



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1990245 - SP (2022/0068207-0)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
RECORRENTE : TIM S A
ADVOGADOS : CRISTIANO CARLOS KOZAN - SP183335
THIAGO LUIS CARBALLO ELIAS - SP234865
RAPHAEL BURLEIGH DE MEDEIROS - SP257968
MARIANA SEMENZATO ANTUNES - SP406932
RECORRIDO : COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SAO PAULO
ADVOGADOS : JORDANA DY THAIAN ISAAC ANTONIOLLI - SP202266
HELOÍSA LUZ CORRÊA VIDAL - SP253107
INTERES. : ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUCAS LEITE ALVES - SP329911

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de recurso especial, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Tim S.A. contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado (e-STJ, fl. 815):

APELAÇÃO CÍVEL - TUTELA CAUTELAR ANTECEDENTE - Contrato de concessão de uso celebrado entre a TIM S.A. e o METRÔ para a utilização dos túneis do sistema metroviário para a instalação de cabos de fibra ótica - Possibilidade de cobrança de contraprestação - Natureza jurídica de bem público de uso especial - Inaplicabilidade do artigo 12 da Lei nº 13.116/2015 e do quanto decidido pelo E. Supremo Tribunal Federal - no julgamento do RE 581947 (Tema 261) - Manutenção da utilização dos subsolos do METRÔ que depende da celebração de novo instrumento contratual entre as partes - Devolução dos cabos de fibra ótica à TIM S.A. que se insere na esfera de discricionariedade do METRÔ, conforme expressamente previsto no contrato firmado entre as partes - Sentença parcialmente reformada - Recurso interposto pelo réu provido - Recurso interposto pela autora improvido.

A recorrente aponta ofensa aos arts. 489 e 1.022 do Código de Processo Civil; 99, I e II, e 187 do Código Civil; 12 da Lei Geral de Antenas (Lei n. 13.116/2015, regulamentada pelo Decreto Federal n. 10.480/2020); 73 da Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472/1997); 14, § 4º, da Lei n. 13.115/2015.

Sustenta que o aresto recorrido foi omissivo quanto à análise do pleito subsidiário apresentado pela TIM para continuar a utilizar a rede de fibra ótica instalada no subsolo explorado pelo Metrô, há 20 anos, mediante o pagamento de preços e condições justos e razoáveis, não tendo se manifestado sobre a aplicação da legislação específica de regência da matéria, isto é, o disposto nos

arts. 73 da Lei n. 9.472/1997 e 14, § 4º, da Lei n. 13.115/2015.

Aduz que também houve omissão no julgado impugnado sobre a alegativa de abuso de direito por parte do Metrô, considerando-se sua posição desproporcionalmente dominante em relação à TIM nesta avença.

Acrescenta que o Tribunal de origem não foi suficientemente claro em relação às justificativas pelas quais classificou o solo e subsolo onde instalados os trilhos do Metrô como de uso especial, considerando-se posicionamento divergente da mesma Corte em caso análogo.

Assevera, ainda, que o aresto recorrido contém vício de fundamentação quanto à interpretação do art. 99 do Código Civil e os motivos pelos quais o Decreto n. 10.480/2020 teria extrapolado sua função regulamentar.

No mérito, argumenta que o subsolo explorado pelo Metrô é bem de uso comum, razão pela qual deve ser garantido o direito de passagem às prestadoras do serviço de telecomunicações, independentemente de contraprestação.

A recorrente defende a necessidade de concessão da tutela de urgência, considerando-se a probabilidade de êxito do apelo especial e o risco de danos aos usuários do serviço de telefonia de todo o país.

De acordo com a recorrente, "a TIM depende fundamentalmente da referida infraestrutura para atender não apenas seus usuários (cerca de 16 milhões de usuários no Estado de São Paulo e cerca de 53 milhões em todo o país), mas usuários de todas as demais operadoras que se interligam com usuários da TIM, além de uma série de outros serviços prestados em razão da existência da referida malha de fibra óptica" (e-STJ, fl. 843).

O Tribunal de origem deferiu o pedido de liminar para suspender os efeitos do acórdão recorrido até que esta Corte Superior aprecie o pedido de atribuição de efeito suspensivo.

Decido.

O deferimento da tutela de urgência para atribuir efeito suspensivo (ativo) ao recurso especial é medida de caráter excepcional e exige que a parte requerente demonstre, de maneira efetiva, a probabilidade de êxito do recurso, assim como o perigo na demora, consistente no risco de grave dano à parte requerente ou de inutilidade do provimento final caso não deferida a medida de cautela pleiteada.

A Corte de origem, mesmo após negar provimento ao recurso de apelação da parte autora, deferiu medida liminar com base na seguinte argumentação (e-STJ, fls. 960-961):

Considerando-se a relevância da alegação de que a infraestrutura em questão é necessária à prestação dos serviços de telecomunicação pela embargante e o desligamento da malha de fibra óptica colocará em risco a integridade do sistema de telecomunicações utilizado por milhões de usuários dos serviços da TIM S.A., requer a cautela que se aguarde o julgamento dos Embargos de Declaração opostos pela TIM S.A. antes da imposição do desligamento pelo METRÔ.

Assim, com fundamento no artigo 1.026, § 1º, do Código de Processo Civil, defiro parcialmente o pedido de tutela de urgência para o fim de determinar que, mediante o depósito judicial dos valores exigidos pelo METRÔ (fl. 77), até o julgamento dos presentes embargos de declaração, (i) o METRÔ se abstenha de efetuar o desligamento ou interferir no regular funcionamento da malha de fibra óptica utilizada pela TIM S.A.; (ii) a TIM S.A. seja autorizada a continuar utilizando as salas técnicas, equipamentos e acessórios previstos no Contrato de

Concessão de Uso nº 0057928804, mediante o pagamento da contraprestação mensal, além do pagamento dos valores referentes à energia elétrica utilizada; e (iii) os funcionários da TIM S.A. sejam autorizados a acessar as instalações do METRÔ, mediante prévia solicitação, para que sejam realizadas toda a manutenção necessária para o regular funcionamento do sistema.

Entendo que a liminar deferida pela instância de origem deve ser ratificada por seus próprios fundamentos, ao menos até o julgamento do recurso especial, dada a excepcionalidade do caso concreto, considerando-se a informação de que o desligamento da malha de fibra óptica da parte recorrente colocará em risco a integridade do serviço público de telefonia, atingindo milhares de usuários.

Por outro lado, os termos postos pela Corte Estadual, que condicionou o deferimento da tutela de urgência ao depósito judicial dos valores exigidos pelo Metrô, é medida de contracautela que resguarda os interesses econômicos da parte recorrida, afastando a ocorrência do perigo na demora em reverso.

Também merece realce a relevância da argumentação apresentada no recurso especial, seja no tocante aos vícios de fundamentação suscitados no apelo, seja quanto à própria finalidade do regramento constante do art. 12 da Lei Geral de Antenas, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo STF no julgamento da ADI 6482, nos termos sintetizados na seguinte ementa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 12, *CAPUT*, DA LEI 13.116/2015. INSTALAÇÃO DE INFRAESTRUTURA E DE REDES DE TELECOMUNICAÇÕES. GRATUIDADE 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. CONTEXTO REGULATÓRIO SETORIAL DA NORMA IMPUGNADA. CONSTITUCIONALIDADE FORMAL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE TELECOMUNICAÇÕES. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA EDITAR NORMAS GERAIS DE LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA. CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA EFICIÊNCIA, DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. RESTRIÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE DOS ESTADOS VOLTADA À GARANTIA DA PRESTAÇÃO E DA UNIVERSALIZAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL. NORMA QUE IMPÕE RESTRIÇÃO ADEQUADA, NECESSÁRIA E PROPORCIONAL EM SENTIDO ESTRITO AO DIREITO DE PROPRIEDADE DOS ESTADOS E DOS MUNICÍPIOS. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE.

1. O Setor Brasileiro de Telecomunicações passou por importantes mudanças na década de 1990, com a aprovação da Emenda Constitucional 8/1995 e da Lei 9.472/1997, que promoveram a liberalização do setor e a privatização do sistema Telebras. A expansão do acesso à internet de alta velocidade tem empurrado as políticas de telecomunicações da década de 1990 para um verdadeiro “ponto de inflexão” (inflection point). (COWHEY, Peter F.; ARONSON, Jonathan D. Transforming Global Information and Communication Markets: The Political Economy of Innovation. Cambridge,

Massachusetts: The MIT Press, 2011, p. 8 e 10–11). Ainda que intuitivamente a internet seja considerada um espaço livre e desregulado, a conexão dos usuários à rede depende da prestação de serviços de telecomunicações e da interação entre agentes econômicos que atuam de forma verticalmente integrada entre a camada física composta pela gestão de infraestrutura de telecomunicações, a camada de protocolo e a camada de conteúdos e de aplicações. (BENJAMIN, Stuart Minor et al. Telecommunications Law and Policy. 3a. Durham: Carolina Academic Press, 2012, p. 717-721). Daí porque a doutrina assenta que “o fenômeno Over-The-Top (OTT) passa a demandar a remodelagem de políticas de incentivo ao investimento em infraestrutura de redes de alta velocidade, as quais se mostram essenciais não apenas para a viabilidade desses modelos de negócios, mas para a garantia dos incentivos à inovação no âmbito do setor de Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC)”. (FERNANDES, Victor Oliveira. Regulação de Serviços de Internet: desafios da regulação de aplicações Over-The-Top (OTT), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 36).

2. No caso do setor de telecomunicações, a atribuição da titularidade pela prestação dos serviços públicos à União (art. 21, inciso XI, da CF) tem como contrapartida o reconhecimento de uma federalização ampla das relações jurídicas que permeiam a prestação desses serviços. Do próprio conceito legal, extrai-se que “telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza” (art. 60, § 1º, da Lei 9.472/1997). A disciplina jurídica de toda e qualquer forma de transmissão de sinais voltada à prestação de um serviço de telecomunicações revolve matéria afeta à competência legislativa da União, tal qual o direito de passagem e uso para a instalação de infraestrutura de rede.

3. O Supremo Tribunal Federal decidiu que a edição da Lei 13.116/2015 se insere no âmbito da competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações (art. 22, inciso IV, CF/88) e materializa uma decisão de afastar a possibilidade de os Estados e Municípios legislar sobre a matéria (ADI 3.110, Relator Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 4.5.2020, DJe 10.6.2020; ADPF 731, Relator(a): Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 21/12/2020, DJe 10-02-2021). A disciplina da gratuidade do direito de passagem prevista no art. 12, *caput*, da Lei 13.166/2015 divisou a necessária uniformização nacional, sobretudo em um setor econômico como o de telecomunicações, em que a interconexão e a interoperabilidade das redes afiguram-se essenciais.

4. A interpretação sistemática da Lei 13.116/2015, sobretudo naquilo que complementada pelo seu regulamento, revela, na realidade, zelo do legislador de, ao mesmo tempo, uniformizar a gratuidade do direito de passagem no âmbito nacional e respeitar o exercício das competências administrativas dos poderes concedentes locais, preservando-se a competência da União de legislar sobre normas gerais em matéria de licitações e contratos administrativos (art. 22, inciso XXVII, da CF).

5. O art. 12, *caput*, da Lei 13.116/2015 institui verdadeiro ônus real sobre o direito de propriedade dos bens de Estados e Municípios nas vias públicas, faixas de domínio e outros bens públicos de uso comum do povo. Dado que o direito de propriedade não se revela de caráter absoluto, essa restrição “pode ser admitida constitucionalmente

quando decorrer da necessidade de prestação de serviço público no interesse da coletividade. Este privilégio ainda se reveste da maior importância quando se trata de ocupação de bens públicos de qualquer natureza quando esta ocupação for indispensável à própria exploração do serviço”. (CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Tratado de Direito Administrativo, vol. IV. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1943, p. 404-405).

6. A natureza constitucional dos serviços públicos de telecomunicações (art. 21, inciso XI, da CF/88) não foi desconstituída pela simples previsão legal de que tais serviços podem ser prestados no regime privado por meio de autorização (art. 62 da Lei 9.472/1997). A forma de delegação do serviço não é o fator unicamente determinante à definição de sua natureza econômica, já que “não é pelo fato de a lei ou o regulamento se referir nominalmente a ‘autorização’ que, como em um passe de mágica, a atividade deixa de ser serviço público (ou monopólio público), para ser uma atividade privada”. ARAGÃO, Alexandre dos Santos. O Direito dos Serviços Públicos. 3ª Ed. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2013, p. 695). O fato de o Poder Constituinte de Reforma ter mantido sob a responsabilidade da União a titularidade da prestação dos serviços de telecomunicações (art. 21, inciso XI, da CF/88) torna incontroverso que esses serviços apresentam natureza de serviço público.

7. A restrição ao direito real de propriedade imposta pelo art. 12, *caput*, da Lei 13.116/2015 afigura-se adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Sob o ponto de vista da adequação, as dificuldades históricas de harmonização da disciplina normativa sobre a implantação da infraestrutura de telecomunicações, aliada à extensão da competência privativa da União para legislar sobre a matéria, convergem para o juízo de que a edição de uma lei federal sobre o tema é a medida mais adequada para a finalidade da norma. Sob o ponto de vista da necessidade, não haveria meio menos gravoso para assegurar a finalidade da norma, uma vez que, mesmo que se cogitasse de deixar ao poder dos Estados e dos Municípios a fixação de um valor pelo uso da faixa de domínio, essa opção poderia gerar distorções na política regulatória nacional dos serviços de telecomunicações. Por fim, sob o ponto de vista da proporcionalidade em sentido estrito, verifica-se que tanto a lei federal quanto o seu regulamento previram salvaguardas de modo a evitar o total aniquilamento do direito real em jogo, tais como a ressalva de que a gratuidade não afeta obrigações indenizatórias decorrentes de eventual dano efetivo ou de restrição de uso significativa e a previsão de que a gratuidade será autorizada pelos órgãos reguladores sob cuja competência estiver a área a ser ocupada ou atravessada.

8. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

(ADI 6482, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/02/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-097 DIVULG 20-05-2021 PUBLIC 21-05-2021).

A princípio, não há distinção hábil a justificar tratamento jurídico diferenciado entre os concessionários de rodovias e os concessionários do serviço de metrô, quando se está diante da submissão de interesses meramente econômicos às políticas de fomento ao investimento em infraestrutura de redes de alta velocidade e de melhoria do serviço de telecomunicações, que consubstanciam, em última análise, instrumentos para a realização do direito de acesso à informação.

Logo, deve ser mantida a liminar deferida pela Corte de origem, em todos

os termos e condições.

Ante o exposto, ratifico a liminar deferida pela instância de origem e defiro o pedido de atribuição de efeito suspensivo ativo ao recurso especial, assegurando o direito da parte recorrente de, por meio do depósito judicial dos valores exigidos pelo Metrô, continuar a utilizar a rede de fibra óptica instalada no subsolo explorado pela parte recorrida e executar os serviços de manutenção correlatos, bem como ter acesso às respectivas salas técnicas, equipamentos e acessórios, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Remetam-se os autos para parecer do Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 07 de abril de 2022.

Ministro OG FERNANDES

Relator