



PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA
SECRETARIA-GERAL
SUBCHEFIA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS

Nota SAJ nº 302 / 2020 / CGIP/SAJ/SG/PR

Interessado: CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO

Assunto: Subsídios para apresentação de Informações Presidenciais na ADI 6482 que impugna o art. 12, caput, da Lei n. 13.116, de 20 de abril de 2015.

Processo : 00692.002083/2020-82

Senhor Subchefe,

I - RELATÓRIO

1. A Consultoria-Geral da União - CGU/AGU, por meio do OFÍCIO n. 00386/2020/CONSUNIAO/CGU/AGU, solicita subsídios a esta Subchefia para Assuntos Jurídicos para a elaboração das informações a serem prestadas ao Supremo Tribunal Federal, pelo Senhor Presidente da República, nos autos do Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6482, proposta pelo Procurador-Geral da República, em face do artigo 12, caput, da Lei n. 13.116, de 20 de abril de 2015, que "Estabelece normas gerais para implantação e compartilhamento da infraestrutura de telecomunicações e altera as Leis n. 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. O dispositivo questionado prevê o seguinte:

Art. 12. Não será exigida contraprestação em razão do direito de passagem em vias públicas, em faixas de domínio e em outros bens públicos de uso comum do povo, ainda que esses bens ou instalações sejam explorados por meio de concessão ou outra forma de delegação, excetuadas aquelas cujos contratos decorram de licitações anteriores à data de promulgação desta Lei.

§ 1º O disposto no caput não abrange os custos necessários à instalação, à operação, à manutenção e à remoção da infraestrutura e dos equipamentos, que

deverão ser arcados pela entidade interessada, e não afeta obrigações indenizatórias decorrentes de eventual dano efetivo ou de restrição de uso significativa.

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

3. O autor alega, em síntese, que a norma questionada "afronta os arts. 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. Requer, cautelarmente, a suspensão da eficácia da norma impugnada e, ao final, a declaração da sua inconstitucionalidade.
5. O processo foi distribuído para o Ministro Gilmar Mendes.
6. É o relatório.

II - DA FUNDAMENTAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL DA NORMA.

7. A Lei n. 13.116, de 2015, decorrente de um projeto de lei de iniciativa do Senado, estabelece normas gerais para implantação e compartilhamento da infraestrutura de telecomunicações.
8. No âmbito da Presidência da República, o projeto foi apreciado por meio da Nota SAJ n. 634/2015 - DCN, que concluiu pela sua viabilidade jurídica, com sugestão de veto de alguns dispositivos, o que acabou sendo acatado pela então Presidente da República.
9. No que diz respeito ao art. 12 da Lei em comento, consta da referida Nota SAJ:

29. Nos termos do MPOG, a extinção da cobrança pelo direito de passagem implicaria perda de receita para as concessionárias de rodovias, para o DNIT, VALEC e outros órgãos. O MT juntou manifestações da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e do DNIT, contrários à matéria por, em tese, contrariar políticas de obtenção de remuneração pelo uso da faixa de domínio das rodovias federais.

30. Do ponto de vista estritamente jurídico, a medida é possível, considerando que o artigo trouxe um limitador temporal ao final de seu caput "excetuadas aquelas cujos contratos decorram de licitações anteriores à data de promulgação desta Lei", que preserva a situação jurídica daqueles que já possuem contratos de contraprestação por direito de passagem, assinados antes da entrada em vigor da lei.

31. Observa-se que já existe em nosso ordenamento jurídico hipótese semelhante, trazida ao setor elétrico pelo Decreto n. 84.398/1980. Contudo, recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ sobre o tema (EREsp 985.695-RJ, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 26/11/2014, DJe 12/12/2014) aponta para a necessidade de dar um caráter jurídico mais sólido àquele tipo de restrição de cobrança (por meio de lei, após ampla discussão no Poder Legislativo), dessa vez aplicando-a para o setor de telecomunicações.

32. Assim, com o intuito de manter a segurança jurídica àqueles que assinaram contratos antes da entrada em vigor da lei ora analisada, e buscando garantir viabilidade futura a programas governamentais como o Banda Larga Para Todos - BLPT e o Plano Nacional de Banda Larga - PNBL, entende-se possível, juridicamente, especificar por lei este ponto específico.

10. Com efeito, não se vislumbra a existência de violação a dispositivos constitucionais, conforme se verá a seguir.

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 ^[1].

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 comento:

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.

15. Decerto, a uniformização dos procedimentos de licenciamento, instalação e compartilhamento de infraestrutura de telecomunicações é de importância fundamental para o país, em face da natureza estratégica da infraestrutura de telecomunicações para o desenvolvimento econômico, social e tecnológico, sendo necessário que se alcance níveis de infraestrutura adequada para que toda a população usufrua de forma otimizada de todos os ganhos da geração da informação.

16. A lei fundamenta-se na **competência privativa da União** para legislar sobre telecomunicações (art. 22, inciso IV) e exclusiva da União para explorar os serviços e instalações de energia elétrica (artigo 21, XII, b).

17. Neste tocante, vale registrar que a Suprema Corte já declarou inconstitucional lei municipal do Rio de Janeiro que instituiu retribuição pecuniária pela ocupação do solo para a prestação de serviço público de telecomunicações, por entender que houve invasão da competência legislativa privativa da União^[2], não havendo o que se falar em ofensa ao artigos 2º e 60, § 4º, da Constituição da República.

18. Quanto ao direito de passagem de que trata a Lei das Antenas, seu conceito foi previsto no próprio normativo como: “prerrogativa de acessar, utilizar, atravessar, cruzar, transpor e percorrer imóvel de propriedade alheia, com o objetivo de construir, instalar, alterar ou reparar infraestrutura de suporte, bem como cabos, sistemas, equipamentos ou quaisquer outros recursos ou elementos de redes de telecomunicações” (art. 3º, IV).

19. De acordo com a norma impugnada (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 (...), excetuadas aquelas cujos contratos decorram de licitações anteriores à data de promulgação desta Lei.”

20. Vale registrar que as concessionárias e permissionárias de serviço público, para que possam prestá-lo, fazem uso do espaço sobre o solo de faixas de domínio público de vias públicas e outros bens públicos de uso comum do povo, no qual instalam equipamentos necessários à prestação de serviços de transmissão e distribuição de energia elétrica.

21. 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^[3], de modo a atender a crescente demanda por esses serviços que ainda carecem de adequada infraestrutura no país.

22. Ademais, tal contraprestação, caso fosse cobrada, constituiria espécie de **preço público** que se caracteriza por ser um pagamento **facultativo**, que não tem natureza tributária e sim contratual, não se tratando, portanto, de obrigação compulsória proveniente de lei.

23. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso extraordinário n. 581947/RO^[4], com repercussão geral, entendeu pela **inconstitucionalidade da cobrança de taxa por ocupação do solo** por empresa prestadora de serviço público, quando no exercício de sua função pública, a despeito da utilização do bem de uso comum do povo de modo especial. A cobrança apenas seria legitimada se houvesse depreciação do bem público em razão da intervenção da prestadora de serviço.

24. Esse posicionamento é reproduzido de forma pacífica no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que entende ser ilegal a cobrança de concessionária de

serviços públicos pela instalação de dutos e cabos de telecomunicações, uma vez que a utilização pelo uso do solo, subsolo ou espaço aéreo, no caso, **reverte-se em favor da sociedade**. Confira-se:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL; BENS PÚBLICOS. USO DE SOLO, SUBSOLO E ESPAÇO AÉREO POR CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO (IMPLANTAÇÃO DE DUTOS E CABOS DE TELECOMUNICAÇÕES, P. EX.). COBRANÇA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Cinge-se a controvérsia no debate acerca da legalidade da exigência de valores pela utilização de faixas de domínio das rodovias sob administração do DER para passagem de dutos e cabos de telecomunicações ou de outros serviços públicos essenciais prestados pela recorrente.

2. **É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que a cobrança em face de concessionária de serviço público pelo uso de solo, subsolo ou espaço aéreo é ilegal (seja para a instalação de postes, dutos ou linhas de transmissão, p. ex.) porque (i) a utilização, neste caso, reverte em favor da sociedade - razão pela qual não cabe a fixação de preço público - e (ii) a natureza do valor cobrado não é de taxa, pois não há serviço público prestado ou poder de polícia exercido. Precedentes.**

3. Recurso especial provido.

(REsp 1246070/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/05/2012, Dje 18/06/2012)

25. Assim, não se vislumbram as alegadas violações à Constituição da República.

III. CONCLUSÃO

26. Isso posto, verifica-se que não há plausibilidade jurídica na pretensão autoral, não estando presentes, tampouco, os requisitos legais indispensáveis à concessão da medida liminar na forma pretendida.

27. São estas as considerações que submetemos ao conhecimento da Consultoria-Geral da União, a título de subsídio, em resposta ao OFÍCIO n. 00386/2020/CONSUNIAO/CGU/AGU.

NICOLE ROMEIRO TAVEIROS

Coordenadora

APROVO.

RENATO DE LIMA FRANÇA

Subchefe Adjunto de Assuntos Institucionais

APROVO.

JORGE ANTONIO DE OLIVEIRA FRANCISCO

Subchefe Interino da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Secretaria Geral da Presidência da República

[1] - Parecer da Comissão Especial. Câmara dos Deputados. Dep. Edson Santos. https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1251265&filename=PRL+6+PL501313+%3D%3E+PL+5013/2013

[2] - DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. COBRANÇA DE RETRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA PELA INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS NECESSÁRIOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. BEM PÚBLICO DE USO COMUM DO POVO. INCONSTITUCIONALIDADE DECORRENTE DA VIOLAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO (ART. 22, IV, DA CF/88). PRECEDENTE DO PLENÁRIO: RE 581.947/RO. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 581.947/RO, rel. Min. Eros Grau, DJe 27.08.2010, firmou o entendimento de que o Município não pode cobrar indenização das concessionárias de serviço público em razão da instalação de equipamentos necessários à prestação do serviço em faixas de domínio público de vias públicas (bens públicos de uso comum do povo), a não ser que a referida instalação resulte em extinção de direitos. 2. O Município do Rio de Janeiro, ao instituir retribuição pecuniária pela ocupação do solo para a prestação de serviço público de telecomunicações, invadiu a competência legislativa privativa da União (art. 22, IV, da CF/88). Precedente. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 494163 AgR, Relator(a): 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)

[3] - art. 2º, Lei n. 13.116/15 - Art. 2º O disposto nesta Lei tem por objetivo promover e fomentar os investimentos em infraestrutura de redes de telecomunicações, visando, entre outros: (...)

[4] - EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RETRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA. COBRANÇA. TAXA DE USO E OCUPAÇÃO DE SOLO E ESPAÇO AÉREO. CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO. DEVER-PODER E PODER-DEVER. INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS NECESSÁRIOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO EM BEM PÚBLICO. LEI MUNICIPAL 1.199/2002. INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO. ARTIGOS 21 E 22 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. Às empresas prestadoras de serviço público incumbe o dever-poder de prestar o serviço público. Para tanto a elas é atribuído, pelo poder concedente, o também dever-poder de usar o domínio público necessário à execução do serviço, bem como de promover desapropriações e constituir servidões de áreas por ele, poder concedente, declaradas de utilidade pública. 2. As faixas de domínio público de vias públicas constituem bem público, inserido na categoria dos bens de uso comum do povo. 3. Os bens de uso comum do povo são entendidos como propriedade pública. Tamanha é a intensidade da participação do bem de uso comum do povo na atividade administrativa que ele constitui, em si, o próprio serviço público [objeto de atividade administrativa] prestado pela Administração. 4. Ainda que os bens do domínio público e do patrimônio administrativo não tolerem o gravame das servidões, sujeitam-se, na situação a que respeitam os autos, aos efeitos da restrição decorrente da instalação, no solo, de equipamentos necessários à prestação de serviço público. A imposição dessa restrição não conduzindo à extinção de direitos, dela não decorre dever de indenizar. 5. A Constituição do Brasil define a competência exclusiva da União para explorar os serviços e instalações de energia elétrica [artigo 21, XII, b] e privativa

para legislar sobre a matéria [artigo 22, IV]. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com a declaração, incidental, da inconstitucionalidade da Lei n. 1.199/2002, do Município de Ji-Paraná. (RE 581947, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 26-08-2010 PUBLIC 27-08-2010 EMENT VOL-02412-05 PP-01113 RT v. 100, n. 904, 2011, p. 169-177)



Documento assinado eletronicamente por **Nicole Romeiro Taveiros, Coordenadora-Geral**, em 10/07/2020, às 14:27, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Renato de Lima França, Subchefe Adjunto**, em 10/07/2020, às 19:04, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Jorge Antonio de Oliveira Francisco, Subchefe**, em 13/07/2020, às 09:09, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Humberto Fernandes de Moura, Subchefe Adjunto Executivo**, em 13/07/2020, às 14:51, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade do documento pode ser conferida informando o código verificador **1995575** e o código CRC **1B75DBC7** no site: https://sei-pr.presidencia.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0

MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES

Secretaria de Telecomunicações

Departamento de Banda Larga

NOTA INFORMATIVA Nº 58/2020/MC

Nº do
Processo: **00692.002083/2020-82**

Documento de
Referência: **Cota nº 580/2020/CONJUR-MCTIC/CGU/AGU (5672203)**

Interessado: **Procurador-Geral da República, Presidente da República,
Congresso Nacional**

Nº de
Referência: **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6482**

Assunto: **Subsídios para defesa da União**

SUMÁRIO EXECUTIVO

1. Trata-se de Nota Informativa com o objetivo de subsidiar a defesa da União Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6428, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Procurador-Geral da República em face do artigo 12, caput, da Lei n. 13.116, de 20 de abril de 2015, que "estabelece normas gerais para implantação e compartilhamento da infraestrutura de telecomunicações e altera as Leis n. 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. Os subsídios foram solicitados por meio da Cota nº 00580/2020/CONJUR-MCTIC/CGU/AGU (5672203), que realizou síntese da demanda e solicitou a "**Secretaria de Telecomunicações**", para que forneça a esta Consultoria, **ATÉ O DIA 13/07/2019**, todas as informações que dispuser a respeito dos fatos discutidos na petição inicial, acompanhadas da documentação esclarecedora da causa, com vistas a auxiliar a atuação da União no feito em epígrafe" (grifos no original).

INFORMAÇÕES

3. Inicialmente, transcreve-se a síntese de demanda, conforme elaborada pela Consultoria-Geral da União no documento SEI 5654869, *in verbis*:
 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 n. 13.116, de 20 de abril de 2015, que "Estabelece normas gerais para implantação e compartilhamento da infraestrutura de telecomunicações e altera as Leis n. 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. Segue o texto da norma questionada:

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 respectivos 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 n. 13.116/2015, pois teria adentrado em detalhe de natureza específica, relativo a interesses próprios de cada ente federativo.

5. A determinação geral que a União impôs de que 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, proibindo sua cobrança por qualquer ente público, versaria sobre 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 da normas suplementares há de ser feita caso a caso. No caso do *caput* do artigo 12 da Lei n. 13.116/2015, teoriza que 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. Além disso, o requerente aduz que a Constituição admite a possibilidade de cobrança por uso de bens públicos de uso comum que seja prevista em lei e decorrente de vantagem econômica conferida ao usuário. Para embasar seu argumento, cita o inciso II do artigo 5º e o artigo 37 da Constituição. Contudo, afirma, se a propriedade do bem for de determinada pessoa jurídica de direito público e o impedimento de auferir 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 retirou dos entes federativos subnacionais a prerrogativa de dispor de bens públicos que integram o seu patrimônio.

7. 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 usufruíssem de fonte de remuneração legítima. Inclusive, esse impedimento importaria 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 n. 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.

8. 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.

9. 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 consiste na suspensão da eficácia da norma que está em vigor desde 20 de abril de 2015.

10. 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.

11. Os autos foram distribuídos para Relatoria do Ministro Gilmar Mendes e conclusos à Presidência em cumprimento ao que determina o artigo 13, inciso VII, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

4. Inicialmente, é oportuno ressaltar que não constou da referida síntese da Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República a argumentação de que a Emenda Constitucional nº 8/1995 haveria retirado a qualificação de serviço público aos serviços de telecomunicações e que o critério de essencialidade, por si, não qualifica a atividade prestada como serviço público, o que não é verdade, senão vejamos.

5. Para demonstrar que teria sido essa a intenção da EC nº 8/1995, reproduziu a redação original da Constituição e a atual, conforme segue:

Redação original da Constituição, antes da promulgação da EC 8/1995

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

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

6. Entendeu-se que a retirada da expressão "serviços públicos de telecomunicações" do texto constitucional fez dos serviços de telecomunicações não mais serviços públicos, o que não é verdade. A discussão doutrinária e filosófica quanto ao assunto não pode destoar da realidade prática, em que os serviços de telecomunicações são serviços públicos essenciais.

7. A essa dificuldade na conceituação do que são serviços públicos, escreveu José dos Santos Carvalho Filho que "constitui traço de unanimidade na doutrina a dificuldade de definir, com precisão, serviços públicos" (1). Ao conceituá-lo, empresta-se dos diversos conceitos de serviço público existentes na doutrina para chegar ao seu conceito:

MARCELO CAETANO assim define:

"Chamamos serviço público ao conjunto de pessoas e meios que são constituídos tecnicamente em uma unidade e destinados a servir permanentemente a um fim público específico"

Eis o enfoque dado por FRITZ FLEINER:

"Chamamos serviço público ao conjunto de pessoas e meios que são constituídos tecnicamente em uma unidade e destinados a servir permanentemente a um fim público específico."

DIEZ simplifica o conceito, considerando que serviço público **"é a prestação que a Administração efetua de forma direta ou indireta para satisfazer uma**

necessidade de interesse geral".

Na doutrina pátria também variam os conceitos, HELY LOPES MEIRELLES assim define:

"Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado".

MARIA SYLVIA DI PIETRO, a seu turno, considera serviço público **"toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente de direito público"**.

Em nosso entender, o conceito deve conter os diversos critérios relativos à atividade pública. De forma simples e objetiva, conceituamos serviço público como **toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade.** (2)

(grifos no original)

8. Note-se que o conceito de José dos Santos Carvalho Filho leva em conta a essencialidade do serviço à coletividade. Nesse sentido, é oportuno ressaltar que a classificação dos serviços de telecomunicações em serviços prestados em regime público e em regime privado, existente na Lei Geral de Telecomunicações - LGT - Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, ocorreu para a identificação, à época da promulgação da referida Lei, de que comportariam "prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar" (art. 64 da LGT). Note-se, porém, que alteração recente na LGT, promovida pela Lei nº 13.879, de 3 de outubro de 2019, permitiu que todos os serviços de telecomunicações passem a ser explorados em regime privado:

Art. 65 (...)

§ 1º Poderão ser deixadas à exploração apenas em regime privado as modalidades de serviço de interesse coletivo que, **mesmo sendo essenciais**, não estejam sujeitas a deveres de universalização.

9. A alteração promovida na LGT trouxe a característica de serviço público similar ao conceito de José dos Santos Carvalho Filho, ou seja, calcada em sua essencialidade. Com efeito, não nos parece possível uma conclusão diferente de que os serviços de telecomunicações são serviços públicos quando a própria lei os denota essenciais. Além do reconhecimento da essencialidade dos serviços de telecomunicações na LGT, essa também foi declarada nos Decretos nº 10.282, de 20 de março de 2020, e nº 10.288, de 23 de março de 2020, que regulamentaram a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que "dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019".

10. Não ser fornecido ou financiado diretamente pela União não retira de um serviço público a sua classificação como tal, pois, quando entregues por meio de uma forma de delegação estatal a um ente privado, sempre estarão sujeitos à regulamentação, que foi o que ocorreu com a EC nº 8/1995, a LGT e a consequente criação da Anatel.

11. Em contraponto à diferenciação existente na LGT quanto ao regime público ou privado da exploração dos serviços de telecomunicações, mostra-se mais relevante para firmar o conceito de que são serviços públicos, o critério de classificação do interesse na sua exploração, em interesse coletivo e interesse

restrito, previsto no art. 62 da LGT:

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.

12. 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.

13. Note-se que há evidentes prerrogativas de serviços públicos para os serviços de telecomunicações prestados em interesse coletivo, conforme se pode verificar pelo art. 73 da LGT:

Art. 73. As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis.

14. O art. 12 da Lei nº 13.116, de 2015, conhecida como Lei Geral das Antenas (LGA), ora confrontado, é mais uma afirmação de que os serviços de telecomunicações são serviços públicos e, assim, atribuiu-lhe mais uma prerrogativa característica de serviço público, que é a não exigência de contraprestação em razão do direito de passagem em vias públicas, em faixas de domínio e em outros bens públicos de uso comum do povo. Nessa acepção de que os serviços de telecomunicações são serviços públicos, o poder conferido à Anatel para regulamentar a LGT, em que a Agência tem poderes de regulamentação e disciplinares, ou seja, tem de poderes para punir eventuais infrações às disposições legais e corrigir eventuais distorções na exploração dos serviços, percebe-se a afirmativa de Marcelo Caetano de que **“o poder disciplinar tem sua origem e razão de ser no interesse e na necessidade de aperfeiçoamento progressivo do serviço público”** (3). É nesse sentido que a LGT permite à Anatel a imposição de condicionantes à exploração dos serviços de telecomunicações explorados no interesse coletivo:

Art. 135. A Agência poderá, excepcionalmente, em face de relevantes razões de caráter coletivo, condicionar a expedição de autorização à aceitação, pelo interessado, de compromissos de interesse da coletividade.

Parágrafo único. Os compromissos a que se refere o caput serão objeto de regulamentação, pela Agência, observados os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e igualdade.

Art. 136. Não haverá limite ao número de autorizações de serviço, salvo em caso de impossibilidade técnica ou, excepcionalmente, quando o excesso de competidores puder comprometer a prestação de uma modalidade de serviço de interesse coletivo.

§ 1º A Agência determinará as regiões, localidades ou áreas abrangidas pela limitação e disporá sobre a possibilidade de a prestadora atuar em mais de uma delas.

§ 2º As prestadoras serão selecionadas mediante procedimento licitatório, na forma estabelecida nos arts. 88 a 92, sujeitando-se a transferência da autorização às mesmas condições estabelecidas no art. 98, desta Lei.

§ 3º Dos vencedores da licitação será exigida contrapartida proporcional à vantagem econômica que usufruírem, na forma de compromissos de interesse dos usuários.

15. O fato de atualmente existir competição na exploração dos serviços

de telecomunicações e uma progressiva regulamentação orientada à preservação de aspectos concorrenciais para que se tenha mais foco na proteção do interesse dos usuários não lhes retira o atributo de que são, de fato, serviços públicos. Nesse sentido, o ensinamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O que tem ocorrido é uma parcial liberalização de serviços públicos no âmbito da legislação ordinária, como ocorreu com a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 16-7-1997), que, em nenhum momento, utiliza a expressão *serviço público*, preferindo falar em serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito, estes últimos submetidos aos princípios constitucionais da ordem econômica, abertos à livre iniciativa e à competição.

Tenta-se acabar com os monopólios estatais (no âmbito da energia elétrica, dos correios, das telecomunicações, da exploração de minas e jazidas) e tenta-se introduzir a ideia de competição na prestação de serviços públicos. Além disso, a "mercadorização" dos serviços públicos, referida por Vital Moreira, também se verifica quando, em determinadas concessões, o critério de julgamento, na licitação, é o da maior oferta pela outorga do serviço, que acaba por onerar o usuário, com o acréscimo no valor da tarifa. (4)

16. É relevante que fique demonstrado que os serviços de telecomunicações são serviços públicos, pois para sustentar que o dispositivo impugnado violaria o pacto federativo, o Procurador-Geral da República afirmou "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", sendo que, à exceção do caráter monopolístico, a situação é, na verdade, idêntica. Mostra-se oportuno transcrever a ementa do referido julgado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RETRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA. COBRANÇA. TAXA DE USO E OCUPAÇÃO DE SOLO E ESPAÇO AÉREO. CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO. DEVER-PODER E PODER-DEVER. INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS NECESSÁRIOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO EM BEM PÚBLICO. LEI MUNICIPAL 1.199/2002. INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO. ARTIGOS 21 E 22 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. Às empresas prestadoras de serviço público incumbe o dever-poder de prestar o serviço público. Para tanto a elas é atribuído, pelo poder concedente, o também dever-poder de usar o domínio público necessário à execução do serviço, bem como de promover desapropriações e constituir servidões de áreas por ele, poder concedente, declaradas de utilidade pública.

2. As faixas de domínio público de vias públicas constituem bem público, inserido na categoria dos bens de uso comum do povo.

3. Os bens de uso comum do povo são entendidos como propriedade pública. Tamanha é a intensidade da participação do bem de uso comum do povo na atividade administrativa que ele constitui, em si, o próprio serviço público [objeto de atividade administrativa] prestado pela Administração.

4. Ainda que os bens do domínio público e do patrimônio administrativo não tolerem o gravame das servidões, sujeitam-se, na situação a que respeitam os autos, aos efeitos da restrição decorrente da instalação, no solo, de equipamentos necessários à prestação de serviço público. A imposição dessa restrição não conduzindo à extinção de direitos, dela não decorre dever de indenizar.

5. A Constituição do Brasil define a competência exclusiva da União para explorar os serviços e instalações de energia elétrica [artigo 21, XII, b] e privativa para legislar sobre a matéria [artigo 22, IV]. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com a declaração, incidental, da inconstitucionalidade da Lei n. 1.199/2002, do Município de Ji-Paraná.

(RE 581947, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, Repercussão Geral, Dje de 26.8.2010)

17. Nem seria correto afirmar que a exploração dos serviços de energia

elétrica é monopolística, pois isso seria ignorar o art. 15 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. No setor elétrico, há regimes concorrenciais de prestação desse serviço, orientados ao atendimento dos chamados *consumidores livres*, em oposição aos *consumidores cativos*. O consumidor livre de energia precisa atender a um requisito mínimo de demanda, a qual vem sendo progressivamente reduzida pelo Ministério de Minas e Energia, e pode contratar o fornecimento do serviço de qualquer produtor de energia elétrica. As pessoas físicas e jurídicas que participam do mercado livre de energia têm, de maneira geral, acesso a preços menores, especialmente em contratos de longo prazo.

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)

19. Parece-nos evidente que o referido julgado, portanto, é de caso absolutamente similar ao que ora se discute.

20. Recentemente, reforçando que não há violação ao pacto federativo quando há normas gerais da União para a prestação dos serviços de telecomunicações e que a legislação local, seja estadual ou municipal, não pode ser impeditiva para o exercício de atividades cuja competência é da União, tem-se a seguinte jurisprudência também do Pretório Excelso:

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. Precedente.

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 2902, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 04/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-143 DIVULG 09-06-2020 PUBLIC 10-06-2020)

21. Dos referidos julgados, mostra-se também que não há qualquer violação da União para editar normas gerais sobre contratos administrativos ou sobre direito urbanístico, pois o referido art. 12 pressupõe exatamente que bens de uso comum do povo são entendidos como propriedade pública e, portanto, o seu uso para prestação de serviços públicos, independentemente se executados diretamente pela União ou por empresas, em regime de concessão, permissão ou autorização de serviços de telecomunicações, deve ocorrer sem qualquer ônus.

22. Com efeito, dispor que o tratamento da gratuidade ou não do uso de bem comum do povo para a exploração de serviço público dar-se-ia ao capricho do ente federativo que o tutela seria um evidente óbice ao exercício da competência da União, tornando indeterminado o planejamento das políticas públicas e a execução dos serviços públicos. A ausência de definição 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.

23. A petição alega, ainda, que impor a não onerosidade pelo uso de bem comum do povo de titularidade de outros entes federativos seria espécie de "subsídios cruzado" em prejuízo de seus próprios serviços públicos e de sua arrecadação. De acordo com esse raciocínio, mereceria maior proteção a pretensão de cobrança pela disposição da propriedade pública dos entes subnacionais, eis que as receitas decorrentes dessa exploração seriam vertidas a propósitos de interesse público dos Estados, do DF e dos municípios, por vezes em seus próprios serviços públicos, na condição de receitas acessórias. Essas alegações também são de difícil sustentação e contrariam as evidências lógicas, factuais e científicas mais básicas.

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 Covid-19, 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.

25. A avaliação empírica mais comedida evidencia que, ao cobrar pelo uso de faixas de domínio, por exemplo, as localidades em que há menor interesse econômico para a exploração do serviço de telecomunicações ficam ainda mais desinteressantes às empresas. O custo da imposição de obrigações

para atendimento que a Anatel promove em seus editais de licitação de radiofrequência, termos de ajustamento de conduta (TAC) e penalidades com obrigações de fazer, que são formas de estímulo à exploração dos serviços em localidades que o interesse econômico normalmente é reduzido, fica sobremaneira mais alto, exatamente em desfavor da coletividade, em regra, da população que mais carece da oferta de serviço nos rincões do país.

26. Podem-se mencionar alguns exemplos, dentre uma miríade de casos existentes. Salvo no estado do Espírito Santo, não há legislação em qualquer outro estado que seja adequada ao art. 12 da Lei Geral das Antenas. Os Departamentos de Estrada e Rodagem estaduais cobram, por exemplo, pelo uso da faixa de domínio das rodovias estaduais, salvo quando há medidas judiciais pontuais em favor de uma ou outra empresa de telecomunicações. As 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. Abaixo, a legislação dos estados de Minas Gerais e do Paraná:

Decreto nº 43.932, de 21 de dezembro de 2004 (Minas Gerais)

Art. 31. A Taxa de Licenciamento para Uso ou Ocupação da Faixa de Domínio das Rodovias (TFDR) é devida pelo exercício regular do poder de polícia do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais (DER/MG) relativo à fiscalização e ao controle do uso ou ocupação da faixa de domínio de rodovia estadual ou federal delegada ao Estado, inclusive a que for objeto de concessão, visando a garantir a segurança do trânsito rodoviário e a preservação do meio ambiente e do patrimônio público, nas seguintes hipóteses:

(...)

II - ocupação de faixa transversal ou longitudinal, para a instalação de linha ou rede de transmissão ou distribuição de energia elétrica ou de comunicação, inclusive cabo de fibra ótica ou assemelhados e base para antena de comunicação, de correia transportadora de minério e afins, de rede de adução, emissão ou distribuição de água e esgoto, de gasoduto, oleoduto e tubulações diversas;

(...)

TABELA A

(a que se refere o Capítulo VIII)

LANÇAMENTO E COBRANÇA DA TAXA DE LICENCIAMENTO PARA USO OU OCUPAÇÃO DA FAIXA DE DOMÍNIO DAS RODOVIAS - TFDR

(11)	ITEM	DISCRIMINAÇÃO	QUANTIDADE (UFEMG)
(11)	1	Análise e parecer técnico sobre projetos para autorização de acesso a propriedades lindeiras à faixa de domínio	300
(11)	2	Uso ou ocupação da faixa de domínio das rodovias:	
(11)	2.1	Ocupação longitudinal (observado o § 1º do art. 33)	Por km/ano ou fração
(11)	2.1.1	Fibra ótica e cabo de telefonia convencional	4.000,00

Lei nº 17.445, de 27 de dezembro de 2012 (Paraná)

Art. 1º Fica instituída a Taxa de Fiscalização do Uso ou Ocupação da Faixa de Domínio das Rodovias - TFDER, devida pelo exercício regular do poder de polícia do DER-PR, relativo à fiscalização e ao controle do uso ou ocupação da faixa de domínio das rodovias sob sua responsabilidade, visando garantir a segurança do trânsito rodoviário, a preservação do meio ambiente e do patrimônio público, nas seguintes hipóteses:

[\(vide Decreto 7969 de 16/04/2013\)](#)

I - ocupação de faixa transversal ou longitudinal ou de área para a instalação de

linha ou rede de transmissão ou distribuição de energia elétrica ou de comunicação, inclusive cabo de fibra ótica ou assemelhados, de rede de adução, emissão ou distribuição de água e esgoto, redes de drenagem, de gasoduto, oleoduto, poliduto e tubulações diversas;

Decreto nº 7.969, de 16 de abril de 2013

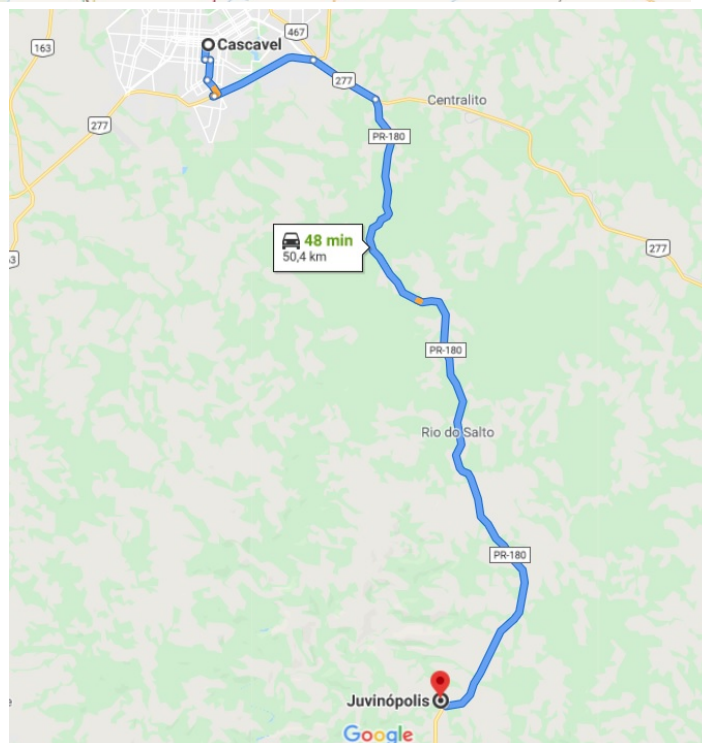
Art. 1º A TFDER - Taxa de Fiscalização do Uso ou Ocupação da Faixa de Domínio das Rodovias no Estado do Paraná, administradas pelo DER - Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná, tem incidência quando da ocupação de faixa de domínio longitudinal, transversal ou instalação de dispositivos visuais.

Art.2º O pagamento da TFDER será anual e proporcional aos dias de ocupação para empreendimentos novos.

27. Até mesmo o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT realiza a cobrança pelo uso da faixa de domínio das rodovias que encontram sob sua jurisdição. Após o início da vigência da LGA, promoveu-se extenso debate com aquela Autarquia Federal e, em posição contrária à Advocacia-Geral da União, o DNIT expediu a Súmula nº 1, de 3 de julho de 2018, nos seguintes termos: "A desoneração prevista no art. 12 da Lei 13.116/2015 (Lei geral das antenas) em decorrência do uso da faixa de domínio pelo setor de telecomunicações atinge exclusivamente a zona urbana". Não há no texto da Lei qualquer referência à zona urbana e rural, mas pareceu conveniente ao DNIT interpretar que deve continuar realizando as cobranças nas zonas rurais, onde se encontram a maioria das rodovias federais.

28. Para compreender-se o impacto da cobrança pelo direito de passagem no direito do cidadão brasileiro de ser provido de serviços de telecomunicações, tome-se por referência o exemplo paranaense mencionado. O valor da taxa de fiscalização cobrada de detentores de redes de telecomunicações é de 110 UPF/PR (Unidade Padrão Fiscal do Paraná) por quilômetro linear. Considerando-se o valor de R\$ 106,34 por UPF/PR para junho de 2020 (Resolução 454 SEFA, de 19 de maio de 2020), tem-se que o custo anual por quilômetro de rede de telecomunicação implantada à margem das rodovias paranaenses é de R\$ 11.697,40.

29. Juvinópolis é um distrito do município de Cascavel (PR). Esse distrito hoje não é atendido por redes de transporte de fibra ótica, o que sujeita a população local a um acesso à Internet de pior qualidade. Para estender até lá a rede de fibra ótica hoje existente na cidade de Cascavel, o meio tecnicamente mais recomendável é o lançamento dos cabos em postes (ou seu enterramento) à margem da rodovia PR-180. A rede teria aproximadamente 50 km, dos quais cerca de 40 km estariam na faixa de domínio da referida rodovia estadual e outros 10 km, na BR-277.



30. A partir de valores praticados no mercado brasileiro, pode-se estimar o custo desse investimento em R\$ 800 mil, caso se opte por uma rede aérea (posteada). O custo anual a ser pago a título de direito de passagem, considerando que hoje o Estado do Paraná descumpra o art. 12 da Lei nº 13.116, de 2015, seria de R\$ 467.896,00. Trata-se de um custo afundado (*sunk cost*) recorrente, que precisa ser anualmente coberto pela operação do serviço.

31. Ocorre que o distrito de Juvinópolis possui uma população de aproximadamente 1,7 mil habitantes, ou seja, cerca de 500 domicílios. Considerando-se a média brasileira de R\$ 73,00 mensais de faturamento por conexão ativa e a existência de banda larga fixa em 71% dos domicílios (dados do Cetic.br, pesquisa TIC Domicílios 2019), pode-se estimar uma receita anual bruta da ordem de R\$ 310.980,00 com a prestação do serviço em Juvinópolis. Com isso, um provedor regional beneficiário do Simples Nacional (existem mais de 12 mil empresas nessa condição) conseguiria viabilizar o investimento e

amortizá-lo em um prazo de cinco a dez anos, se não lhe fosse cobrado o direito de passagem, conforme preconiza o art. 12 da LGA. **No entanto, a cobrança feita pelo Estado de R\$ 467.896,00 como contrapartida ao direito de passagem já é 50% maior do que o faturamento potencial com o serviço!** Ou seja, um investimento cujo retorno seria apertado, mas viável, fica inviabilizado pela cobrança do direito de passagem. E, com isso, a população da localidade permanece sem acesso ao serviço.

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.

33. A comparação feita, na petição inicial, entre o setor elétrico (suposto monopólio) e o setor de telecomunicações (suposto livre mercado) para fins de justificar a cobrança pelo direito de passagem ainda contradiz os prolegômenos da ciência econômica. Assim argumenta a petição inicial:

Distintamente dos serviços de distribuição de energia elétrica, a competição e a prestação em regime privado é imanente aos serviços de telecomunicação, que, mesmo prestados sob regime público, podem ser convertidos em serviços em regime privado por ato administrativo do Poder Público, circunstância não vislumbrada, técnica ou juridicamente, nos serviços públicos não concorrenciais.

(...)

O regime dos serviços de telecomunicações, fundado na liberdade de competição e na liberdade de definição de preços, não se reveste da instrumentalidade estatal que justifica, para seu exercício, a atração de proteções e privilégios típicos da Fazenda Pública, que assiste a prestadores de serviços públicos prestados em regime não competitivo, em par com a jurisprudência do STF (...).

34. O trecho citado acima aborda o tema superficialmente e ignora distinções que precisam ser feitas. Em primeiro lugar, o fato de que parte dos preços de público do setor de telecomunicações seja livre (*i.e.*, não tarifada) não significa que o serviço seja desregulado. A regulação empreendida pela Anatel permite que haja competição e, quando isso ocorre, não é necessário fixar preços. Há, porém, situações em que a competição é débil. Nesses casos, a Agência dispõe de um sofisticado ferramental regulatório, consubstanciado primordialmente em seu Plano Geral de Metas de Competição, por meio do qual impõe remédios concorrenciais às prestadoras de serviços de telecomunicações, independentemente do regime jurídico de sua prestação. A Agência determina, por exemplo, a desagregação e o compartilhamento de uma rede com outras operadoras, a realização de oferta obrigatória de insumos de atacado e chega mesmo a fixar limites para preços de certos elementos contratuais, tal como o valor de remuneração de uso de rede da telefonia móvel (VU-M).

35. A tortuosa linha de raciocínio da ação tenta fazer crer que, como os serviços de telecomunicações não são tarifados, qualquer "privilégio" transformar-se-ia em lucro para as empresas desse setor. Trata-se de um raciocínio equivocado. À luz da ciência econômica, em um mercado competitivo, o preço equivale ao custo marginal de um determinado volume de bens produzidos ou serviços prestados. Em um mercado monopolista, não existe um preço de mercado, pois a firma monopolista é a formadora de preços e, com isso, tende a reduzir ao máximo o excedente do consumidor. Mas será que isso ocorre mesmo quando o monopólio é regulado? Os dados falam por si.

36. Comparem-se as informações financeiras oficiais de três empresas privadas representativas de telecomunicações e três empresas privadas representativas de energia elétrica, todas com ações negociadas em bolsa de valores. Abaixo, uma tabela que indica a margem de lucro líquida (ML) e o retorno econômico sobre o patrimônio líquido (ROE) dos dois grupos de empresas, referentes ao ano de 2019:

	Telecomunicações			Energia Elétrica		
Empresa	Oi	Vivo	Tim	AES Tietê	Taesa	Engie
ML	- 45,20%	11,30%	20,80%	14,70%	55,80%	23,60%
ROE	-	7%	16%	21%	20%	33%

37. Como se pode ver, se um dos dois setores apresenta vultosos rendimentos e margens de lucro, esse setor não é o de telecomunicações.

38. O tratamento dado pela petição inicial ao setor de telecomunicações rebaixa o usuário desses serviços, levando à conclusão de que se trata de um serviço que não precisa chegar a todos os brasileiros, diferentemente do serviço de distribuição de energia elétrica, que, este sim, seria essencial. A imposição da cobrança do direito de passagem certamente traria prejuízos aos usuários de ambos os serviços – telecomunicações e energia elétrica. Para um serviço tarifado, como o de energia elétrica, seria possível absorver esse custo no âmbito de uma tarifa, apenas atualizando-a. Para o serviço de telecomunicações, porém, a cobrança de contrapartida pelo direito de passagem traria dificuldades insuperáveis.

39. A cobrança pelo direito de passagem de redes de telecomunicações, ao arrepio do art. 12 da LGA, condena um grande conjunto de cidadãos ao desatendimento, conforme já dito, em função da ausência de subsídio cruzado e de subvenção estatal, fatores que existem no setor elétrico. Além disso, porém, implica uma distorção do custo relativo de diferentes tipos de redes de telecomunicações e faz tecnologias antigas e pouco eficientes, como os rádios micro-ondas, terem um custo menor do que as tecnologias mais avançadas, como os cabos de fibra óptica. Isso leva a uma má alocação (*misallocation*) de investimentos, que, por sua vez, acarreta baixa produtividade, baixa geração de renda e serviços piores para a população.

40. Quanto ao pedido de medida cautelar, é surpreendente supor urgência na suspensão de uma lei que vigora há mais de cinco anos. É evidente que a pandemia de Covid-19 diminuiu brutalmente a arrecadação de Estados, de Municípios e mesmo da União. O decréscimo da atividade econômica já levou, inclusive, à edição da Lei Complementar nº 173, de 27 de maio de 2020, que estabeleceu o "Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19)", determinando que a "União entregará, na forma de auxílio financeiro, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, em 4 (quatro) parcelas mensais e iguais, no exercício de 2020, o valor de R\$ 60.000.000.000,00 (sessenta bilhões de reais) para aplicação, pelos Poderes Executivos locais, em ações de enfrentamento à Covid-19 e para mitigação de seus efeitos financeiro". Porém, a realidade **temporária** da pandemia de Covid-19 não é razão para alterar a interpretação de uma lei que está em vigência há mais de cinco anos e intenciona-se perene.

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 exercerem 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. Por fim, sucessivamente, somente por hipótese, caso se considere que há violação do pacto federativo pelo art. 12 da Lei nº 13.116, de 2015, é relevante que a norma positivada não seja expurgada do ordenamento jurídico e que se suscite a interpretação conforme a Constituição Federal, nos termos do art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, para a manutenção da compatibilidade da norma ao ordenamento constitucional, firmando sua validade em âmbito federal.

CONCLUSÃO

43. Ante o exposto, propõe-se o encaminhamento desta Nota Informativa à Coordenação-Geral de Assuntos Judiciais da Consultoria Jurídica do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações.

À consideração superior.

Brasília, 09 de julho de 2020.

Citações:

- (1) CARVALHO FILHO, José dos Santos, Manual de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 2008, p. 291.
- (2) Idem, p. 292/293.
- (3) CAETANO, Marcelo, Do Poder Disciplinar, Lisboa, 1932, p. 25.
- (4) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo, São Paulo, 2009, p. 106/107.



Documento assinado eletronicamente por **Artur Coimbra de Oliveira**, **Diretor do Departamento de Banda Larga**, em 13/07/2020, às 16:22 (horário oficial de Brasília), com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Otto Fernandes Solino**, **Coordenador-Geral de Infraestrutura de Banda Larga**, em 13/07/2020, às 16:30 (horário oficial de Brasília), com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <http://sei.mctic.gov.br/verifica.html>, informando o código verificador **5679097** e o código CRC **0119DA66**.

Minutas e Anexos

Não Possui.

Referência: Processo nº 00692.002083/2020-82

SEI-MC nº 5679097