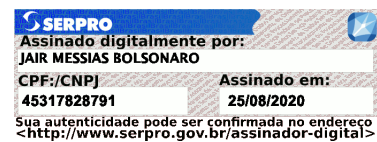


Mensagem nº 480

Senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal,

Para instruir o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.482, tenho a honra de encaminhar a Vossa Excelência as informações em anexo, elaboradas pela Advocacia-Geral da União.

Brasília, 25 de agosto de 2020.





ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA DA UNIÃO

INFORMAÇÕES n. 00179/2020/CONSUNIAO/CGU/AGU

NUP: 00692.002083/2020-82 (REF. 0097482-58.2020.1.00.0000)

INTERESSADO: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

ASSUNTO: ADI 6482

Sr. Consultor-Geral da União,

I - RELATÓRIO

1. Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar ajuizada pelo Procurador-Geral da República em face do artigo 12, *caput*, da Lei nº 13.116, de 20 de abril de 2015, que "Estabelece normas gerais para implantação e compartilhamento da infraestrutura de telecomunicações e altera as Leis nº 9.472, de 16 de julho de 1997, 11.934, de 5 de maio de 2009, e 10.257, de 10 de julho de 2001".

2. Eis a íntegra do comando questionado:

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.

3. O requerente aduz que a norma impugnada padeceria de inconstitucionalidade formal e material, afrontando os artigos 2º c/c 60, § 4º (divisão funcional de Poder e forma federativa de Estado); 5º, *caput* e XXII (direito de propriedade); 22, XXVII, c/c 24, § 2º (competência suplementar dos Estados para editar normas específicas de licitação e contratação); 37, *caput* (princípio da moralidade administrativa), bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, todos da Constituição Federal.

4. Para explicar a suposta inconstitucionalidade formal, o requerente examina os limites constitucionais da competência da União para legislar sobre telecomunicações e direito urbanístico em comparação com os direitos e deveres dos demais entes federados no que diz respeito à organização de seu patrimônio e de seus serviços públicos. Segundo aduz, a Constituição determina ser de competência da União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação e também prevê como competência dos Estados legislar de forma suplementar nesses casos (artigos 22, XXVII, c/c 24, § 2º). O requerente pondera que a União teria extrapolado a sua competência para legislar sobre normas gerais de contratos administrativos no caso do *caput* do artigo 12 da Lei nº 13.116/2015, pois teria adentrado em detalhe de natureza específica, relativo a interesses próprios de cada ente federativo.

5. Explicando melhor, o dispositivo impugnado traz determinação imposta pela União de caráter geral e segundo a qual o direito de passagem em vias públicas (assim como em faixas de domínio e em outros bens públicos de uso comum do povo) deve ser gratuito. Dito de outra forma, o dispositivo veda sua cobrança por qualquer ente público. Por isso, segundo o requerente, trataria de matéria de titularidade exclusiva das demais unidades federativas, sobre a qual a União não deteria competência para legislar. O requerente reconhece que não há consenso doutrinário ou jurisprudencial sobre o que sejam normas gerais e que, portanto, a identificação das normas gerais e das normas suplementares há de ser feita caso a caso. No caso do *caput* do artigo 12 da Lei nº 13.116/2015, declara que, na sua opinião, a decisão sobre eventual cobrança sobre o direito de passagem deveria ser tomada por cada ente da Federação, sem que houvesse uma vedação geral imposta pela União aos demais.

6. Defende ainda que, se a propriedade do bem for de determinada pessoa jurídica de direito público e o impedimento de receber retribuição pelo seu uso decorrer de lei editada por outra pessoa jurídica de direito público, essa norma teria condão expropriatório e violaria o princípio federativo. O requerente entende ser esse o caso da norma impugnada nos autos, na medida em que a gratuidade do direito de passagem de infraestruturas de telecomunicações concedida pela norma federal questionada teria retirado dos entes federativos subnacionais a prerrogativa de dispor de bens públicos que integram o seu patrimônio.

7. O requerente afirma ainda que os serviços de telecomunicações não podem ser qualificados como serviço público e que o critério de essencialidade não seria suficiente para classificá-los dessa maneira. Acrescenta que os sujeitos envolvidos na prestação dos serviços de telecomunicações atuam em regime de competição e, por isso, a imposição pela União da gratuidade do direito de passagem atrapalharia o exercício de sua atividade ao conferir benefício indiscriminado aos usuários desses serviços. O requerente transcreveu na petição inicial a redação original da Constituição e a atual, conferida pela Emenda Constitucional nº 8/1995, para fundamentar esse argumento. Seguem os dois textos transcritos:

Redação original da Constituição

Art. 21. Compete à União:

(...)

XI - explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União.

Redação atual, conferida pela EC nº 8/1995

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.

8. Quanto à suposta inconstitucionalidade material, o requerente argumenta que a norma teria violado os princípios constitucionais da eficiência, da moralidade administrativa, da razoabilidade e da proporcionalidade. Quanto à eficiência e à moralidade, o requerente aduz que a violação resultaria do impedimento de que os Estados, os Municípios e o Distrito Federal usufríssem de fonte de remuneração legítima. Inclusive, esse impedimento imporá aos demais entes federativos o chamado "subsídio cruzado", em prejuízo de seus próprios serviços públicos e de sua arrecadação. No caso do *caput* do artigo 12 da Lei nº 13.116/2015, como aduzido na inicial, a gratuidade do direito de passagem teria como resultado a concessão de benefício a terceiros submetidos a regime jurídico de direito privado e que deveriam atuar em regime de competição, em prejuízo da arrecadação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

9. Já quanto aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o requerente aduz que a violação seria constatada na medida em que a norma sacrifica receita pública que poderia ser utilizada em favor dos serviços públicos de interesse regional e local para, ao invés disso, fomentar atividades que devem ser exploradas em regime de competição, o que não seria razoável ou proporcional.

10. Sobre o pedido de medida cautelar, o requerente defendeu que o tempo que se levar para suspender a eficácia da norma impugnada manterá o impedimento a que sejam celebradas outorgas de concessão, permissão e autorização por Estados, Distrito Federal e Municípios sem a possibilidade de cobrança pela disposição da propriedade pública conferida à passagem de infraestruturas e equipamentos de redes de telecomunicações. Esse período em que a norma está surtindo efeito estaria frustrando o recolhimento de receita pública dos entes federativos, com consequência negativa para a crise fiscal atual, particularmente em uma conjuntura de queda de arrecadação tributária decorrente dos impactos econômicos do surto do novo coronavírus. Segundo explica o requerente, a queda substancial da arrecadação pública decorrente da paralisação de setores econômicos estratégicos no contexto atual de enfrentamento da epidemia, agravada pela necessidade de auxílio estatal para a população mais carente de recursos, justificaria o preenchimento do requisito de perigo da demora para a concessão da medida cautelar, que consistiria na suspensão da eficácia da norma que está em vigor desde 20 de abril de 2015.

11. Por fim, o Procurador-Geral da República requereu que se julgue procedente o pedido para declarar inconstitucional o artigo 12, *caput*, da Lei 13.116/2015.

12. Os autos foram distribuídos para Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que adotou o rito do artigo 12 da Lei nº 9.868/99 e determinou a requisição de informações definitivas no prazo de 10 dias.

13. É o relatório. Seguem as informações.

II - INFORMAÇÕES

14. A Lei nº 13.116/2015 estabelece normas gerais para o processo de licenciamento, instalação e compartilhamento de infraestrutura de telecomunicações para torná-lo compatível com o desenvolvimento socioeconômico do País (artigo 1º). A Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República esclareceu, em documento redigido para subsidiar a elaboração destas Informações, que a lei foi pensada como medida de implementação de política de expansão da infraestrutura dos serviços de telecomunicações. Segundo narra o órgão da Presidência, o setor de telecomunicações apresenta muitas deficiências e o legislador tentou sanar algumas delas com a lei em questão. Confira-se:

"11. A Lei n. 13.116, de 2015, também conhecida como "Lei das Antenas", visa esclarecer o papel dos entes federativos que atuam no ambiente de implantação de infraestrutura de telecomunicações, estabelecendo normas gerais aplicáveis ao processo de licenciamento, instalação e compartilhamento de infraestrutura de telecomunicações.

12. O setor das telecomunicações, além de figurar entre os segmentos econômicos de maior expressão no País, é também um dos mais problemáticos, figurando frequentemente entre os campeões de reclamações junto ao Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – Sindec, sendo que as deficiências do setor decorrem fundamentalmente da insuficiência de infraestrutura de transmissão.

13. Neste contexto, mostrava-se indispensável a implementação de uma política de fomento à expansão da infraestrutura dos serviços de telecomunicações que esbarrava na fragmentação das diversas legislações e procedimentos estaduais e municipais que, por vezes, dificultavam a implantação de infraestrutura, em detrimento da prestação

de serviços de telecomunicações, em especial dos serviços de telefonia e banda larga móvel.

14. Sobre o tema, vale transcrever trecho do Parecer da Comissão Especial da Câmara dos Deputados proferido quando da análise do Projeto de lei n. 5.013, de 2013, que resultou na edição da lei em comentário:

'O caso da telefonia móvel é emblemático: tendo alcançado 272 milhões de terminais ativos e uma densidade de 137 acessos para cada 100 habitantes em fevereiro de 2014, o serviço é hoje o principal meio de comunicação dos cidadãos brasileiros.

... O setor de telefonia móvel foi até objeto de intervenção recente da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, que proibiu temporariamente a venda de novos acessos por parte das prestadoras até que um plano de expansão da infraestrutura fosse apresentado.

Naquele episódio, as empresas ofereceram suas propostas à Anatel e a venda foi liberada, sem que uma melhora na qualidade e na abrangência do serviço tivesse sido sentida pelos consumidores – o que é esperado, visto que as deficiências do setor de telecomunicações decorrem fundamentalmente da insuficiência de infraestrutura de transmissão.

É nesse contexto que se insere a presente proposição, que tem como principal objetivo uniformizar em nível nacional as regras de licenciamento e de instalação de infraestrutura de telecomunicações – processo que vem se burocratizando ao longo do tempo com o estabelecimento de centenas de novas legislações municipais e estaduais.

Desse modo, o projeto propõe a instituição de mecanismos que permitirão uma tramitação mais célere entre os requerimentos de licenciamento e a efetiva instalação dos equipamentos. É o caso, por exemplo, da proposta de instituição de órgãos consultivos em nível municipal, com representantes da sociedade civil e das prestadoras de telecomunicações, para colaborar na implantação dos dispositivos previstos na lei. A proposta tem potencial para acelerar ainda mais a aplicação das novas disposições nos grandes centros urbanos do País.

Como um todo, a presente iniciativa assegura um marco legal moderno e uniforme em nível nacional, com capacidade de orientar os desenvolvimentos legislativos locais, ao estabelecer referências normativas fundamentais relativas a prazos de licenciamento. Além disso, o projeto determina que a capacidade das redes de telecomunicações estará sujeita a contínua avaliação do Poder Público, cujos limites, se superados, ensejarão sua imediata expansão, de modo a garantir a qualidade dos serviços" (Nota SAJ nº 302/2020/CGIP/SAJ/SG/PR, em anexo).

15. O requerente apontou suposta inconstitucionalidade formal no artigo impugnado, argumentando na petição inicial que a União teria extrapolado a sua competência para legislar sobre normas gerais de contratos administrativos com a redação do *caput* do artigo 12 da Lei nº 13.116/2015. Contudo, como o próprio requerente reconhece e é amplamente aceito pela doutrina, não há um conceito único destinado a identificar critérios abstratos gerais que permitam "o deslinde dos exatos termos do possível conteúdo das normas gerais" (Figueiredo, Lucia Valle. Competências Administrativas dos Estados e Municípios. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 207: 1-19, jan./mar. 1997, p. 7) e, portanto, permitam a distinção precisa entre normas gerais e não gerais. Por esse motivo, Lucia Valle Figueiredo reconhece como "ponto de absoluta polêmica" a determinação constitucional de competência privativa da União para legislar sobre normas gerais prevista no inciso XXVII do artigo 22 (Idem, p. 4), que é parâmetro para o requerente pretender que a norma impugnada seja reconhecida como formalmente inconstitucional.

16. A polêmica sobre o conceito de normas gerais se repete por toda a doutrina. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, por exemplo, em trabalho detalhado e muito citado por outros doutrinadores (Competência concorrente limitada - O problema da conceituação das normas gerais. Revista de

Informação Legislativa a. 25, nº 100 out./dez. 1988), aponta a impossibilidade de se estabelecer um conceito único de norma geral que sirva como chave mestra para solucionar qualquer dúvida quanto à classificação de determinada norma como "geral" para fins do artigo 22, inciso XXVII, da Constituição.

17. Dentre os muitos outros autores que se pode citar sobre o assunto, registre-se que, para Geraldo Ataliba, é preciso analisar a diretriz constitucional definindo-se adequadamente o que o constituinte quis dizer com a expressão "normas gerais". Isso porque, toda norma é naturalmente geral; do que se conclui que não é a esse tipo de generalidade que o constituinte se referiu no inciso XXVII do artigo 22. A generalidade presente nesse inciso diz respeito à ausência de particularidades, detalhes, peculiaridades. Portanto, a generalidade desse inciso se refere ao tratamento uniforme a ser conferido a todos os entes federativos, o que é precisamente o que o requerente questiona, já que acharia melhor que cada ente pudesse tratar do assunto como preferisse. Confira-se o ensinamento de Geraldo Ataliba sobre o conceito de "normas gerais": "Na verdade, da própria natureza da norma é ser "geral". Insistindo o legislador no pleonasma, quis fazer patente sua deliberação no sentido de que essa competência se restrinja, realmente, àquelas normas cujo caráter de generalidade excluísse, de toda forma, as minúcias, os pormenores - a abrangência de qualquer aspecto particular" (Normas gerais do direito financeiro. Volume 82, 1965, p. 42).

18. Reconhecendo a dificuldade de se definir de antemão toda e qualquer norma geral, Celso Antônio Bandeira de Mello segue a mesma linha de raciocínio e explica o que segue:

Ninguém duvida que são normas gerais as que estabelecem diretrizes, que firmam priorizam e modelam apenas o suficiente para identificar a tipicidade de um instituto jurídico ou de um ente federado, conferindo-lhe um tratamento apenas delineador da compostura de seu regime, sem entrar em particularidades, minúcias ou especificações peculiarizadoras. Deveras, tanto a mera fixação de um perfil normativo lato responde a uma norma geral quanto é claro qualquer especialização regulatória incluída de situações particulares em princípio o caráter de norma geral. A consideração casuística, o tratamento individualizador, a norma personalizadora, constituem-se na antítese da norma geral" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O conceito de normas gerais no direito constitucional brasileiro. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 13, n. 66, mar./abr. 2011. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/07/O%C3%82-conceito%C3%82-de%C3%82-normas%C3%82-gerais%C3%82-.pdf>. Acesso em 20/07/2020).

19. Por fim, no mesmo sentido, Marçal Justen Filho, ao discorrer sobre a abrangência das “normas gerais” no sistema constitucional de repartição de competência legislativa, ressalta que se trata de conceito jurídico indeterminado cujo núcleo de certeza compreende “os princípios e regras destinadas a assegurar um regime jurídico uniforme [...] em todas as órbitas federativas” (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 15).

20. Portanto, de acordo com o conceito de normas gerais de todos esses renomados doutrinadores, o caso dos autos está perfeitamente enquadrado: o artigo 12 da Lei nº 13.116/2015 consiste em norma que uniformiza a gratuidade do direito de passagem em vias públicas, em faixas de domínio e em outros bens públicos de uso comum do povo em todas as órbitas federativas. Nas palavras de Lucia Valle Figueiredo, "quis a Constituição, expressa e enfaticamente, alçar tudo que fosse passível de ser geral, homogêneo apenas na competência da União" (Op. cit., p. 7). E, mais à frente, a mesma autora conclui que normas gerais "dispõem de forma homogênea para determinadas situações para garantia da segurança e certeza jurídicas" (Idem, p. 10). Portanto, a norma do *caput* do artigo 12 da Lei nº 13.116/2015 é geral precisamente diante da necessidade de se uniformizar o assunto em todas as órbitas federativas. Além disso, verifica-se não ser norma casuística, que confira algum tipo de tratamento individualizador (em referência à citação de Celso Antônio Bandeira de Mello transcrita acima). Pelo contrário: é abrangente, generalista e direcionada igualmente a todos os entes federativos. Consequentemente, conclui-se que o *caput* do artigo 12 da Lei nº 13.116/2015 consiste, sim, em norma geral, em consonância com o artigo 22, XXVII, da Constituição Federal.

21. O requerente argumenta ainda que a norma impugnada teria violado o pacto federativo, na medida em que a gratuidade do direito de passagem de infraestruturas de telecomunicações concedida por lei federal afetou a possibilidade de os entes federativos subnacionais disporem de bens públicos que integram o seu patrimônio. Segundo o requerente, a norma impugnada "vulnerou a autonomia dos entes federativos ao proibir, de forma *peremptória* e com *aplicação direta*, a exigência de contraprestação em razão do direito de passagem em vias públicas" (destaques na própria petição inicial). Entretanto, não é pelo fato de a norma trazer uma proibição peremptória e com aplicação direta que deixa de ser classificada como norma geral. Como explicado acima, apesar das dificuldades de se distinguir com precisão em que consiste uma norma geral, é certo que no mínimo é possível afirmar que o objetivo da adoção da norma geral é a padronização do tratamento de determinado assunto por todos os entes. O *caput* do artigo 12 da Lei nº 13.116/2015 consiste em norma geral na medida em que concretiza esse objetivo, vedando uniformemente a todos os entes federativos a exigência de contraprestação em razão do direito de passagem em vias públicas.

22. Dessa forma, o conceito de "normas gerais" adotado pelo requerente padece de arbitrariedade, já que há tantos fundamentos doutrinários para se defender posição oposta. Além disso, o conceito é injustificadamente restritivo. O Supremo Tribunal Federal possui decisões em que se registra a necessidade de cautela para não se permitir a adoção de conceito muito amplo de norma geral, mas também a mesma cautela para não se acatar conceito muito restritivo, sob pena de desarmonizar o pacto federativo. Nesse sentido, destaque-se o recente voto do Ministro Luiz Fux na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.188.352-DF, julgado em 14/03/2019. Ao analisar lei distrital que determinou a adoção de procedimento licitatório com ordem de fases diversa daquela indicada pela Lei nº 8.666/1993, para saber se o Distrito Federal invadiu a competência legislativa privativa da União, à luz do artigo 22, XXVII, da Constituição Federal, o Ministro Relator Luiz Fux registrou que "a encampação de interpretações extremas do conceito de norma geral – seja para torná-la excessivamente ampla, seja para restringi-la em demasia – pode desencadear desequilíbrios indesejáveis no pacto federativo".

23. Assim, a conceituação de "normas gerais" deve ser feita com precaução, para não se permitir torná-la excessivamente ampla ou exageradamente restrita. No caso dos autos, ao argumento de proteger o pacto federativo, o requerente pretende diminuir a competência constitucional da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação. De acordo com o requerente, apenas pelo fato de que a norma em questão cria proibição para os entes subnacionais "de forma peremptória e com aplicação direta" é que não poderia ser considerada "geral". Entretanto, como explicado acima, a generalidade da norma extraída do *caput* do artigo 12 da Lei nº 13.116/2015 está no fato de que uniformiza o tratamento a ser dado por todos os entes quando se tratar de assunto referente a cobrança de contraprestação pelo direito de passagem nos bens listados no dispositivo.

24. Ademais, a extensão do conceito de "normas gerais" para o inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal deve ser analisada ainda em combinação com outros dispositivos constitucionais aplicáveis em cada situação. No caso dos autos, o *caput* do artigo 12 está inserido no subsistema legal ao qual pertence a Lei nº 13.116/2015 e que diz respeito a infraestrutura de telecomunicações. Considerando-se que compete à União a exploração dos serviços de telecomunicações (artigo 21, XI, da Constituição) e que compete privativamente à União legislar sobre telecomunicações (artigo 22, IV, da Constituição), o conceito de "normas gerais" de licitações e contratação referentes a infraestrutura de telecomunicações se distancia do que o requerente pretende que seja adotado pela Suprema Corte e se aproxima do entendimento aqui defendido, segundo o qual à União é permitido assumir o protagonismo para orientar a uniformização do tratamento do assunto por todos os entes federativos.

25. Os artigos 21, XI e 22, IV, da Constituição, estabelecem a competência privativa da União para legislar sobre serviços de telecomunicações. Essa competência exclusiva da União decorre de um sistema nacional de telecomunicações que deve obedecer a um ordenamento jurídico uniforme em todo o território nacional, estabelecido a partir de disposições constitucionais. Nesse sentido, somente lei federal pode regular sobre qualquer aspecto dos serviços de telecomunicações, sob pena de gerar desigualdade no tratamento de usuários em todo o país.

26. Insta ressaltar que a Lei das Antenas já foi objeto de embate frente a leis estaduais e sempre se entendeu que compete privativamente à União legislar sobre qualquer aspecto do serviço de telecomunicação:

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL 10.995/2001 DE SÃO PAULO. INSTALAÇÃO DE ANTENAS TRANSMISSORAS DE TELEFONIA CELULAR. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE TELECOMUNICAÇÕES. NORMA ESTADUAL EDITADA NO ÂMBITO DA COMPETÊNCIA ESTADUAL DE PROTEÇÃO À SAÚDE. LEI FEDERAL QUE CLARAMENTE REGULAMENTA A MATÉRIA. INCONSTITUCIONALIDADE. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO DIRETA. 1. Nos casos em que a dúvida sobre a competência legislativa recai sobre norma que abrange mais de um tema, deve o intérprete acolher interpretação que não tolha a competência que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria (presumption against preemption). 2. Porque o federalismo é um instrumento de descentralização política que visa realizar direitos fundamentais, se a lei federal ou estadual claramente indicar, de forma necessária, adequada e razoável, que os efeitos de sua aplicação excluem o poder de complementação que detêm os entes menores (clear statement rule), é possível afastar a presunção de que, no âmbito regional, determinado tema deve ser disciplinado pelo ente maior. 3. A União, no exercício de suas competências (art. 21, XI e art. 22, IV CRFB), editou a Lei 9.472/1997, que, de forma nítida, atribui à Anatel a definição de limites para a tolerância da radiação emitida por antenas transmissoras. 4. A União, por meio da Lei 11.934, fixou limites proporcionalmente adequados à exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos. Precedente. 5. Dessa forma, a presunção de que gozam os entes menores para, nos assuntos de interesse comum e concorrente, legislarem sobre seus respectivos interesses (presumption against preemption) foi nitidamente afastada por norma federal expressa (clear statement rule) 6. É inconstitucional a Lei n. 10.995/2001 do Estado de São Paulo, pois, a pretexto de proteger a saúde da população, disciplinando a instalação de antenas transmissoras de telefonia celular, adentrou na esfera de competência privativa da União. 7. Ação direta julgada procedente.(ADI 3110, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 04/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-143 DIVULG 09-06-2020 PUBLIC 10-06-2020)

27. Vejam-se outros precedentes afirmando a competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações: ADI 3.835, rel. Min. Marco Aurélio, ADI 4.861, rel. Min. Gilmar Mendes, ADI 5.253, rel. Min. Dias Toffoli, ADI 5.327, rel. Min. Dias Toffoli, ADI 5.356, rel. Min. Edson Fachin, redator para o acórdão Min. Marco Aurélio.

28. Ainda, para fundamentar seus argumentos, o requerente afirma que a Emenda Constitucional nº 8/1995 teria retirado a qualificação de serviço público aos serviços de telecomunicações e que o critério de essencialidade não seria suficiente para qualificar determinada atividade como serviço público.

29. Em contraposição, é oportuno apresentar a perspectiva da área técnica do Poder Executivo Federal especializada nos temas ventilados na petição inicial. Para tanto, serão descritos os argumentos trazidos pelo **Departamento de Banda Larga da Secretaria de Telecomunicações do Ministério das Comunicações**, cujos servidores detêm conhecimento formal e experiência profissional na área, na NOTA INFORMATIVA Nº 58/2020/MC (em anexo). No documento, explicam-se questões técnicas para concluir-se que os serviços de telecomunicações são, sim, serviços públicos essenciais. Para tanto, utiliza-se de definição doutrinária de José dos Santos Carvalho Filho, que qualifica um serviço como público com base em sua essencialidade, e combina essa definição com o fato de que a própria legislação qualifica os serviços de telecomunicações como "essenciais" no § 1º do artigo 65 da Lei nº 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações - LGT), bem como nos Decretos nº 10.282/2020 e nº 10.288/2020 (que regulamentaram a Lei nº 13.979/2020, que "dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de

importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019"). Argumenta-se ainda que o fato de um serviço não ser fornecido ou financiado diretamente pelo poder público não resulta necessariamente na conclusão de que não é público, pois, ainda que sua prestação seja entregue por meio de uma forma de delegação estatal a um ente privado, estará sujeito a regulamentação. Aduz-se ainda que a classificação de serviço como público não deve ser feita com base no regime de exploração, se público ou privado, mas sim a partir de um contraponto entre interesse coletivo e interesse restrito, como previsto no artigo 62 da LGT, que segue transcrito:

Art. 62. Quanto à abrangência dos interesses a que atendem, os serviços de telecomunicações classificam-se em serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito.

Parágrafo único. Os serviços de interesse restrito estarão sujeitos aos condicionamentos necessários para que sua exploração não prejudique o interesse coletivo.

30. A área técnica citada defende ainda que "Os serviços de telecomunicações de interesse coletivo são aqueles passíveis de serem oferecidos a todos aqueles que se enquadrarem no regulamento específico, ou seja, o prestador não pode deixar de prestá-lo quando solicitado por qualquer interessado, desde que seja técnica e economicamente viável", sendo que há exemplos de serviços públicos para os serviços de telecomunicações prestados em interesse coletivo, como no artigo 73 da LGT. Nesse sentido, o artigo impugnado seria outra evidência da classificação dos serviços de telecomunicações como serviços públicos, já que, com ele, a lei atribuiu a esses serviços mais uma prerrogativa típica de serviço público, consistente na inexigência de contraprestação pelo seu uso. Inclusive, é por isso que a LGT permite à Anatel a imposição de condicionantes à exploração dos serviços de telecomunicações "em face de relevantes razões de caráter coletivo" (artigo 135 da LGT). Citando Maria Sylvia Zanella di Pietro, a área técnica em questão afirma que o fato de que um serviço é prestado de forma concorrencial não lhe retira o atributo de ser público.

31. Ainda, segundo defende a área técnica, a importância de se demonstrar que os serviços de telecomunicações realmente são serviços públicos está no fato de que, para sustentar que o dispositivo impugnado violaria o pacto federativo, o Procurador-Geral da República negou qualquer semelhança com o que foi decidido no Recurso Extraordinário 581.947/RO. No julgamento desse recurso, o STF entendeu que não assistiria razão ao Município de Ji-Paraná para cobrar pelo uso do solo e do espaço aéreo municipais, necessários à fixação de postes para distribuição de energia elétrica, que é competência material da União explorada sob regime de serviço público, em caráter monopolístico. De fato, nas palavras do requerente, "Há que se destacar não haver similitude entre este caso e o quanto decidido no Recurso Extraordinário 581.947/RO, em que o STF entendeu que não assistiria razão ao Município de Ji-Paraná para cobrar pelo uso do solo e do espaço aéreo municipais, necessários à fixação de postes para distribuição de energia elétrica, que é competência material da União explorada sob regime de serviço público, em caráter monopolístico". Contudo, como explica a área técnica do Ministério das Comunicações, retirando-se o caráter monopolístico da prestação do serviço de energia elétrica, as situações são idênticas. Conclui da seguinte forma:

"18. Percebe-se que foi realizada uma interpretação bastante seletiva do referido julgado, pois, com base nessa jurisprudência, já decidiu o Supremo Tribunal Federal também para o setor de telecomunicações:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RETRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA. COBRANÇA. TAXA DE USO E OCUPAÇÃO DE SOLO E ESPAÇO AÉREO. CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO. INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS NECESSÁRIOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO EM BEM PÚBLICO. COMPETÊNCIA DA UNIÃO. 1. Invade a competência legislativa da União (art. 22, IV, da CF/88) o ente federativo que institui retribuição pecuniária pela ocupação do solo para a prestação de serviço público de telecomunicações. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 811620 AgR-terceiro, Relator(a): EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em

13/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-216 DIVULG 27-10-2015 PUBLIC 28-10- 2015)".

32. Assim, o Departamento de Banda Larga da Secretaria de Telecomunicações do Ministério das Comunicações conclui da jurisprudência do Supremo que não há qualquer problema no fato de a União ter editado normas gerais sobre contratos administrativos ou sobre direito urbanístico, pois a leitura do artigo 12 sob análise permite concluir que o legislador assumiu precisamente que bens de uso comum do povo são entendidos como propriedade pública e, portanto, o seu uso para prestação de serviços públicos, independentemente de quem os executa, deve mesmo ocorrer sem contraprestação pecuniária. Defende ainda que, a entender-se o contrário (que a gratuidade ou onerosidade do uso de bem comum do povo para a exploração de serviço público poderia depender da vontade de cada ente federativo), isso seria impedimento ao exercício da competência da União, pois bloquearia o planejamento e execução de suas políticas públicas. Segundo argumenta, a indefinição "quanto à gratuidade e a diferença dos preços cobrados pelo uso de bem comum do povo em cada localidade impõe dificuldades exorbitantes no cálculo de valores devidos por concessões ou na fixação de obrigações aos particulares que exploram os referidos serviços". Portanto, a falta de uniformidade quanto à possibilidade de cobrança de contraprestação nesses casos atrapalharia as políticas públicas da União para o setor.

33. Quanto ao argumento do requerente de "subsídio cruzado", segundo o qual a imposição de não onerosidade pelo uso de bem comum do povo de titularidade de outros entes federativos causaria prejuízos a sua arrecadação, o Departamento de Banda Larga da Secretaria de Telecomunicações do Ministério das Comunicações argumenta o seguinte:

"24. Do ponto de vista lógico, um serviço público tem como fim precípuo o atendimento da coletividade, independentemente de sua titularidade, seja da União, dos Estados, dos Municípios ou do Distrito Federal. A coletividade, a população, é facilmente identificada por cada indivíduo e esses são obviamente dissociados dos entes estatais. Ao indivíduo não importa qual ente estatal é o titular ou a qual compete determinado serviço público; o que lhe interessa é que o serviço seja-lhe fornecido a contento. É indiscutível que os serviços de telecomunicações, atualmente, sobretudo por permitirem o acesso a internet, são hoje a principal forma de acesso à informação, educação e entretenimento. No atual contexto de isolamento social em razão da pandemia de Covid19, sobressai ainda mais sua essencialidade, permitindo a educação à distância ou a existência de sessões virtuais de julgamento dos tribunais superiores. Afirmar que os serviços de telecomunicações, por supostamente não pagarem pelo uso de bem de uso comum de povo, seriam prejudiciais a outros propósitos de interesse público dos Estados, do DF e dos Municípios é ignorar o que é o melhor atendimento ao interesse público" (NOTA INFORMATIVA Nº 58/2020/MC, em anexo).

34. Explica que, caso se permitisse a cobrança pelo uso de faixas de domínio, as empresas teriam ainda menos motivos para se dedicar aos locais em que há menor interesse econômico para a exploração do serviço de telecomunicações. Os estímulos que a Anatel promove em seus editais de licitação de radiofrequência, com o objetivo de aumentar o interesse das empresas na exploração dos serviços em localidades onde o interesse econômico sobre essa atividade é pequeno, resultam em aumento de custos operacionais das empresas em detrimento da coletividade, especificamente da população que mais se beneficiaria de sua redução, por consistir nos habitantes dos lugares mais afastados dos grandes centros urbanos.

35. No mesmo sentido, a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República pontuou que "[O] caráter gratuito do direito de passagem previsto na lei observa o interesse público, tendo em vista o objetivo de fomentar e promover os investimentos na área de telecomunicações, de modo a atender a crescente demanda por esses serviços que ainda carecem de adequada infraestrutura no país" (Nota SAJ nº 302/2020/CGIP/SAJ/SG/PR).

36. De fato, eventual cobrança pelo direito de passagem pelos bens previstos no *caput* do artigo 12 da Lei nº 13.116/2015 vai de encontro a política de expansão do setor de telecomunicações pretendida pelo Estado brasileiro.

37. Com o objetivo de alcançar as localidades mais distantes ou menos populosas com serviços de telecomunicações de qualidade, foi editado o Decreto nº 9.612, de 17 de dezembro de 2018, que prevê a política de implantação e compartilhamento da infraestrutura de telecomunicações. A título de exemplo, o artigo 2º do Decreto nº 9.612/ 2018 dispõe que são objetivos gerais das políticas públicas de telecomunicações promover o acesso aos seus serviços "em condições econômicas que viabilizem o uso e a fruição dos serviços, especialmente para (...) 2. a ampliação do acesso à internet em banda larga em áreas onde a oferta seja inadequada, tais como áreas urbanas desatendidas, rurais ou remotas (...)". Além disso, o artigo 5º, inciso I, desse Decreto textualmente define que as políticas públicas relativas à inclusão digital objetivam fomentar e implantar tais serviços para o acesso às redes de telecomunicações pela população: "a) de localidades remotas; b) de localidades com prestação inadequada ou inexistente desses serviços; ou c) em situação de vulnerabilidade social".

38. A mesma definição de política de expansão do setor de telecomunicações também foi prevista na Lei 9.472/97. Como exemplo, pode-se citar o *caput* do artigo 80, que prevê que os planos de universalização dos serviços deverão referir-se, entre outros aspectos, ao atendimento de áreas rurais ou de urbanização precária e de regiões remotas. Essa política veio apenas a ser reforçada pela Lei 13.116/2015, pois a gratuidade no direito de passagem em vias públicas, em faixas de domínio e em outros bens públicos de uso comum do povo foi um estímulo encontrado pelo legislador para a exploração dos serviços em localidades onde o interesse econômico normalmente é reduzido devido à distância de grandes centros urbanos ou à baixa densidade populacional.

39. Tendo em mente a política de estímulo prevista pelo legislador federal à exploração dos serviços em localidades pouco visadas, o Departamento de Banda Larga da Secretaria de Telecomunicações do Ministério das Comunicações menciona, ainda, que "Salvo no Estado do Espírito Santo, não há legislação em qualquer outro estado que seja adequada ao art. 12 da Lei Geral das Antenas" (Lei nº 13.116/2015). Citando a legislação de Minas Gerais e do Paraná como exemplos, explica que "[A]s leis estaduais são criativas ao criarem taxas de análise e taxas de fiscalização para sustentarem cobranças anuais pelo uso da faixa de domínio, quando, como já foi demonstrado, é manifesta a contrariedade de tais medidas ao texto da lei e à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal".

40. Para concluir, a área técnica complementa:

"32. Em suma, a cobrança pelo direito de passagem efetivamente impede que a União exerça sua competência privativa de regular os serviços de telecomunicações e de promover a expansão do serviço. O melhor atendimento ao interesse público é o atendimento à coletividade, naquilo que lhe interessa. Com esse entendimento, afastam-se todos os princípios constitucionais supostamente violados ao se dispor sobre a suposta inconstitucionalidade material do art. 12 da LGA" (NOTA INFORMATIVA Nº 58/2020/MC, em anexo)..

41. Sobre o pedido de medida cautelar, o requerente pretende que seja suspensa a eficácia do artigo 12, *caput*, da Lei nº 13.116/2015, até o julgamento final da ação direta. Quanto a esse pedido, verifica-se que a lei está em vigor desde 2015, não estando caracterizado o suposto perigo da demora. Em seguida, convém analisar a alegação do requerente segundo a qual o cumprimento dessa lei supostamente agravaria a atual crise fiscal dos Estados, DF e Municípios ao frustrar a obtenção de receita pública "em uma conjuntura de queda de arrecadação tributária, em decorrência dos impactos econômicos do surto de epidemia nacional do novo coronavírus (...) agravada pela necessidade de auxílio estatal para a população mais carente de recursos".

Sobre esse argumento, o Departamento de Banda Larga da Secretaria de Telecomunicações do Ministério das Comunicações bem pontuou o seguinte:

"41. A medida cautelar foi solicitada sem que fossem apresentados quaisquer dados que sejam referentes ao impacto da medida nos Estados. Realizou-se uma suposição de que a medida pode representar prejuízo aos governos locais quando, na verdade, já tem ocorrido socorro financeiro da União aos outros entes estatais em razão da pandemia de Covid-19 e a Lei sequer é aplicada voluntariamente por muitos dos Estados. Ante as evidências do descumprimento do texto legal e, em razão da pandemia de Covid-19, os serviços de telecomunicações exerceram o protagonismo na manutenção do isolamento social e informação da população, parece-nos existir mais evidências de que a continuidade da não aplicação da Lei pelos Estados e pelo DNIT parece ser mais prejudicial ao interesse público do que o contrário, como a Ação Direita de Inconstitucionalidade faz supor".

42. Assim, além da falta de urgência intrínseca a impugnação de lei que está em vigor há tanto tempo e consequente ausência evidente de perigo da demora, os fundamentos do pedido de concessão da medida cautelar esbarram em argumentos técnicos. Nessas circunstâncias, as alegações apresentadas pelo requerente não se prestam a justificar o deferimento de cautelar. Ainda, em razão dos mesmos motivos que embasam a falta de plausibilidade jurídica do pedido de medida cautelar, faltam fundamentos para o deferimento do pedido de mérito, referente à declaração de inconstitucionalidade do *caput* do artigo 12 da Lei nº 13.116/2015.

III - ENCAMINHAMENTO

43. São essas as considerações pertinentes aos autos e que proponho sejam apresentadas ao Supremo Tribunal Federal a título de informações na ADI 6482.

Brasília, 24 de agosto de 2020.

MARIA CARLA DE AVELAR PACHECO
ADVOGADA DA UNIÃO

ANEXOS:

1. Nota SAJ nº 302/2020/CGIP/SAJ/SG/PR, da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República;
2. NOTA INFORMATIVA Nº 58/2020/MC, do Departamento de Banda Larga da Secretaria de Telecomunicações do Ministério das Comunicações.

Documento assinado eletronicamente por MARIA CARLA DE AVELAR PACHECO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 482956761 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): MARIA CARLA DE AVELAR PACHECO. Data e Hora: 24-08-2020 11:02. Número de Série: 17411433. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA DA UNIÃO

DESPACHO n. 00350/2020/CONSUNIAO/CGU/AGU

NUP: 00692.002083/2020-82 (REF. 0097482-58.2020.1.00.0000)

INTERESSADO: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

ASSUNTO: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6482

1. Estou de acordo com as **INFORMAÇÕES n. 00179/2020/CONSUNIAO/CGU/AGU**, da lavra da Dra. Maria Carla de Avelar Pacheco.
2. Submeto-as à consideração do Senhor Consultor-Geral da União.

Brasília, 24 de agosto de 2020.

(assinado digitalmente)

JOSÉ AFFONSO DE ALBUQUERQUE NETTO

Advogado da União

Consultor da União

Documento assinado eletronicamente por JOSE AFFONSO DE ALBUQUERQUE NETTO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 481480267 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JOSE AFFONSO DE ALBUQUERQUE NETTO. Data e Hora: 24-08-2020 11:52. Número de Série: 17340404. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
GABINETE

SAS, QUADRA 03, LOTE 5/6, 12 ANDAR - AGU SEDE I FONE (61) 2026-8557 BRASÍLIA/DF 70.070-030

DESPACHO n. 00733/2020/GAB/CGU/AGU

NUP: 00692.002083/2020-82 (REF. 0097482-58.2020.1.00.0000)

INTERESSADA: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

ASSUNTO: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6482

1. Aprovo, nos termos do **DESPACHO n. 00350/2020/CONSUNIAO/CGU/AGU**, as **INFORMAÇÕES n. 00179/2020/CONSUNIAO/CGU/AGU**, da lavra da Advogada da União, Dra. Maria Carla de Avelar Pacheco.

2. Submeto-as à apreciação do Excelentíssimo Senhor Advogado-Geral da União.

Brasília, 24 de agosto de 2020.

(assinado eletronicamente)

ARTHUR CERQUEIRA VALÉRIO

Advogado da União

Consultor-Geral da União

Documento assinado eletronicamente por ARTHUR CERQUEIRA VALERIO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 481472599 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ARTHUR CERQUEIRA VALERIO. Data e Hora: 24-08-2020 20:38. Número de Série: 17340791. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

PROCESSO Nº 00692.002083/2020-82 (REF. 0097482-58.2020.1.00.0000)

ORIGEM: STF - Ofício nº 2429/2020, de 13 de agosto de 2020.

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

ASSUNTO: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6482

Despacho do Advogado-Geral da União nº 468

Adoto, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União, para os fins e efeitos do art. 4º, inciso V, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, as anexas **INFORMAÇÕES** nº 00179/2020/CONSUNIAO/CGU/AGU, elaboradas pela Advogada da União Dra. MARIA CARLA DE AVELAR PACHECO.

Brasília, 25 de agosto de 2020.

JOSE LEVI MELLO
DO AMARAL
JUNIOR

Assinado de forma digital por JOSE
LEVI MELLO DO AMARAL JUNIOR
Dados: 2020.08.25 14:45:41 -03'00'

JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR
Advogado-Geral da União