; BENS PÚBLICOS. USO DE SOLO, SUBSOLO E ESPAÇO AÉREO POR CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO (IMPLANTAÇÃO DE DUTOS E CABOS DE TELECOMUNICAÇÕES, P. EX.). COBRANÇA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Cinge-se a controvérsia no debate acerca da legalidade da exigência de valores pela utilização de faixas de domínio das rodovias sob administração do DER para passagem de dutos e cabos de telecomunicações ou de outros serviços públicos essenciais prestados pela recorrente. 2. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que a 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. Precedentes. 3. Recurso especial provido.” (REsp 1246070/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/05/2012, DJe 18/06/2012) (grifos acrescentados)

“ADMINISTRATIVO. BENS PÚBLICOS. USO DE SOLO, SUBSOLO E ESPAÇO AÉREO POR CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. COBRANÇA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Cuida-se, na origem,



## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

3<sup>a</sup> VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516 - Centro

CEP: 01501-010 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2106 - E-mail: sp3faz@tjsp.jus.br

de Ação de Cobrança ajuizada pela recorrente contra a recorrida visando ao pagamento de contraprestação estipulada em Termo de Permissão de Uso firmado entre as partes, cujo objeto é a autorização para implantação de travessia aérea de linhas de transmissão de energia elétrica. 2. Sobre o tema, assim se manifestou a Corte local (fls. 585-586, e-STJ): "Do quanto exposto, pode-se concluir que, ante o atual entendimento dominante, não é possível a cobrança pelo uso das faixas de domínio de ferrovia, por prestadora de serviço público de transporte, em face de concessionária de serviço público federal de energia elétrica, por ser tal bem de domínio público, e em razão de seu uso reverter em proveito de toda a coletividade. Assim, patente a ilegalidade da pretendida cobrança sobre a implantação da rede de energia elétrica e equipamento a ela relacionados. Dessa forma, correta a sentença, impõe-se o desprovimento do apelo". 3. O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência firme e consolidada no sentido de que a cobrança contra 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, por exemplo), uma vez que: a) a utilização, nesse caso, se reverte em favor da sociedade, razão pela qual não cabe a fixação de preço público; e b) a natureza do valor cobrado não é de taxa, pois não há serviço público prestado ou poder de polícia exercido. Nesse sentido: AgRg na AR 5.289/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe 19.9.2014; AI no RMS 41.885/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Corte Especial, DJe 28.8.2015; AgRg no REsp 1.191.778/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 26.10.2016; REsp 1.246.070/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 18.6.2012; REsp 863.577/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10.9.2010; REsp 881.937/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 14.4.2008. 4. Recurso Especial não provido." (REsp 1790875/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe 23/04/2019) (grifos acrescentados)

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. OCORRÊNCIA. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. INSTALAÇÃO DE CABOS. USO DO SOLO, SUBSOLO E ESPAÇO AÉREO. COBRANÇA. ILEGALIDADE. 1. Os embargos de declaração, nos termos do art. 1.022 do CPC/2015, têm ensejo quando há obscuridade, contradição, omissão ou erro material no julgado. 2. Hipótese em que o acórdão embargado não analisou os argumentos apresentados pela recorrente quanto à desnecessidade de exame de lei local para se aferir a ilegalidade da cobrança pela utilização de bens públicos, sendo, realmente, descabida a incidência da Súmula 280 do STF à espécie. 3. A Primeira Seção desta Corte de Justiça firmou entendimento de que a cobrança feita por entes da Administração Pública 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, uma vez que: "a) a utilização, neste caso, se



## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

3<sup>a</sup> VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516 - Centro

CEP: 01501-010 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2106 - E-mail: sp3faz@tjsp.jus.br

reverte em favor da sociedade - razão pela qual não cabe a fixação de preço público; e b) a natureza do valor cobrado não é de taxa, pois não há serviço público prestado ou poder de polícia exercido" (REsp 1.144.399/PR, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 24/10/2017). 4. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para DAR PROVIMENTO ao agravo interno e, por conseguinte, CONHECER do agravo e DAR PROVIMENTO ao recurso especial, a fim de declarar a ilegalidade da cobrança efetivada contra a recorrente pelo uso das vias públicas." (EDcl no AgInt no AREsp 432.765/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/11/2019, DJe 04/12/2019)

Este E. Tribunal de Justiça tem-se pronunciado nesse sentido em lides análogas:

**"REEXAME NECESSÁRIO – Não conhecimento – Art. 496 do CPC/2015 que determina a sujeição ao duplo grau de jurisdição quando se trata de condenação em face da União, Estado, Distrito Federal, Município e suas respectivas autarquias e fundações de direito público, situação inexistente na hipótese. ação ordinária – Debate acerca do pagamento de contraprestação pelo uso de área da CPTM – Redes de cabos de telecomunicações – Área em questão que, embora esteja sob administração da CPTM, trata-se de bem público, cuja utilização não pode ser negociada, em especial porque direcionada ao atendimento de outro serviço público – Manifesto interesse na utilização da área – Precedentes – Valor de ressarcimento que deverá ser apurado oportunamente, em fase de cumprimento de sentença – Impossibilidade de condenar a ré a renovar avença contratual – Correção de erro material para inserir Termo de Permissão no provimento judicial – HONORÁRIOS – Readequação para excluir o critério da equidade – Legislação que impõe prioritariamente a utilização do proveito econômico como base de cálculo da verba honorária – Ajustes somente em relação a este aspecto e o erro material. Negado provimento ao recurso da ré, dando-se parcial provimento ao apelo da autora."** (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1060045-27.2019.8.26.0053; Relator (a): Leme de Campos; Órgão Julgador: 6<sup>a</sup> Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Accidentes - 7<sup>a</sup> Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 14/09/2020; Data de Registro: 15/09/2020) (grifos acrescentados)

**"APELAÇÃO ATO ADMINISTRATIVO ÁREA PÚBLICA PERMISSÃO DE USO EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO COBRANÇA DE VALOR PARA UTILIZAÇÃO DE FAIXA DE DOMÍNIO DE FERROVIA SOB ADMINISTRAÇÃO DA CPTM PARA INSTALAÇÃO DE REDE DE DISTRIBUIÇÃO DE ÁGUA E COLETA DE ESGOTOS DESCABIMENTO PELA ONEROSIDADE.** As vias públicas, bem comum do povo, não podem ser negociadas pela sua utilização, quando a mesma se dirige ao atendimento de um serviço



## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

3<sup>a</sup> VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516 - Centro

CEP: 01501-010 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2106 - E-mail: sp3faz@tjsp.jus.br

de utilidade pública. A pessoa jurídica que administra ferrovia deve centrar esforços na prestação de seu respectivo serviços, sem oferecer obstáculos ou onerar a prestação de outro serviço público essencial: água e esgoto, de interesse coletivo, donde exsurge a ilegalidade da cobrança ora discutida. Precedentes deste e de Superior Tribunal. Recurso negado.” (Ap. nº 0042498-35.2012.8.26.0053, rel. Des. Danilo Panizza, j. 20/10/2015).

Reconhecido o direito da autora em ver-se resarcida pelos pagamentos efetuados no exercício do direito de passagem nos subterrâneos do METRÔ, observada a prescrição trienal (art. 206, 3º, IV, do Código Civil), o valor a ser restituído deverá ser aferido em fase de cumprimento de sentença, quando será possível avaliar a extensão da prescrição, bem como decidir acerca da legitimidade da autora em ser restituída de valores específicos, os quais eventualmente não tenham sido pagos indevidamente por ela.

Não há, outrossim, direito da ré à incorporação dos equipamentos e cabos de fibra óptica que, ainda que instalados no solo e subsolo do METRÔ, permanecem sendo de propriedade da autora. A previsão contratual prevista no item 5.2<sup>3</sup> do Contrato de Concessão de Uso disciplina a possibilidade de incorporação, pelo METRÔ, de acessões e benfeitorias realizadas pela autora.

No caso dos autos, esses institutos jurídicos devem ser interpretados como melhoramentos ou aumentos levados a cabo pela TIM no bem imobiliário, com a finalidade de melhor prestar os serviços públicos de telecomunicações por ela empreendidos. As acessões e benfeitorias são meios instrumentais à passagem dos cabos, à instalação e à manutenção dos bens de sua propriedade e com estes não se confundem.

A seu turno, o METRÔ atravessa uma interpretação equivocada do item 5.3<sup>4</sup> do mesmo Contrato que, ao prever a possibilidade de restituição dos cabos instalados pela TIM ao final da concessão, não disciplina alegado direito à incorporação destes equipamentos pela empresa pública. Em respeito ao princípio da boa-fé, o direito a uma *não* restituição dos bens (equipamentos e cabos de fibra óptica) ao seu proprietário (TIM) deveria apresentar-se de forma expressa e inequívoca no documento contratual, e não derivar de uma interpretação a *contrario sensu* realizada pela parte interessada.

<sup>3</sup> 5.2. Quaisquer acessões e benfeitorias feitas pela CONCESSIONÁRIA, quer sejam úteis, necessárias ou voluptuárias nas áreas de domínio da COMPANHIA DO METRÔ, sempre com aprovação prévia desta, ficarão incorporadas desde a data de sua instalação, sem direito à CONCESSIONÁRIA a qualquer indenização.

<sup>4</sup> 5.3. A critério da COMPANHIA DO METRÔ, tanto equipamentos como cabos instalados pela CONCESSIONÁRIA, poderão ser restituídos ao término da concessão, correndo a sua retirada, por conta e risco da CONCESSIONÁRIA.



## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

3<sup>a</sup> VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 5º andar - sala 509/511/516 - Centro

CEP: 01501-010 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333 r2106 - E-mail: sp3faz@tjsp.jus.br

Por fim, não deverá ser acolhida a pretensão da autora quando pugna pelo reconhecimento de um direito à perpetuidade na utilização dos túneis e subterrâneos do METRÔ. Caberá às partes a negociação das condições de exercício do direito de passagem futuro pela autora, à luz da discricionariedade da atividade administrativa.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE EM PARTE o pedido formulado na inicial, nos termos do art. 487, inciso I, do CPC, para (i) declarar a inexigibilidade da cobrança realizada contra a TIM pelo uso do solo e subsolo explorado pelo METRÔ na manutenção/instalação da rede de fibra óptica instalada, conforme Contrato de Concessão de Uso n. 0057928804, a partir da vigência da Lei nº 13.116/2015; consequentemente, para (ii) condenar o METRÔ à devolução dos valores pagos pela TIM com essa finalidade após a edição da Lei n. 13.116/2015, observada a prescrição trienal, com a incidência de correção monetária (IPCA-E) a partir do vencimento mensal de cada parcela, e juros de mora nos termos da Lei Federal n. 11.960/09 (não declarada inconstitucional, neste particular, pela ADI nº 4357) desde a citação; e para (iii) declarar que os equipamentos e cabos de fibra óptica instalados pela TIM no solo e subsolo do METRÔ, na vigência do Contrato de Concessão de Uso n. 0057928804, continuam sendo de propriedade da concessionária de serviços de telefonia.

Tendo a autora decaído de parte mínima de seu pedido, condeno a ré nas custas e nos honorários sucumbenciais ao Patrono da autora, cuja base de cálculo deverá ser o valor relativo ao resarcimento, definindo-se o percentual oportunamente quando da liquidação do julgado (art. 85, §4º, II, do Código de Processo Civil).

Sentença sujeita a reexame necessário.

P.I.C.

São Paulo, 28 de outubro de 2020.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006, CONFORME  
IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**