



CEZD

Nº 70060242732 (Nº CNJ: 0216836-69.2014.8.21.7000)  
2014/CÍVEL

**APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE PERMISSÃO ONEROSA DE USO. SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. RODOVIA BR-290. FAIXA DE DOMÍNIO ADMINISTRADA PELA CONCEPA. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO.**

Não obstante a previsão do art. 23-A da Lei nº 8.987/95, pelo qual o contrato de concessão poderá prever o emprego de arbitragem, não envolvendo a causa direitos patrimoniais disponíveis, mas matéria atinente a bem de uso comum do povo, correta a sentença ao afastar a prefacial de extinção do processo sem resolução de mérito devido à existência de cláusula de arbitragem

Arts. 1º e 25 da Lei nº 9.307/96 (Lei da Arbitragem).

As faixas de domínio público de vias públicas constituem bens de uso comum do povo.

Precedente do STJ.

**INCLUSÃO DA UNIÃO NO POLO PASSIVO. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE INTERESSE.**

Ausente interesse manifesto da União para figurar no processo, incorre o deslocamento da competência para a Justiça Federal.

Súmula 61 do extinto TFR.

Interpretação da Súmula 150 do STJ.

Precedentes do TJRS.

**FAIXAS DE DOMÍNIO DE RODOVIA. BEM DE USO COMUM. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO DE TELECOMUNICAÇÕES. COBRANÇA. IMPOSSIBILIDADE.**

As faixas de domínio público de rodovias públicas constituem bem de uso comum do povo, de propriedade da União, não afastada em razão de concessão, impossibilitando-se a exigência de valores pela utilização para passagem de dutos e cabos de telecomunicações em face de concessionária de serviço público.

Competência da União definida nos arts 21, XI, e 22, IV, da Constituição Federal.

RE 581947, com repercussão geral.

Precedentes do STF, STJ e TJRS.

**Apelação a que se nega seguimento.**

APELAÇÃO CÍVEL

VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA  
CÍVEL



CEZD

Nº 70060242732 (Nº CNJ: 0216836-69.2014.8.21.7000)  
2014/CÍVEL

Nº 70060242732 (Nº CNJ: 0216836-69.2014.8.21.7000) COMARCA DE SANTO ANTÔNIO DA PATRULHA

CONCEPA - CONCESSIONÁRIA DA APELANTE  
RODOVIA OSÓRIO PORTO ALEGRE S.A.

TNL PCS S.A. APELADA

## DECISÃO MONOCRÁTICA

Vistos etc.

TNL PCS S.A., sucessora de PEGASUS TELECOM, ajuizou ação ordinária com pedido de antecipação de tutela contra CONCESSIONÁRIA DA RODOVIA OSÓRIO PORTO ALEGRE S.A.- CONCEPA, havendo a prolação de sentença com o seguinte dispositivo, fls. 290v-291:

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido formulados por TNL PCS S.A. contra CONCESSIONÁRIA DA RODOVIA OSÓRIO PORTO ALEGRE S.A.- CONCEPA para o efeito de: (a) declarar a nulidade do contrato de permissão onerosa de uso da rodovia BR-290, no trecho administrado pela demandada, e (b) reconhecer o direito de uso, pela autora, das faixas de domínio da BR-290 (mesmo trecho), para instalação e manutenção dos equipamentos necessários à prestação do serviço de telecomunicações, sem a estipulação de remuneração de qualquer natureza.

Sucumbente, a requerida suportará o pagamento da totalidade das custas processuais e dos honorários advocatícios, que estabeleço em 10% do valor atribuído à causa, considerando a simplicidade da causa e com base no art. 20, § 4º, do CPC.

Tendo em vista o conteúdo da presente decisão, defiro o pedido de antecipação de tutela, formulado à fl. 30, determinando que a demanda se abstenha de exigir qualquer importância pecuniária pelo uso das faixas de domínio da Rodovia BR-290, na extensão de sua



CEZD

Nº 70060242732 (Nº CNJ: 0216836-69.2014.8.21.7000)

2014/CÍVEL

administração, abstendo-se de criar embaraço ao acesso, instalação e manutenção dos equipamentos necessários à prestação do serviço de telecomunicações.

Inconformada, apela a CONCEPA. Argumenta que o contrato contém convenção de arbitragem, ensejando a extinção do processo sem resolução de mérito, afastando a sentença tal previsão, por entender que a matéria é atinente a uso comum do povo, do que não se trata, além de a Lei das Concessões possibilitar a arbitragem (art. 23-A da Lei nº 8.987/95). Aponta aplicação equivocada de precedente do STF, atinente a outra questão, RE 581947, para sustentar inconstitucional a cobrança pelo uso da faixa de domínio da rodovia, detendo o precedente controvérsia de natureza tributária, além de envolver dois entes públicos, enquanto no caso dos autos examina-se relação privada. Assevera não se tratar de servidão administrativa, como constou na sentença, mas de receita prevista no contrato e no art. 11 da Lei nº 8.987/95, de legalidade reconhecida. Sustenta que a não implica em usurpação de competência exclusiva da União, observada a Lei nº 8.987/95, art. 11; a Lei nº 9.472/97, art. 73; a Portaria nº 944 do DNER; e o contrato de concessão firmado entre a apelante e a União (DNIT).

Expõe que por motivos de comodidade e conveniência da apelada esta passou cabos de fibra ótica pela faixa de domínio da rodovia concedida, há mais de onze anos comprometendo-se ao pagamento. Preliminarmente, consigna que a sentença afastou o compromisso arbitral baseando-se em premissa equivocada, pois a passagem de cabos e dutos pelas faixas marginais das rodovias caracteriza uso especial de bem público, e não uso comum, tratando-se de passagem de cabos de uma empresa privada pela faixa de domínio de rodovia. Argumenta que mesmo que se tratasse de uso comum de bem público, seria possível a resolução por arbitragem, a teor do art. 23-A da Lei nº 8.987/95, observada a cláusula 18.2



CEZD

Nº 70060242732 (Nº CNJ: 0216836-69.2014.8.21.7000)

2014/CÍVEL

do contrato, envolvendo a controvérsia interesses patrimoniais de duas empresas privadas, e, havendo convenção de arbitragem, impositiva a extinção do processo, nos termos do art. 267, VII, do CPC. Caso não acolhida a preliminar, pretende seja o poder concedente (ANTT, representada pela União), trazido ao polo passivo, declinando-se da competência para a Justiça Federal, com a anulação da sentença.

No mérito, enfatiza que o caráter oneroso do uso da faixa de domínio não decorre de mera convenção entre particulares, mas de exigência de lei e de determinação do poder concedente, que impõe a cobrança. Salienta não se tratar do pagamento de indenização decorrente de prejuízo (responsabilidade civil), mas da observância de regras específicas impostas para o uso da faixa de domínio, que exigem observância de seu caráter oneroso, conforme o art. 73 da Lei nº 9.742/97 (Lei Geral das Telecomunicações), pelo qual o direito de uso de servidões de passagem por concessionárias de telecomunicações será exercido mediante remuneração àquele que cede o espaço para as instalações de postes, dutos e condutos, sendo situações não equiparáveis, além de o artigo citado determinar que aquele que cede espaço para as servidões de passagem o faça de forma não discriminatória e a preços justos e razoáveis, onerosidade que decorre do uso especial de bem público. Refere ter sido notificada pelo Poder Concedente para a revisão e regularização das situações de cobrança, a fim de que a receita passe a repercutir no pedágio, reduzindo seu valor, recebendo ofício do DNER, hoje substituído pela ANTT.

Discorre sobre a exigência do Poder Concedente e a legalidade da cobrança, inaplicável o precedente do STF, no caso dos autos não se estando a fazer uso de bem público para a finalidade a que ele se destina, pretendendo a recorrida se aproveitar da faixa de domínio da rodovia para nela instalar seus equipamentos e auferir lucros, devendo a concessionária recorrida pagar por ser a efetiva beneficiária da utilização.



CEZD

Nº 70060242732 (Nº CNJ: 0216836-69.2014.8.21.7000)  
2014/CÍVEL

Reporta-se ao Decreto nº 84.398/80, asseverando que o Parecer AGU invocado pela recorrida versa sobre energia elétrica, ao passo que o caso envolve telecomunicações, de natureza distinta.

Assevera que a apelada dispunha de outros meios e locais para instalar seus dutos e cabos, mas preferiu utilizar a faixa de domínio da BR-290, que dispunha de infraestrutura e facilidade de acesso, tratando-se de oportunidade e conveniência. Aponta diferença entre as situações, pois a taxa municipal cobrada em Rondônia é arrecadada como tributo, destinada aos cofres do Município, e os valores contratados com a recorrida tem por fim a garantia da modicidade tarifária. Salaria que o acórdão do STF ainda não transitou em julgado. Enfatiza que a cobrança por uso da faixa de domínio da rodovia BR-290 é imposição da própria União, a ser cumprida pela recorrente, não havendo usurpação de competência, definida a onerosidade da utilização pelo art. 73 da Lei nº 9.472/97, que rege os serviços de telecomunicações, constando no art. 11 da Lei nº 8.987/95 a existência de receitas alternativas que favoreçam a modicidade das tarifas, disciplinada a questão pela Portaria nº 944/2001 do DNER. Requer o provimento da apelação.

As contrarrazões propugnam pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Nego seguimento à presente apelação, forte no art. 557, “caput”, do CPC, uma vez que se trata de recurso manifestamente improcedente, devendo ser mantida a sentença hostilizada.

Primeiramente, cumpre referir que a sentença foi correta ao afastar a prefacial de extinção do processo sem resolução de mérito devido à existência de cláusula de arbitragem - cláusula 18.2, fl. 65 - (art. 267, VII,



CEZD

Nº 70060242732 (Nº CNJ: 0216836-69.2014.8.21.7000)  
2014/CÍVEL

do CPC), uma vez que, não obstante a previsão do art. 23-A da Lei nº 8.987/95 (“O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.”), a causa não envolve direitos patrimoniais disponíveis, porquanto a matéria é atinente a bem de uso comum do povo – serviço de telecomunicações –, envolvendo interesse da coletividade, portanto difuso e indisponível.

A utilização da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis consta na própria Lei nº 9.307/96 (Lei da Arbitragem), conforme se verifica:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a **direitos patrimoniais disponíveis**.

Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem **controvérsia acerca de direitos indisponíveis** e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral **remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário**, suspendendo o procedimento arbitral.

Conforme já decidiu o STJ, “*naturalmente não seria todo e qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles conhecidos como “disponíveis”, porquanto de natureza contratual ou privada.* 6. A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado “interesse público secundário”. *Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau.*” (AgRg no MS 11.308/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 28/06/06, DJ 14/08/06, p. 251).



CEZD

Nº 70060242732 (Nº CNJ: 0216836-69.2014.8.21.7000)  
2014/CÍVEL

A possibilidade de acarretar prejuízo aos administrados impede, de qualquer forma, a adoção da cláusula de arbitragem.

Acerca da utilização dos bens públicos, Hely Lopes Meirelles, em *Direito Administrativo Brasileiro*, 27ª ed., p. 439, Malheiros Editores, São Paulo, 1997, traz que “Uso comum do povo é *todo aquele que se reconhece à coletividade em geral sobre os bens públicos, sem discriminação de usuários ou de ordem especial para sua fruição. É o uso que o povo faz das ruas e logradouros públicos (...).*”, nesta categoria se inserindo a rodovia de propriedade da União, sob responsabilidade e administração da apelada a partir de contrato de concessão, sob guarda e vigilância da concessionária, circunstância que não descaracteriza o público.

Veja-se o que dispõem os arts. 98 e 99, I, do Código Civil:

Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

Inafastável, portanto, o enquadramento das rodovias como bens de uso comum do povo.

A argumentação da recorrente resta afastada a partir do entendimento do STF, no sentido de que “*As faixas de domínio público de vias públicas constituem bem público, inserido na categoria dos bens de uso comum do povo.*”, segundo assentado no RE 581947, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/10, repercussão geral - mérito DJe-159 divulg 26-08-10 public 27-08-10.

Correto, de outra parte, o indeferimento do pedido de inclusão da União no processo, e conseqüente declinação da competência para a



CEZD

Nº 70060242732 (Nº CNJ: 0216836-69.2014.8.21.7000)  
2014/CÍVEL

Justiça Federal, pois, intimada a União para que manifestasse eventual interesse na causa, deixou de se manifestar, conforme certidão de fl. 281v.

Oportuno salientar, no ponto, o teor da Súmula 61 do extinto TFR, nos termos da qual *“Para configurar a competência da justiça federal, e necessário que a união, entidade autárquica ou empresa pública federal, ao intervir como assistente, demonstre legítimo interesse jurídico no deslinde da demanda, não bastando a simples alegação de interesse na causa.”*, no caso concreto não demonstrando a União qualquer tipo de interesse no processo, circunstância que impede seja incluída no polo passivo.

Cumprе ressaltar, ainda, a inaplicabilidade da Súmula 150 do STJ, pela qual *“Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas.”*, uma vez que inexistente manifestação da União para ingressar no feito, a justificar o pretenso deslocamento da competência para a Justiça Federal.

Neste sentido:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE. ALEGAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO COM A UNIÃO. REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA FEDERAL. DESCABIMENTO. Em se tratando de alegação de litisconsórcio passivo necessário com a União deduzida pelo Estado, em demanda na qual se discute o direito da parte autora quanto ao fornecimento de medicamentos, compete à Justiça Estadual decidir a questão, cingindo-se a hipótese de remessa dos autos à Justiça Federal para aquelas situações em que a própria União, entidade autárquica ou empresa pública federal manifestam seu interesse na causa, na esteira do enunciado da Súmula 150 do STJ. (Agravo de Instrumento Nº 70038966818, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 24/09/2010)



CEZD

Nº 70060242732 (Nº CNJ: 0216836-69.2014.8.21.7000)  
2014/CÍVEL

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ENERGIA ELÉTRICA. PIS. COFINS. (...) 3. DESNECESSIDADE DE REMESSA À JUSTIÇA FEDERAL PARA DELIBERAR. 3.1 Quando o interesse da União e/ou respectivas entidades é sustentado por elas próprias (comparecem espontaneamente no processo), a Justiça Estadual envia à Federal para que decida eventual exclusão. 3.2 Quando tal é sustentado por terceiro, não gera *ipso facto* a necessidade de remessa à Justiça Federal para decidir a respeito da inclusão, sob pena de a Justiça Estadual ficar à mercê de manuseios processuais marotos. 3.3 Compete-lhe, sim, deliberar acerca da existência, ou não, de tal interesse, e, o fazendo pela existência, ordenar a remessa à Justiça Federal que, por sua vez, com autonomia, poderá, assim como na intervenção espontânea, fazer a exclusão e devolver à Estadual. Exegese do art. 109, I, da CF. 4. Agravo desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 70030574826, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Irineu Mariani, Julgado em 12/08/2009)

Passo ao exame do mérito.

Com efeito, a ação tem por objeto a nulidade de contrato de permissão onerosa de uso firmado entre a CONCESSIONÁRIA DA RODOVIA OSÓRIO PORTO ALEGRE S.A.- CONCEPA e PEGASUS TELECOM S.A., sucedida por TNL PCS S.A., fl. 55 e seguintes, tendo por objeto a cessão, pela CONCEPA à PEGASUS, em caráter oneroso, de direito de passagem, devendo a PEGASUS remunerar a CONCEPA e entregar-lhe uma infraestrutura (a teor do objeto, cláusula primeira, fl. 56).

Sustenta a demandante que a ré administra as faixas de domínio da BR-290, necessárias à prestação de serviços de telecomunicação em diversas localidades de atuação da autora, não havendo outro meio para instalação de seus equipamentos e nem outro caminho viável para cabos e dutos, obrigando a demandante à utilização das faixas da rodovia administrada pela ré, tratando-se de verdadeiro monopólio, submetendo-se às exigências da CONCEPA sob pena de sofrer penalidades



CEZD

Nº 70060242732 (Nº CNJ: 0216836-69.2014.8.21.7000)  
2014/CÍVEL

decorrentes do não cumprimento de obrigações junto à ANATEL, aproveitando-se a ré da condição de única administradora para impor condições excessivas, ilegais e inconstitucionais.

Pretende seja reconhecido o direito de acesso e uso das faixas de domínio da rodovia administrada pela ré, sem imposição de qualquer ônus, o que restou acolhido pela sentença, que declarou a nulidade do contrato e o direito de uso, pela autora, das faixas de domínio em questão, para instalação e manutenção dos equipamentos necessários à prestação do serviço de telecomunicações, sem qualquer remuneração.

Como é cediço, *“Pela concessão o poder concedente não transfere propriedade alguma ao concessionário, nem se despoja de qualquer direito ou prerrogativa pública. Delega apenas a execução do serviço, nos limites e condições legais ou contratuais, sempre sujeita a regulamentação e fiscalização do poder concedente.”*, na lição de Hely Lopes Meirelles, obra citada, p. 341.

Logo, em pertencendo as rodovias e suas faixas marginais à União, a instalação e manutenção de equipamentos necessários à prestação dos serviços de telecomunicações pela demandante, sem a estipulação de remuneração de qualquer natureza há de ser assegurada.

Tratando-se de serviço público de telecomunicação – não obstante concedido -, a utilização, neste caso reverte em favor da coletividade, impedindo a cobrança de qualquer importância pelo uso das faixas de domínio, descabida a instituição de taxa, uma vez que inócua o exercício de poder de polícia pela concessionária, observado o conceito do art. 78 do CTN.

Não prospera a argumentação referente à vinculação entre a remuneração em exame e a modicidade tarifária, tendo em vista o art. 11 da Lei nº 8.987/95:



CEZD

Nº 70060242732 (Nº CNJ: 0216836-69.2014.8.21.7000)

2014/CÍVEL

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.

Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Isto porque a cláusula 75 do contrato de Concessão de Obra Pública entre a União, por intermédio do DNER, e a CONCEPA, fl. 111 e seguintes, quanto às fontes de receitas complementares claramente dispõe, fl. 133:

75. As receitas complementares advirão, basicamente, da implementação de projetos comerciais associados à concessão; essas receitas complementares não se incorporam, para nenhum efeito, às receitas da concessão, nem devem ser consideradas para o efeito de reajuste ou revisão da TARIFA BÁSICA DE PEDÁGIO.

Vedada, contratualmente, a utilização de receitas complementares para o cálculo do pedágio, a cobrança à autora não beneficiaria os usuários, caindo por terra a argumentação da demandada a este respeito.

Oportuno salientar o teor do art. 1º do Decreto nº 84.398/80, que dispõe sobre a ocupação de faixas de domínio de rodovias e de terrenos de domínio público e a travessia de hidrovias, rodovias e ferrovias, por linhas de transmissão, subtransmissão e distribuição de energia elétrica:

Art. 1º - **A ocupação de faixas de domínio de rodovias**, ferrovias e de terrenos de domínio público, e a travessia de hidrovias, rodovias, ferrovias, oleodutos e linhas de transmissão de energia elétrica



CEZD

Nº 70060242732 (Nº CNJ: 0216836-69.2014.8.21.7000)  
2014/CÍVEL

de outros concessionários, por linhas de transmissão, subtransmissão e distribuição de energia elétrica de concessionários de serviços públicos de energia elétrica, serão autorizadas pelo órgão público federal, estadual ou municipal ou entidade competente, sob cuja jurisdição estiver a área a ser ocupada ou atravessada. (Redação dada pelo Decreto nº 86.859, de 1982)

Parágrafo único - Para os fins do disposto neste artigo, será considerada entidade competente a pessoa física ou jurídica que, em razão de concessão, autorização ou permissão, for titular dos direitos relativos à via de transporte, auto ou linha a ser atravessada, ou a ter a respectiva faixa de domínio ocupada. (Incluído pelo Decreto nº 86.859, de 1982)

Art. 2º - Atendidas as exigências legais e regulamentares referentes aos respectivos projetos, as autorizações serão por prazo indeterminado e **sem ônus para os concessionários de serviços públicos de energia elétrica.**

Tratando-se de concessão de serviços públicos de telefonia, o mesmo raciocínio há de ser aplicado.

Correta, ainda, a sentença ao consignar que *“mesmo em se tratando de instituição de servidão administrativa para instalação de equipamentos no subsolo, só é admitido o pagamento de indenização a particular em caso de efetivo prejuízo a seu proprietário. No caso em tela, trata-se da utilização da faixa de domínio de rodovia concedida a particular, ou seja, bem de uso comum que deve se sujeitar a eventual restrição decorrente da instalação no solo de equipamentos necessários a prestação de serviço público.”*, fl. 290.

A questão restou assentada pelo STF no julgamento do RE 581947, com repercussão geral:

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



CEZD

Nº 70060242732 (Nº CNJ: 0216836-69.2014.8.21.7000)

2014/CÍVEL

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: Min. 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)

Bem se apontou no julgamento do Pretório Excelso, ainda, acerca da usurpação da competência constitucionalmente prevista da União



CEZD

Nº 70060242732 (Nº CNJ: 0216836-69.2014.8.21.7000)  
2014/CÍVEL

para explorar os serviços de telecomunicações, bem como legislar sobre a matéria:

Art. 21. Compete à União:

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

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

Dentre os fundamentos adotados, consignou o Ministro Relator:

As empresas prestadoras de serviços de geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica incumbe o dever-poder de prestar o serviço público de que se trata. Para tanto — ou seja, a fim de que possam desincumbir-se do dever-poder que as vincula — 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.

A servidão administrativa ou pública consubstancia um direito limitativo do Estado, definindo-se como uma restrição imposta ao particular quanto ao exercício do seu direito de propriedade sobre determinado bem. Dai dizermos que a servidão administrativa ou pública incide sobre a propriedade privada. Não conduzindo a extinção de direitos, a constituição de servidões administrativas [ou públicas] não acarreta, em princípio, o dever de indenizar, salvo disposição legal expressa em contrário.

A recorrida, concessionária da prestação de serviço público, faz uso fundamentalmente, a fim de que possam prestá-lo, do espaço sobre o solo de faixas de domínio público de vias públicas, no qual instala equipamentos necessários a prestação de serviços de transmissão e distribuição de energia elétrica. Por esse uso é que o Município de Ji-Paraná pretende ser remunerado mediante o recebimento de uma taxa. Sucede que essas faixas de domínio público de vias públicas constituem bem público, inserido na categoria dos bens de uso comum do povo; é do espaço sobre o solo dessas faixas de domínio público que aquelas empresas fazem uso.

(...)



CEZD

Nº 70060242732 (Nº CNJ: 0216836-69.2014.8.21.7000)  
2014/CÍVEL

Tamanha, no entanto, 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.

Entende-se por uso comum, de outra parte — este é o ensinamento de PORSTHOPP --- o uso de um bem que, sem autorização especial, é acessível a todos ou a pelo menos a um conjunto não individualizado de pessoas.

Isso poderia inicialmente nos levar a afirmar ser descabida a pretendida cobrança de remuneração pelo uso desses bens, de uso comum do povo. Contra tanto alguém poderá dizer que a recorrida, prestadora de serviço público, faz uso especial — e não uso comum — dos bens de uso comum. Isso porque deles não se vale para exercer o direito a circulação, que, como observa JOSÉ AFONSO DA SILVA "é a manifestação mais característica do direito de locomoção, direito de ir e vir e também de ficar (estacionar, parar) assegurado pela Constituição Federal", mas sim para, em seu solo e espaço aéreo, instalar equipamentos atinentes à prestação de serviço público. Por isso justificar-se-ia a cobrança de um preço por esse uso. Aqui, no entanto, uma vez mais caberia vigorosa contradita, esgrimida desde a afirmação de que a recorrida poderia, se propriedade particular fossem as áreas correspondentes a esses bens de uso comum do povo, obter declaração de utilidade pública de seu solo pelo poder concedente, a fim de constituir servidões administrativas suficientes para permitir aquele uso especial independentemente do pagamento de qualquer remuneração.

Tais fundamentos encontram perfeita aplicação ao caso em  
exame.

De igual sorte:

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



CEZD

Nº 70060242732 (Nº CNJ: 0216836-69.2014.8.21.7000)  
2014/CÍVEL

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.

(RE 494163 AgR, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 22/02/2011, DJe-048 DIVULG 14-03-2011 PUBLIC 15-03-2011 EMENT VOL-02481-01 PP-00178)

Oportuno salientar que o RE 494163, que reafirma o entendimento do RE 581.947, transitou em julgado, com baixa definitiva dos autos 20/06/11 ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, conforme se verifica mediante consulta ao andamento processual, assentando a orientação do STF a respeito do tema e afastando a argumentação da recorrente neste ponto.

Na oportunidade, assentando a aplicabilidade do RE 581947 ao setor de telecomunicações, por se tratar de agravo interposto em face de TELCOMP – Associação Brasileira dos Serviços de Telecomunicações Competitivas, assentou a Ministra Relatora a irrelevância de eventual distinção com a legislação de regência dos serviços de energia elétrica.

Tal entendimento afasta argumentação deduzida pela recorrente, conforme se verifica:

Assim, e irrelevante eventual distinção entre as legislações de regência dos setores de energia e telecomunicações. Isso porque o caso dos autos se refere a cobrança de retribuição pecuniária pela instalação de equipamentos necessários a prestação de serviço público em bens de uso comum do povo, hipótese idêntica àquela ocorrente no citado RE.

Alem disso, o fato de a Lei 9.472/1997 estabelecer um sistema de competitividade no setor de telecomunicações, como diz o agravante, não tem o condão de, por si só, afastar a aplicação, ao caso, do citado



CEZD

Nº 70060242732 (Nº CNJ: 0216836-69.2014.8.21.7000)  
2014/CÍVEL

precedente do Plenário, sendo ainda certo que essa matéria possui evidente índole infraconstitucional.

Na mesma linha, AI 834571/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 01/02/11, tendo como partes Brasil Telecom S/A e o Município de Igrejinha:

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto de acórdão, cuja ementa segue transcrita: “APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. UTILIZAÇÃO DE BEM PÚBLICO POR PARTICULAR. COBRANÇA DE PREÇO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU INCONSTITUCIONALIDADE. I – Todos os bens públicos são passíveis de uso especial por particulares, mediante contrato ou ato unilateral da administração. Ninguém tem direito natural a uso especial de bem público. II – A concessionária do serviço público deve se submeter à legislação municipal para ocupação de vias públicas e sujeitar-se à retribuição pecuniária se assim for exigido. Competência legislativa se contém no art. 103 do Código Civil. III – Decisão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça reconhecendo a Constitucionalidade da Lei Municipal nº 3.242/2002 que estabelece a remuneração pela ocupação de bem público. Legalidade da cobrança. Apelação desprovida” (fl 407). No RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição, alegou-se, em suma, ofensa aos arts. 5º, LIV, 21, XI, 22, IV, 93, IX, e 175 da mesma Carta. O agravo merece acolhida. Isso porque o acórdão recorrido está em dissonância com o entendimento firmado por esta Corte no RE 581.947/RO no sentido de que a cobrança de retribuição pecuniária pelo uso e ocupação de solo e espaço aéreo por concessionária de serviço público seria inconstitucional. Nesse sentido trago à colação a ementa do referido recurso: “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



CEZD

Nº 70060242732 (Nº CNJ: 0216836-69.2014.8.21.7000)

2014/CÍVEL

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." Isso posto, dou provimento ao agravo de instrumento para, desde logo, conhecer do recurso extraordinário e dar-lhe provimento (CPC, art. 544, § 3º e § 4º). Honorários a serem fixados pelo Juízo de origem, nos termos da legislação processual. Publique-se. Brasília, 1º de fevereiro de 2011. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI - Relator - (AI 834571, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 01/02/2011, publicado em DJe-032 DIVULG 16/02/2011 PUBLIC 17/02/2011)

O mesmo é o posicionamento do STJ, conforme se verifica:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL; BENS PÚBLICOS. USO DE SOLO, SUBSOLO E ESPAÇO



CEZD

Nº 70060242732 (Nº CNJ: 0216836-69.2014.8.21.7000)  
2014/CÍVEL

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)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. REMUNERAÇÃO MENSAL PELO USO DAS VIAS PÚBLICAS INSTITUÍDA POR LEI MUNICIPAL. NATUREZA JURÍDICA. PREÇO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA.

(...)

2. Cuida-se, originariamente, de Mandado de Segurança impetrado por concessionária de serviço público de telefonia contra ato do Secretário Municipal da Fazenda do Município de Porto Alegre/RS, em razão da exigência, nos termos do art. 4º da Lei Municipal 8.712/2001, de pagamento de remuneração mensal pelo uso das vias públicas para instalação de seus equipamentos de telecomunicações.

3. O Tribunal a quo posicionou-se na compreensão de que a discutida remuneração é destituída da natureza jurídica de taxa, uma vez que não há, por parte do Município, o exercício do poder de polícia, nem a prestação de quaisquer serviços públicos. Concluiu, por outro lado, que, em se tratando "de remuneração



CEZD

Nº 70060242732 (Nº CNJ: 0216836-69.2014.8.21.7000)  
2014/CÍVEL

pelo uso da propriedade de bens públicos, como é o caso, fica evidente tratar-se de preço público" (fl. 572).

4. Ocorre que, contrariamente ao que decidiu a Corte de origem, tampouco se cogita natureza jurídica de preço público, pois a cobrança deste derivaria de serviço de caráter comercial ou industrial prestado pela Administração. Hipótese que não se vislumbra no presente caso, que trata tão-somente de utilização das vias públicas para a prestação de serviço em favor da coletividade, qual seja a telefonia. Precedentes do STJ.

5. Evidente, portanto, a ilegitimidade da cobrança da remuneração prevista na Lei 8.712/2001 do Município de Porto Alegre/RS, por carecer de natureza jurídica de taxa ou de preço público.

6. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(REsp 897296/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 31/08/2009)

De igual sorte, precedentes deste Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. BENS PÚBLICOS. USO. RETRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA. COBRANÇA. IMPOSSIBILIDADE. O município não pode exigir de concessionária de energia elétrica "retribuição" pelo uso de suas "áreas físicas", se imprescindível à prestação de serviço que reverte em favor da coletividade. Jurisprudência consolidada em julgamento sob a forma e para os fins do art. 543-C do CPC. HIPÓTESE DE REJEIÇÃO. (Embargos Infringentes Nº 70047852785, Décimo Primeiro Grupo Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mara Larsen Chechi, Julgado em 18/05/2012)

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PERMISSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO. OCUPAÇÃO PELA CEEE/D DE FAIXA DE DOMÍNIO CONTÍGUA ÀS RODOVIAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. INSTALAÇÃO DE INFRAESTRUTURA PARA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA. UTILIDADE PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE REMUNERAÇÃO. Quando utilizados por concessionárias para prestação de serviços públicos, os bens de uso comum do povo



CEZD

Nº 70060242732 (Nº CNJ: 0216836-69.2014.8.21.7000)

2014/CÍVEL

sob administração do Estado, Município ou Autarquias, servem a mais não poder à sua finalidade social; atendem a seu fim primordial - disponibilizar ou ampliar utilidades públicas. Tenho pois que o só fato de a utilização do espaço público servir para prestação de serviço público de energia elétrica, usufruído por toda a coletividade, exclui a possibilidade de remuneração. Apelo provido. Unânime. (Apelação Cível Nº 70038041166, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genaro José Baroni Borges, Julgado em 23/02/2011)

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE DEVEDOR. 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. MUNICÍPIO DE SOBRADINHO. 1. A competência para processar e julgar execução fiscal movida por Município contra empresa concessionária de serviço público é da justiça comum estadual. 2. Segundo entendimento consagrado pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, é ilegal a exigência de contraprestação pecuniária, seja pela forma de taxa, seja pela forma de preço público, já que não se está diante de prestação de serviço ou de exercício do poder de Polícia pela municipalidade, nem de prestação de serviço público sujeito à delegação, mas de cobrança pela utilização de bens públicos de uso comum. REJEITADA A PRELIMINAR. PROVERAM O RECURSO. (Apelação Cível Nº 70036250561, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Arno Werlang, Julgado em 17/10/2012)

A questão foi apreciada inclusive em sede de juízo de retratação, aplicando-se o RE nº 581947, conforme se verifica:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. AUTORIZAÇÃO DE USO DE BEM PÚBLICO. REMUNERAÇÃO PELO USO DA FAIXA DE DOMÍNIO E DAS ÁREAS ADJACENTES DAS RODOVIAS ESTADUAIS E FEDERAIS DELEGADAS QUE ESTEJAM SOB A



CEZD

Nº 70060242732 (Nº CNJ: 0216836-69.2014.8.21.7000)  
2014/CÍVEL

ADMINISTRAÇÃO DO DAER. LEI ESTADUAL 12.238/05 E DECRETO ESTADUAL Nº 43.787/05. IMPOSSIBILIDADE, FRENTE AO JULGADO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 581.947/RO, SUBMETIDO AO REGIME DO ARTIGO 543-B, DO CPC. EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO, DERAM PROVIMENTO AO APELO. REFORMARAM A SENTENÇA E JULGARAM PROCEDENTE A DEMANDA. (Apelação Cível Nº 70035403468, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Julgado em 25/09/2013)

Frente à orientação consolidada, correta a argumentação da demandante, ao sustentar que em não podendo o Poder Público cobrar pela passagem de cabos e dutos ou pela fixação de postes nas faixas marginais das vias públicas, à concessionária, obviamente, não se confere tal prerrogativa, não sendo a titular do bem, que, repito, é de uso comum do povo, mas apenas titularizando a concessão, tratando-se de mera utilização da via pública para a prestação de serviço de telefonia em favor da coletividade.

Por estes fundamentos, nego seguimento à apelação, forte no art. 557, "caput", do CPC.

Intimem-se.

Porto Alegre, 03 de julho de 2014.

**DES. CARLOS EDUARDO ZIETLOW DURO,**  
**Relator.**