

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR RELATOR MINISTRO GILMAR MENDES, DO
EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL DE FEDERAL – STF**

Processo	Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6482
Relatoria	Ministro Gilmar Mendes
Requerente	Procuradoria-Geral da República
Requerido	Congresso Nacional

MANIFESTAÇÃO DO *AMICUS CURIAE* – SINDITELEBRASIL

Estudo nº 1 Anexado: parecer jurídico do Prof. Dr. Floriano de Azevedo Marques Neto¹

Estudo nº 2 Anexado: parecer econômico da consultoria LCA²

SUMÁRIO

1.	SÍNTESE DA INICIAL.....	02
2.	O CONFRONTO DA ADI COM O NÚCLEO ESSENCIAL DA SEGURANÇA JURÍDICA, ELEMENTO ÍNSITO AO ESTADO DE DIREITO.....	04
3.	SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES COMO ATIVIDADES PÚBLICAS E DE ORGANIZAÇÃO NACIONAL E INTEGRADA.....	14
4.	O MODELO REGULATÓRIO DA LEI Nº 13.116/2015.....	18
5.	A ESTRUTURA E A <i>RATIO</i> DO DIREITO DE PASSAGEM.....	22
6.	O ART. 12 DA LEI Nº 13.116/2015 E O ARRANJO FEDERATIVO.....	25
7.	ASPECTOS TÉCNICOS ADICIONAIS.....	28
8.	CONCLUSÕES: a constitucionalidade do <i>caput</i> do art. 12 da LGA.....	31

¹ Parecer assim estruturado: I) *especificidades dos usos dados aos bens públicos*: viabilidade jurídica de se instituir um regime de uso não oneroso em favor de um serviço público; II) *natureza jurídica dos serviços de telecomunicação*: independentemente do regime jurídico utilizado, está-se diante de serviços públicos, nos exatos termos do que estabelece inciso XI do artigo 21 da Constituição Federal; III) *competências dos entes federativos*: impossibilidade de um ente da federação exercer a competência para gerir seus bens de forma a gerar oneração desproporcional em serviço público de titularidade de outro ente.

² Parecer dividido em 4 capítulos, incluindo a introdução. Capítulo 2: considerações sobre o Direito de Passagem e os potenciais riscos relacionados à ADI 6482. Capítulo 3: a racionalidade econômica que suporta o tratamento dado ao setor de telecomunicações no Direito de Passagem, assim como os impactos esperados de sua cobrança para os objetivos da política nacional de telecomunicações. Capítulo 5: ganhos socioeconômicos esperados da maior penetração de serviços de telecomunicações e as expectativas relacionadas ao 5G.

1. **SÍNTESE DA INICIAL**: o questionamento, pela PGR, ao *caput* do art. 12 da Lei nº 13.116/2015 – Lei Geral de Antenas (LGA) -, que, legislando sobre telecomunicações, estabelece a *gratuidade do direito de passagem* da sua infraestrutura

1.1. Em 02/07/2020, o douto Procurador-Geral da República ajuizou a presente ação, pleiteando a declaração de inconstitucionalidade do *caput* do art. 12 da Lei nº 13.116/2015 – Lei Geral de Antenas (LGA) -, e pedindo, inclusive, a concessão de medida cautelar, nada obstante o comando atacado vigesse há mais de cinco anos.

1.2. A LGA estabelece normas gerais para implantação e compartilhamento da infraestrutura de telecomunicações. O aludido *caput* do seu art. 12 dispõe 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”.

1.3. Para o PGR, o dispositivo afrontaria 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* (*moralidade administrativa*), bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade”, todos da Constituição Federal. Anotou, ainda, o douto Procurador-Geral em sua inicial:

“(i) ao impedir a remuneração pelo custo de oportunidade da passagem em vias públicas, em faixas de domínio e em outros bens públicos de uso comum do povo, frustrou, de modo direto, prerrogativa de disposição, imanente ao direito constitucional de propriedade (5º, *caput* e inciso XXII), o qual assiste aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal;

(ii) ao fazer renúncia à receita de terceiros a título de subsidiar competência federal (inclusive quando prestada em regime de direito privado, no interesse principal do agente privado prestador), violou o princípio de autonomia dos entes federativos (art. 2º, c/c art. 60, § 4º, CF/88);

(iii) ao tornar o direito de passagem matéria impassível de disposição contratual (“res extra commercium”), erigiu norma específica em matéria de contratos administrativos (art. 22, XXVII, c/c art. 24, § 2º, CF/88).” (p. 14 da inicial).

1.4. Segundo o PGR, o *caput* do art. 12 da LGA veicula “norma de caráter específico, não albergada pelo permissivo constitucional”, qual seja, a competência prevista no art. 22, XXVII, c/c art. 24, § 2º da Constituição³ (p. 32).

1.5. Sustenta que “a frustração de receita pública de Estados, DF e Municípios em favor de outorgas federais de telecomunicações exploradas sob regime privado não realiza o princípio da eficiência, eis que exclui dos entes nacionais a possibilidade de financiar suas atividades e serviços públicos dispondo, para tanto, de seu acervo patrimonial”.

1.6. Consoante consta do parecer do Professor Floriano de Azevedo Marques Neto, que acompanha a presente manifestação, os pontos suscitados pelo douto Procurador-Geral da República encontram respostas na Constituição, pois “inexiste fundamento constitucional para sustentar que serviços públicos apenas admitem um regime jurídico único, ou então que não suportam ambiente concorrencial”.

1.7. O ilustre parecerista anota que, “se a Constituição elenca as telecomunicações como serviços públicos, e estes apenas admitem um único regime jurídico (o regime tido como público), incorreria em inconstitucionalidade a Lei nº 9.472/97 por admitir a sua prestação em diferentes regimes”. Entretanto, a CF88 “não se presta a definir regimes jurídicos únicos incidentes às atividades que elenca como serviços públicos”.

1.8. Prosseguindo com as alegações do PGR, aduz-se, por fim, violação aos “princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, na medida em que sacrifica receita pública dos entes subnacionais, que poderia ser utilizada em favor dos serviços públicos de interesse regional e local, para, ao invés disso, fomentar atividades exploradas em regime de competição”.

³ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III (Redação da EC nº 19/1998); Art. 24, § 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados”.

1.9. Esses são, numa breve, mas completa síntese, os argumentos submetidos pelo Procurador-Geral da República a este Supremo Tribunal Federal na presente ação direta de inconstitucionalidade, cujas respostas passam a ser apresentadas nos capítulos seguintes.

2. O CONFRONTO DA ADI COM O NÚCLEO ESSENCIAL DA SEGURANÇA JURÍDICA, ELEMENTO ÍNSITO AO ESTADO DE DIREITO: a conformação e estabilização constitucional, legal, infralegal e jurisprudencial da gratuidade do direito de passagem em telecomunicações

2.1. A matéria “telecomunicações” é estratégica para qualquer nação, notadamente no tempo presente. Não sem razão, a Constituição entregou à União a competência para explorar esses serviços, como também a competência privativa para sobre ele legislar. Eis:

“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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:)

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

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

2.2. Comentando os dispositivos constitucionais acima transcritos, o Professor Floriano de Azevedo Marques Neto anota que:

“a locução constitucional (CR-88, art. 21) é a mesma para os serviços de telecomunicações que é para energia elétrica, portos, aeroportos, ferrovias. Todos são atribuídos à competência da União que deve organizar sua prestação e prestar, direta ou indiretamente, podendo adotar o arranjo regulatório que julgar adequado, manejando os regimes de concessão ou permissão (quando a União quiser que alguém o faça em seu nome, em regime mais protetivo) ou autorização (quando entender cabível admitir que privados façam tomando maiores riscos inerentes à atividade econômica). Mas na essência, todas estas atividades são eleitas pela Constituição como

atividades cuja responsabilidade cabe à União e portanto esta pode e deve assegurar sua prestação de forma contínua e universalizada (*rectius*, são serviços públicos nesta acepção mais hodierna, não agrilhoadas na tradição francesa, de todo incompatível com nosso sistema constitucional de jurisdição una)” (p. 35).

2.3. Densificando a Constituição, o art. 60, *caput*, da Lei nº 9.472/1997 (Lei Geral das Telecomunicações - LGT) define que “**serviços de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicações**”. O §1º diz: “telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”.

2.4. Daí a implantação e o compartilhamento de infraestruturas de telecomunicações se enquadrarem no conceito normativo de “**serviços de telecomunicações**”, pois as antenas e toda a infraestrutura de telecomunicações constituem a base material que possibilita a própria prestação desse relevante serviço público essencial.⁴ Sem antenas ou sem infraestrutura material, nem sequer se poderia cogitar da expansão, universalização e realização das obrigações e finalidades constitucionais embutidas na prestação do serviço.

2.5. A presente manifestação está acompanhada do parecer econômico elaborado pelo grupo de especialistas da LCA Consultores, denominado “Impactos esperados da cobrança de Direito de Passagem para instalação de infraestrutura de telecomunicações”. Desenvolvendo ainda com mais profundidade esse ponto, a sua página 05 esclarece:

“Segundo a Lei de Antenas, a cobrança do Direito de Passagem ocorre quando a prestadora de serviços de telecomunicação utiliza, mediante autorização do poder público ou do ente privado que explora esse bem público, parcela da área (subterrânea, superficial, suspensa ou de sombra) de vias públicas, em faixas de domínio e em outros bens públicos de uso comum do povo (ainda que explorados por meio de concessão ou outra forma de delegação) para instalar sua infraestrutura de suporte (postes, torres, mastros, armários, estruturas de superfície e estruturas suspensas), bem como os cabos, sistemas, equipamentos, recursos e elementos de rede indispensáveis à operação de serviços de telecomunicações. As normas

⁴ Segundo o art. 9º, § 1º, da Constituição, “a lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade”. Daí o art. 10, VII, da Lei nº 7.783/1989 (exercício do direito de greve) dispor que “são considerados serviços ou atividades essenciais as “telecomunicações”.

para a cobrança do Direito de Passagem variam entre os diferentes órgãos públicos e concessionárias que os administram, mas geralmente os valores são calculados em função da quantidade de quilômetros de cabos instalados. Neste sentido, quanto maior a rede instalada, maior é o valor pago pelas prestadoras.”

2.6. Autorizada por tais comandos, e realizando outros dispositivos constitucionais de envergadura, como os que veiculam os objetivos fundamentais da República⁵, a Lei nº 13.116/2015 trouxe o *caput* do art. 12, estabelecendo a gratuidade do direito de passagem, comando que impulsionou disciplinamentos infralegais, como o Decreto nº 10.480/2020⁶:

“Art. 9º Não será devida contraprestação em razão do direito de passagem para a instalação de infraestrutura de redes de telecomunicações em faixas de domínio, em vias públicas e em outros bens públicos de uso comum do povo, incluídas as obras de que trata o art. 3º¹ que estiverem concluídas, ainda que os referidos bens ou instalações sejam explorados por meio de concessão ou outra forma de delegação.

§ 1º O interessado reparará dano causado à faixa de domínio, às vias públicas e a bens de uso comum do povo decorrente da instalação, da manutenção, da remoção ou da realocação da infraestrutura de redes de telecomunicações.

§ 2º O disposto no caput não abrange os valores cobrados pelo órgão ou pela entidade gestora de faixa de domínio, da via pública ou de outro bem público de uso comum do povo para custear análise das propostas técnicas de instalação de infraestrutura de redes de telecomunicações.

§ 3º O disposto no caput aplica-se às áreas urbanas e rurais.”

2.7. Seguindo com o disciplinamento infralegal, o DNIT publicou a Resolução nº 9/2020:

“Art. 34. O uso da faixa de domínio será concedido sem ônus à permissionária nos seguintes casos:

I - concessionárias de serviços públicos de energia elétrica, conforme o art. 2º do Decreto nº 84.398, de 16 de janeiro de 1980;

⁵ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

⁶ A PGR aditou a inicial para pedir também “declaração de inconstitucionalidade, por arrastamento ou consequente, do art. 9º, caput, §§ 1º a 3º, do Decreto 10.480, de 1º.9.2020 (...)”.

- II - prestadoras de serviços de telecomunicações, conforme art. 12 da Lei nº 13.116, de 20 de abril de 2015;
 - III - estabelecimentos cadastrados como locais de espera, repouso e descanso e pontos de paradas, nos termos do art. 10 da Lei nº 13.103, de 2 de março de 2015;
 - IV - acessos de todos os tipos, ressalvado o pagamento do PAV e do PEP; e
 - V - órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional da União, sempre que a ocupação requerida seja para uso próprio e dentro de sua área atuação e competência.
- (...)”

2.8. Mas não é só. Para além da base normativa robusta, há a vasta jurisprudência do STF.

2.9. Em 27/5/2010, o STF finalizou o julgamento do RE nº 581.947 (DJe 27/8/2010) - município de Ji-Paraná *v.* Centrais Elétricas de Rondônia S/A CERON -, de relatoria do ministro Eros Grau, cuja tese do Tema 261, em decisão unânime, é essa: “É inconstitucional a cobrança de taxa, espécie tributária, pelo uso de espaços públicos dos municípios por concessionárias prestadoras do serviço público de fornecimento de energia elétrica”.⁷

2.10. Meses depois, no AI nº 709.723 (DJe 30/11/2010) - NET São Paulo Ltda *v.* município de São Paulo -, a ministra Cármen Lúcia relatou que a recorrente realizava atividades com a utilização da infraestrutura da Eletropaulo (postes, câmeras e dutos subterrâneos) para a passagem de cabos destinados ao transporte de sinais de TV e outros sinais de telecomunicações, constitutivas da prestação de serviços de telecomunicações.⁸

⁷ Eis a ementa do RE nº 581.947, que deu azo à tese do Tema nº 261: “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.”

⁸ Trecho do acórdão recorrido: “se ao Município jamais foi impedida essa atribuição, não há sentido em querer vedá-la pelo fato de a impetrante manter contrato de concessão de serviço de televisão a cabo com a União, mas necessitar, para sua atividade, do subsolo, e não poderia dá-lo de barato para evitar ofensa ao então vigente art. 68 do Código Civil, porque o uso comum pode ser gratuito, mas soaria inominável estranheza dar-se privilégio a alguém para usar bem público com exclusividade, fazendo-o sem remuneração” (fls. 297-299).

Invocando o RE nº 581.947 (Tema 261), anotou que o acórdão recorrido havia divergido desse *leading case*, razão pela qual dava provimento ao RE.

2.11. Ano seguinte, 2011, no AI nº 834.571 (DJe 17/2/2011) - Brasil Telecom S/A *v.* município de Igrejinha -, o douto relator, ministro Ricardo Lewandowski, reverteu decisão do Órgão Especial do TJRS que divergia do RE nº 581.947.⁹

2.12. No RE nº 494.163 AgR (DJe 15/3/2011) - município do Rio de Janeiro *v.* TELCOMP -, pela ministra Ellen Gracie, a Segunda Turma, por unanimidade, decidiu: “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)”.

2.13. A página nº 5 do acórdão acima registra a ênfase da relatora, anotando ser “irrelevante eventual distinção entre as legislações de regência dos setores de energia e telecomunicações. Isso porque o caso dos autos se refere à cobrança de retribuição pecuniária pela instalação de equipamentos necessários à prestação de serviço público em bens de uso comum do povo, hipótese idêntica ‘aquela ocorrente no citado RE”.

2.14. Para a Segunda Turma, “é fato de que a Lei 9.472/1997 estabelecer um sistema de competitividade no setor de telecomunicações, como diz o agravante, não tem o condão de, por si só, afastar a aplicação, ao caso, do citado precedente do Plenário, sendo ainda certo que essa matéria possui evidente índole infraconstitucional”.

2.15. Em seguida, a Primeira Turma apreciou o AI nº 663.090 AgR (DJe 1/7/2011), de relatoria da ministra Cármen Lúcia - município de São Paulo *v.* EMBRATEL.

⁹ Ementa do acórdão recorrido: “APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. UTILIZAÇÃO DE BEM PÚBLICO POR PARTICULAR. COBRANÇA DE PREÇO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU INCONSTITUCIONALIDADE. I – Todos os bens públicos são passíveis de uso especial por particulares, mediante contrato ou ato unilateral da administração. Ninguém tem direito natural a uso especial de bem público. II – A concessionária do serviço público deve se submeter à legislação municipal para ocupação de vias públicas e sujeitar-se à retribuição pecuniária se assim for exigido. Competência legislativa se contém no art. 103 do Código Civil. III – Decisão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça reconhecendo a Constitucionalidade da Lei Municipal nº 3.242/2002 que estabelece a remuneração pela ocupação de bem público. Legalidade da cobrança. Apelação desprovida” (fl 407). No RE nº 628.143 (DJe 3/11/2010), também relatado pelo ministro Ricardo Lewandowski, Brasil Telecom S/A *v.* município de Igrejinha, o acórdão recorrido havia entendido pela legitimidade da cobrança de remuneração pelo uso de bem público, ainda que de uso comum do povo, utilizado por concessionária de serviços de telecomunicações, nos termos da Lei 3.242/2002, instituída por Igrejinha/RS. O RE nº 581.947 foi igualmente invocado para que o douto relator conhecesse do recurso extraordinário e lhe desse provimento.

2.16. Os fundamentos ventilados pelo município recorrente foram os mesmos apresentados nessa ADI: **(i)** competência legislativa municipal exclusiva para estabelecer a disciplina jurídica dos bens municipais, diante da capacidade de auto-administração decorrente da autonomia que lhe foi concedida pela Constituição, em seu art. 18 **(ii)** o Código Civil prevê a possibilidade de cobrança pelo uso comum de bens públicos; **(iii)** os serviços de telecomunicações não são uma das responsabilidades atribuídas pela Constituição aos municípios. Assim, não tem cabimento o subsídio, com recursos municipais, à prestação deste serviço, de competência federal, sob pena de má utilização do patrimônio municipal; **(iv)** trata-se de remuneração pelo uso do bem público, ou seja, um preço público.

2.17. A Primeira Turma negou provimento ao agravo e o fez por unanimidade.

2.18. São muitas as decisões monocráticas e colegiadas. Apenas para ilustrar: **(i)** AI nº 74.5718 (DJe 25/4/2011), município de Osasco *v.* Engeredes Redes Multimídia S/A, relatora a ministra Cármen Lúcia; **(ii)** AI nº 656.144 (DJe 5/6/2011), Brasil Telecom S/A *v.* Município de Três Coroas, relator o ministro Celso de Mello; **(iii)** AI nº 642.067 ED (DJe 13/11/2012), município do Rio de Janeiro *v.* EMBRATEL, relator o ministro Celso de Mello, por unanimidade, na Segunda Turma; **(iv)** AI nº 861.088 (DJe 1/9/2014), município de Formiga/SP *v.* Telemar Norte Leste S/A, relatora a ministra Cármen Lúcia; **(v)** RE nº 811.620 AgR-terceiro (DJe 28/10/2015), DER/MG *v.* a Telemar Norte Leste S/A, relator o ministro Edson Fachin, por unanimidade, na Primeira Turma; **(vi)** RE nº 1.157.318 (DJe 14/9/2018), Algar Telecom S/A *v.* Autovias S/A, relatora a ministra Cármen Lúcia; **(vii)** RE 988.798 (DJe 5/12/2018), Global Village Telecom – GVT *v.* DAER/RS, relatora a ministra Rosa Weber;¹⁰ **(viii)** RE nº 1.074.418 (DJe 3/5/2019), OI S.A. *v.* CONCEPA – Concessionária da Rodovia Osório Porto Alegre S.A. e ANTT, relator o ministro Ricardo Lewandowski;¹¹ **(ix)** RE nº 120.4630, município de Fortaleza *v.* Telefônica Data S/A, relator

¹⁰ Trecho da ementa do acórdão recorrido: “(...) 1. O Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem - DAER possui competência para cobrança pela utilização da faixa de domínio e das áreas adjacentes das rodovias estaduais. Exegese da Lei Estadual nº 12.238/05 e do Decreto nº 43.787/05. 2. A Autarquia não busca remuneração pelo serviço público de telecomunicação ou por exercício de poder de polícia, mas, sim, pela utilização de bem público que está sob sua jurisdição, não havendo desrespeito ao estabelecido no texto constitucional. 3. Portanto, o uso do bem público mediante contraprestação por pessoa jurídica de direito privado que oferece serviços de telefonia é perfeitamente legal. RECURSO PROVIDO. PREJUDICADO O REEXAME NECESSÁRIO. MANTIDO O JULGAMENTO, EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO. DEVOLUÇÃO AO EXMO. 1º VICE-PRESIDENTE PARA OS DEVIDOS FINS.”

¹¹ Trecho da ementa do acórdão recorrido: “(...) 1. É possível a concessionária cobrar pelo uso da faixa de domínio para passagem de cabos de fibra óptica, desde que haja previsão no contrato de concessão. 2. No caso, o contrato de concessão previu a existência de contrapartidas, sendo suas receitas tidas como eventuais.”

o ministro Edson Fachin; **(x)** RE nº 1.211.802 (DJe 20/9/2019), TELCOMP *v.* o município de São Paulo, relatora a ministra Cármen Lúcia;¹² **(xi)** ARE nº 1.208.188 (DJe 28/10/2019), DER/SP *v.* D A Comércio e Serviço de Informática Eirelli, relator o ministro Gilmar Mendes; e **(xii)** ARE nº 1.238.187 (DJe 27/11/2019), DNIT *v.* Vogel Soluções em Telecomunicações e Informática S/A, relator o ministro Luís Roberto Barroso.¹³

2.19. Em 18/12/2013, o pleno do STF acolheu, por unanimidade, mas sem efeitos modificativos, os embargos opostos ao RE nº 581.947. Eis: “1) (...) Cobrança de taxa pelo uso de bens municipais. Delimitação da controvérsia jurídica. 2) In casu, todo o litígio travado nos autos gravitou em torno da lei do município de Ji-Paraná que instituiu a cobrança de taxa pelo uso do solo e subsolo. 3) Embargos de Declaração conhecidos e providos, sem efeitos infringentes, para esclarecer que o decisum dispõe sobre a impossibilidade de cobrança de taxa, espécie de tributo, pelos municípios em razão do uso do espaço público municipal.”

2.20. Posteriormente, no ARE nº 921.956 AgR (DJe 30/10/2017) - município de São Paulo *v.* TELCOMP -¹⁴, o relator, ministro Roberto Barroso, afirmou que se discute “a possibilidade, ou não, de cobrança instituída pelo Decreto Municipal nº 40.532/2001, que tem por fundamento o uso de vias públicas, inclusive o espaço aéreo e subsolo, pelas concessionárias que prestam serviço de telecomunicações no Município de São Paulo”.

¹² Na decisão monocrática que tomou nesse caso, a ministra Cármen Lúcia citou o AI nº 709.723-AgR, de sua relatoria, julgado na Primeira Turma (DJe 1º/7/2011).

¹³ O ministro Luís Roberto Barroso registrou: “(...) I. Nos casos em que se faz necessária à instrumentalização ou à ampliação de serviços públicos concedidos a entidades privadas, o STF tem afastado a cobrança pela utilização de faixa de domínio público adjacente a rodovias e estradas federais, estaduais ou municipais. II. O STJ firmou entendimento no sentido de que a cobrança em face de concessionária de serviços público pelo uso de solo, subsolo ou espaço aéreo é ilegítima porque a utilização reverte em favor da sociedade, razão pela qual não cabe a fixação de preço público, e porque a natureza do valor cobrado não é taxa, pois não há serviço público prestado ou poder de polícia exercido. III. Não há qualquer restrição no texto da Lei nº 13116/15 à concessão da gratuidade quanto aos bens públicos situados em áreas rurais.”

¹⁴ Trecho da ementa do acórdão recorrido: “Recurso *ex officio* e Apelação Cível. Mandado de Segurança coletivo. Pretensão da impetrante – entidade representativa de exploradoras de serviço de telecomunicações – de afastar a cobrança de preço público instituído pelo Decreto Municipal nº 40.532/2001, que tem por fundamento a utilização de vias públicas, inclusive o espaço aéreo e subsolo. Segurança parcialmente concedida na origem. Exação combatida que não ostenta característica de preço público – como, aliás, é intitulada – nem de taxa. Natureza administrativa afastada, em razão de inexistir atividade de natureza comercial ou industrial a ensejar a pretendida remuneração. Natureza tributária, por seu turno, que não subsiste, eis que ausente a prestação de um serviço de fiscalização decorrente do exercício do poder de polícia municipal. Exação que, por conseguinte, se aproxima de um simples aluguel pela utilização de bem público de uso coletivo, o que não se admite da relevância do serviço prestado (telecomunicações). Ilegitimidade da exação. Entendimento pacífico perante o Superior Tribunal de Justiça. Precedentes deste Tribunal. Efeitos da segurança que obstem toda e qualquer cobrança de ‘preço’ combatido. Recurso da impetrante provido e recursos oficial e voluntário da Municipalidade não providos.”

2.21. Para o ministro, “a cobrança realizada pelo Município, que atinge as empresas de telecomunicações, prestadoras de serviço público essencial, ofende o regime jurídico das concessões, com previsão no art. 175 da Constituição, e na Lei nº 8.987/1995”, sendo “papel próprio do Poder Judiciário, portanto, coibir medidas abusivas, ilegais e inconstitucionais”.

2.22. Por fim, em maio de 2020, este STF interrompeu, pela vista do ministro Gilmar Mendes, o julgamento da ADI nº 3763, ajuizada pela ABRADDEE, de relatoria da ministra Cármen Lúcia, que questiona normas do Rio Grande do Sul que permitem ao Estado explorar comercialmente áreas limítrofes às rodovias estaduais e federais, inclusive em face de prestadoras de serviços públicos federais.

2.23. A ação pede a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 1º e 4º, *caput* e parágrafo único, da Lei estadual nº 12.238/2005 e de dispositivos do Decreto estadual nº 43.787/2005, que regulamentaram a norma com a previsão de cobrança de remuneração e multas a serem pagas pelas concessionárias.

2.24. Para a relatora, a União, como titular da prestação do serviço público de energia e detentora da prerrogativa constitucional de estabelecer o regime e as condições da prestação desse serviço por concessionárias, não pode sofrer ingerência normativa dos demais entes políticos. Foi acompanhada pelos ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux e Ricardo Lewandowski. Maioria formada na Suprema Corte, portanto. Já o ministro Luiz Fux, em seu voto-vista, assentou juízos relevantes e inteiramente aplicáveis ao presente caso, no sentido de se tutelar a competência privativa da União em face do interesse meramente dominial e arrecadatório de Estados e Municípios. Veja-se:

“5. As redes de infraestrutura e o acesso às *essencial facilities* necessárias à distribuição de energia elétrica, conseqüentemente, são alvo da normatização setorial e da disciplina dos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica, mercê de serem intrínseca e inequivocamente relacionadas ao objeto essencial daquele serviço público federal. 6. A imposição de custos adicionais aos distribuidores de energia elétrica, consubstanciada no pagamento pelo uso das faixas de domínio de rodovias estaduais, sob o prisma pragmático-consequencialista, pode ter efeitos sistêmicos adversos, impactando os custos do serviço, o atendimento aos usuários, as metas de universalização e a adequação do serviço público a nível nacional. 7. *In casu*, aplicando-se como critério de divisão de competências constitucionais o paradigma da predominância de interesses, a conclusão é pela prevalência

da competência privativa da União, motivo pelo qual se tem por recepcionada a norma contida no Decreto Federal 84.398/1980, que veda a cobrança pelo uso das faixas de domínio de rodovias direcionada às concessionárias de energia elétrica. Consectariamente, não há espaços de discricionariedade normativa para que Estados e Municípios imponham preço público pelo uso de seus bens públicos de uso comum para a implantação de infraestrutura necessária à distribuição de energia elétrica.”

2.25. Vale destacar que o próprio Ministério Público já se posicionou pela constitucionalidade da Lei nº 13.116/2015, especialmente o *caput* do art. 12.

2.26. Em 23/8/2019, a Procuradoria-Geral da República, pelo eminente subprocurador-geral Paulo Gustavo Gonet Branco, esclareceu, nos autos do RE nº 1.211.802 - TELCOMP *n.* município de São Paulo -, que o caso submetido à relatoria da ministra Cármen Lúcia apontava violação aos arts. 21, XI, 22, IV, 145, II, e 156 da Constituição, uma vez que a União é titular da competência para explorar os serviços de telecomunicações e, por conseguinte, para legislar sobre a matéria, razão pela qual não pode o Município editar lei impondo contraprestação monetária que afete o desempenho, pela empresa, do objeto de concessão federal de que é titular.

2.27. Segundo a PGR, o recorrente pontuava que “a autonomia prevista no art. 30, I e VIII da CF não abrange situações como a dos autos, expondo ser indispensável a utilização das vias públicas para a instalação da infraestrutura necessária à prestação do serviço concedido. Por isso, advoga que a lei municipal afronta competência da União. Sustenta, ainda, não haver se falar em preço público na espécie”.

2.28. Opinando pela procedência do recurso extraordinário para afastar a postura estatal do município de São Paulo, a PGR anotou:

“No RE 581.947 (relator o Min. Eros Grau, Dje 27.8.10), julgado sob a sistemática de repercussão geral (Tema 261), o Supremo Tribunal entendeu, como regra, não ser possível ao Município cobrar contraprestação pecuniária de empresas prestadoras de serviço público pelo uso e ocupação de bens de domínio público necessários à execução do serviço. Conquanto o julgado tenha tido os seus limites de conteúdo restringidos à hipótese da taxa, que ali estava em apreciação (cf. RE 581.947 EDcl, rel o Ministro Luiz Fux, Pleno, DJe 19.3.2014), não há motivo suficiente para que a inteligência não se estenda aos casos em que, na origem, se qualifique como preço público semelhante exigência. Conforme explicou o

Ministro Roberto Barroso no ARE 921.956 AgR (decisão monocrática, DJe 30.10.2017), ‘a lógica por trás desse entendimento é que, em que pese o bem de domínio municipal estivesse sendo utilizado pela concessionária, estaria afetado a um serviço público, atuando a concessionária como verdadeiro agente estatal, razão pela qual não é cabível exação’. Imposições do gênero foram qualificadas como ofensivas ao regime jurídico das concessões. Vale registrar, no mesmo sentido, o RE 494.163 AgR, rel. a Ministra Ellen Gracie, DJe 15.3.2011, o ARE 694234, decisão monocrática do Ministro Roberto Barroso, DJe 9.8.2016, o AI 861088, decisão monocrática da Ministra Cármen Lúcia, DJe 1º.9.2014 e o AI 709723 AgR-segundo, Segunda Turma, relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe 8.2.2013.”

2.29. As razões de decidir da Suprema Corte no RE nº 581.947 (Tema 261) foram definitivas para que a PGR se manifestasse no sentido da inconstitucionalidade de qualquer lei ou ato municipal que impusesse o pagamento de valores, sob qualquer denominação, às empresas prestadoras de serviço público pelo uso e ocupação de bens de domínio público necessários à execução do serviço.

2.30. O mesmo se deu na Corte Especial do STJ, que julgou procedente o incidente de inconstitucionalidade nos autos do Recurso em Mandado de Segurança nº 41.885, da Companhia de Telecomunicações do Brasil Central S/A – CTBC *v.* Estado de Minas Gerais, de relatoria, quanto ao mérito¹⁵, do ministro Benedito Gonçalves.¹⁶

2.31. O incidente foi acolhido quanto aos arts. 120-A e 120-C da Lei Mineira nº 6.763/1975, com a redação da Lei nº 14.938/2003, afastando a cobrança da Taxa de Licenciamento para Uso ou Ocupação de Faixa de Domínio de Rodovias - TFRD.¹⁷

¹⁵ A Primeira Turma do STJ instaurou incidente de inconstitucionalidade da lei em questão, o qual foi acolhido, por unanimidade, pela Corte Especial, nos termos do voto do relator, para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 120-A e 120-C da Lei Mineira nº 6.763/1975, com a redação dada pela Lei nº 14.938/2003, que disciplinaram o fato gerador e a base de cálculo da TFRD por afronta aos arts. 21, XI, 22, IV, e 145, II, e § 2º, da Constituição Federal, e 77 e 78 do Código Tributário Nacional.

¹⁶ No recurso, a recorrente, concessionária de prestação de serviço de telefonia fixa comutada (STFC), alegava que: (a) não obstante a lei estadual mencione que o fato gerador da TFRD é o exercício do poder de polícia relativo à fiscalização da instalação dos equipamentos necessários à prestação do serviço de telecomunicações nas faixas de domínio das rodovias, tal fiscalização inexistente, o que evidencia que a tributação está recaindo sobre a própria ocupação do subsolo das faixas de domínio; (b) a base de cálculo da taxa é ilegal e abusiva, não guardando relação com os custos da suposta atuação estatal; (c) o STF já se manifestou no RE 581.947; (d) a taxa em apreço viola os arts. 21, XI, 22, IV e 145, II, da Constituição, 77 e 78 do CTN; e (e) o DER não tem como fiscalizar a instalação de redes, cabos e fibras no subsolo das rodovias (e mesmo no solo, em relação aos poucos pontos em que há cabeamento não subterrâneo), atestar a regularidade desta utilização e muito menos multar a impetrante/recorrente em caso de descumprimento de alguma norma técnica. Essa competência fiscalizatória é conferida apenas à ANATEL, órgão que possui o aparato para identificar eventual irregularidade.

¹⁷ Trecho da ementa do acórdão recorrido: “(...) Diante do julgamento do Incidente de Inconstitucionalidade n. 1.0024.05.829125-3-011 pela Corte Superior deste Tribunal de Justiça, deve ser considerada constitucional a

2.32. Nesse caso, a subprocuradora-geral da República, Dra. Darcy Santana Vitobello, opinou pela inconstitucionalidade da cobrança da TFDR.

2.33. Quanto ao mérito, o subprocurador-geral da República, Dr. José Flaubert Machado Araújo, opinou: “a taxa cobrada à concessionária não pode ser considerada como de natureza tributária porque não há serviço algum do ente público, tampouco o exercício do poder de polícia. ‘O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado de que a cobrança em face de concessionária de serviço público pelo uso de solo, subsolo ou espaço aéreo é ilegal’”, (REsp 1.246.070/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques). Arguição de inconstitucionalidade que deve ser acolhida”.¹⁸

2.34. No parecer do Professor Floriano de Azevedo Marques Neto, que acompanha a presente manifestação, é trabalhado o precedente firmado por esta Suprema Corte na **ADPF 316**, proposta pela União, que discute a constitucionalidade de lei complementar do Município de Santos que disciplina o ordenamento do uso e da ocupação do solo na área insular do Porto de Santos.¹⁹

2.35. Assim, após percorrer toda a base normativa que institui e disciplina a gratuidade do direito de passagem, bem como depois de incursionar na vasta e remansosa jurisprudência desta Suprema Corte na matéria, outra posição não pode adotar este *amicus curiae* que não seja a de reiterar o elemento de segurança jurídica – ínsito à própria Ordem Constitucional – imanente ao tema presente, realidade essa que não apenas recomenda, como ampara, o reconhecimento da mais plena constitucionalidade do *caput* do art. 12 da Lei nº 13.116/2015.

Taxa de Licenciamento para Uso ou Ocupação da Faixa de Domínio das Rodovias, instituída pela Lei Estadual 14.938/2003.”

¹⁸ De fato, desde 2012 o STJ já contava com a decisão da Segunda Turma nos autos do REsp nº 1.246.070 (DJe 18/6/2012), de relatoria do ministro Mauro Campbell, cujos trechos essenciais da ementa são os seguintes: “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.”

¹⁹ A norma proibiu a movimentação de cargas a granel sólido na margem direita do Porto, considerando ainda desconforme usos licenciados antes da sua vigência. A lei condicionou a concessão de licença para a ampliação de edificações destinadas às operações com grânéis sólidos à prévia autorização da autoridade municipal.

2.36. Nos próximos capítulos da presente manifestação, robustos fundamentos constitucionais serão apresentados e desenvolvidos perante esta Suprema Corte para que fiquem demonstradas as muitas razões pelas quais a conclusão acima é a que mais realiza a Constituição de 1988 e todo o seu plexo normativo destinado ao desenvolvimento nacional, à federação, à inovação tecnológica, às competências da União e a relevantes direitos fundamentais que orientam e vitalizam o Estado Constitucional brasileiro.

3. **SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES COMO ATIVIDADES PÚBLICAS E DE ORGANIZAÇÃO NACIONAL E INTEGRADA: a) a expressa qualificação constitucional da atividade; b) o regime de prestação (mais ou menos competitivo) como técnica e estratégia válidas de garantia da fruição adequada do serviço público**

3.1. Um dos argumentos centrais na impugnação do PGR ao *caput* do art. 12 da Lei nº 13.116/2015 reside no regime concorrencial ou competitivo que a prestação dos serviços de telecomunicações pode assumir. Essa característica faria com que a gratuidade do direito de passagem traduzisse uma espécie de privilégio privado, outorgado em detrimento do patrimônio público. A premissa, porém, é absolutamente improcedente, cabendo, desde logo, reconduzir a controvérsia aos marcos de normatividade aplicáveis. Marcos, esses, que denotam a natureza pública dos serviços de telecomunicações, independentemente de, nessa ou naquela quadra histórica, os influxos concorrenciais serem maiores ou menores.

3.2. Tudo principia pelo inc. XI do art. 21 da Constituição Federal, que faz dos serviços de telecomunicações uma atividade de competência da União. Em linguagem doutrinária, uma atividade de titularidade da União, que, portanto, jamais pode demitir-se das responsabilidades e da incumbência de quem deverá, já nos termos do art. 175 da Constituição, garantir a prestação desse bem especificado serviço público. Garantia, essa, que pode se instrumentalizar pela prestação estatal direta ou por alguma outra forma de articulação jurídica em parceria com o setor privado. É o que a própria Constituição autoriza e antecipadamente valida, ao referir-se, no inc. XI do art. 21 e no *caput* do art. 175, às figuras da concessão, da permissão e da autorização.

3.3. Uma coisa, portanto, é a natureza ou a matriz pública de um determinado serviço. Essa, como se sabe, é determinada normativamente, no mais das vezes pela Constituição. Constituição que, na hipótese, assim o fez por modo expreso para o setor de

telecomunicações, já pré-excluindo qualquer controvérsia quanto ao caráter público das atividades que o integram. Assim conclui o Professor Floriano Azevedo Marques:

“Uma vez que a norma (lei ou a própria Constituição) instituiu o serviço, surge para o poder público a competência (possibilidade jurídica e dever inafastável) de se responsabilizar pela sua prestação. Assim, a qualificação de uma atividade como serviço público acomete ao Estado responsabilidades com relação a essa atividade, seja a sua oferta, a sua prestação (direta ou via delegação), a sua fiscalização e mesmo a sua regulação.

Portanto, parece-me ser mais racional utilizar o itinerário inverso. São serviços públicos as atividades que a lei ou a Constituição identificou como relevantes e instituiu obrigações ao poder público de ordem prestacionais, fiscalizatórias e regulatórias”.

3.4. Outro plano, porém, é o da prestação dos serviços públicos. Quanto a ele, o que faz a Constituição é *abrir um leque* de possibilidades, que vão da prestação estatal direta à cooperação público-privada, assim instrumentalizada por contratos de concessão e de permissão e por atos de autorização. A escolha por um ou outro arranjo é remetida à lei, nos termos dessa parêntese de dispositivos constitucionais que são o inc. XI do art. 21 e o art. 175.

3.5. Seja como for, transpassada a execução do serviço público para particulares, o Poder Público (titular da atividade) permanece sujeito a deveres atinentes à garantia de sua prestação adequada (inc. IV do parágrafo único do art. 175). Se, por opção legislativa, esses deveres não se traduzem na prestação direta, materializam-se, necessariamente, em atribuições regulatórias e fiscalizatórias, que devem conduzir o setor àquilo que é, ao fim e ao cabo, a situação jurídica protegida pela Constituição: a de máxima fruição dos serviços públicos pelos usuários e, por conseguinte, a máxima fruição dos direitos fundamentais associados a eles. É certo que foi, justamente, sob o regime baseado em autorização e alimentado pela competição entre as operadoras que se deu o grande *salto* do setor em termos de universalização. O Professor Floriano de Azevedo Marques Neto demonstra o ponto:

“Prova maior disso é que a efetiva universalização dos serviços de telecomunicação no Brasil se deu por conta da expansão do serviço móvel, prestado em regime privado por empresas autorizadas (sem ato formal de delegação). Como se sabe, é possível afirmar atualmente que a principal utilidade pública subjacente aos serviços de telecomunicação (comunicação das pessoas) é acessível à grande maioria da população brasileira. Se em 2001 apenas 58,9% dos domicílios possuía telefone, sendo que desses 51,1%

usavam unicamente telefone fixo e 7,8% telefone celular, em 2017 o percentual de domicílios atendidos pela telefonia chegou a 94,9%. Destes, 32,1% possuíam apenas telefone fixo ao passo que os domicílios que se valiam apenas de telefones celular chegavam a 63,4%. Ou seja, embora prestado em regime de maior liberdade econômica, a regulação introduzida no setor proporcionou que o serviço móvel produzisse soluções de baixo custo acessíveis à população de baixa renda (celular pré-pago), garantindo a ampliação da cobertura das telecomunicações entre nós. E note-se que isso se fez em parte pela concorrência e em parte porque a União, pela Anatel, impôs ao longo do tempo metas de abrangência e cobertura para as prestadoras, em regime privado, do serviço móvel, obrigando-as a oferecer o serviço em municípios ou localidades em que pelo simples influxo do mercado não haveria oferta. E fez isso justamente por entender que o SMP é serviço de interesse coletivo, ainda que não pretenda que os prestadores prestem sob um regime de delegação estrita (concessão), mas em regime de mercado” (pp. 38-39, onde se vêem as fontes dos dados).

3.6. A específica configuração do aparato regulatório e fiscalizatório estatal e a forma de prestação dos serviços públicos, tudo isso já reside no campo da técnica normativa, da estratégia setorial e da política pública, a fim de propiciar, numa determinada conjuntura histórica, a máxima eficiência e adequação da atividade.

3.7. Noutras palavras, independentemente do regime de prestação, as telecomunicações expressam um serviço público, por definição constitucional. O que já significa tratar-se (reitere-se) de um serviço vinculado e serviente à efetiva fruição de direitos fundamentais. O título habilitante (contrato de concessão ou ato autorizativo), o ambiente concorrencial (mais ou menos aberto) e outros pormenores do regime jurídico de prestação do serviço público consistem em estratégias políticas e técnicas normativas, cuja escolha a Constituição franqueia ao Poder Público, a fim de que, à luz de determinada circunstância histórica, garanta aquilo que é o objetivo final em matéria de serviços públicos: a prestação e a respectiva fruição da utilidade em bases adequadas.

3.8. E não há qualquer passagem constitucional que proscruva o recurso a elementos concorrenciais para se atingir esse desiderato. Muito menos se pode dizer que a presença de um cenário competitivo desnaturaria a qualidade pública do setor ou faria, dele, um ambiente menos socialmente relevante. Em absoluto! Até mesmo porque, como se sabe, a livre

iniciativa e a liberdade concorrencial servem a todo o sistema constitucional, na medida em que figuram como princípios da República e da ordem econômica, respectivamente. Bastante contundente, nesse sentido, a conclusão do Professor Floriano:

“Portanto, da forma como entendo, não se mostram válidas as críticas tecidas pela Procuradoria-Geral da República a respeito da natureza jurídica dos serviços públicos de telecomunicação. Inexiste fundamento constitucional para sustentar que serviços públicos apenas admitem um regime jurídico único, ou então que não suportam ambiente concorrencial. Nada há na Constituição Federal que dê suporte a este entendimento, a não ser a pretensão de interpretar o direito brasileiro à luz de teorias francesas já em franca decadência”.

3.9. Por fim, o STF já afastou a premissa de que se vale o PGR nesta ação, quando validou o modelo instituído pela Lei Geral de Telecomunicações. Como se sabe, o chamado regime privado de prestação, marcado pela livre concorrência, foi instituído em 1997 e chancelado pelo STF na **ADI 1.668-MC**. Na ocasião, o STF afirmou a validade da coexistência de um regime de prestação denominado público e de outro designado como privado, para aludir à prestação calcada em atos autorizativos e na competição entre as operadoras. Mais do que isso, o STF rechaçou o entendimento de que o modo privado (e concorrencial) de prestação do serviço afetaria a sua dignidade constitucional enquanto serviço público e atividade de relevante interesse coletivo. Portanto, no rigor dos termos, a premissa de que parte o eminente PGR já foi afastada há 23 anos, no momento em que se modernizava o setor brasileiro de telecomunicações. Tentar reavivá-la, às vésperas da implantação da tecnologia 5G, é não apenas destoar dos marcos constitucionais, mas também desviar-se do curso da História, do progresso e do desenvolvimento.

3.10. É o futuro que pede passagem. E assim o faz pela liderança institucional da União em matéria de telecomunicações. O ministro Celso de Mello, na decisão cautelar que proferiu na ADI nº 6.199, dá o tom da questão:

“(…) o planejamento das estratégias voltadas ao desenvolvimento e ao aperfeiçoamento do setor de telecomunicações, tendo em vista a importância social e econômica de que se reveste o complexo de serviços que compõem essa atividade estatal e considerada a necessidade de coordenar a infraestrutura que lhe dá suporte em âmbito nacional, exige a cooperação entre órgãos públicos e instituições privadas, nos vários níveis da Federação, motivo pelo qual a Carta Política outorgou à União Federal competência para coordenar e organizar, com

exclusividade, em todo o território nacional, a exploração dos serviços de telecomunicações (CF, art. 21, XI)” (p. 13 da decisão).

3.11. Não há, então, qualquer razão para lançar, sobre este caso, um outro olhar que não seja o de uma norma legal que, emanada do ente federativo competente e sem restringir as demais funcionalidades dos bens públicos de uso comum do povo, nada mais faz do que estimular a fruição adequada de serviços públicos.

4. O MODELO REGULATÓRIO DA LEI Nº 13.116/2015: a) uma ordenação que, reafirmando a matriz pública do setor de telecomunicações, volta-se ao atendimento de finalidades igualmente públicas e de interesse coletivo; b) uma fórmula de conciliação entre duas ordens de interesses públicos primários: os interesses nacionais da ampliação das telecomunicações e os interesses estaduais e locais

4.1. O exame da própria Lei nº 13.116/2015 confirma que, embora estruturado por um modo concorrencial, o setor de telecomunicações é regido por uma lógica regulatória que visa à consecução de interesses e finalidades essencialmente públicos. A denotar, com isso, que a gratuidade do direito de passagem, em bens públicos de uso comum do povo, está imersa num contexto de disciplina e de fomento públicos a uma atividade de matriz igualmente pública. Mais do que isso, o direito em causa é versado num diploma editado pelo único ente federativo assim habilitado a fazê-lo.

4.2. Com efeito, já no *caput* do art. 1º, deixa-se claro que a razão de ser da Lei Geral de Antenas é a de tornar o licenciamento, a instalação e o compartilhamento da infraestrutura de telecomunicações “compatível com o desenvolvimento socioeconômico do País”. De modo que a “gestão da infraestrutura de que trata o caput será realizada de forma a atender às metas sociais, econômicas e tecnológicas estabelecidas pelo poder público” (§1º).

4.3. Essa ideia, inclusive, é bem traduzida (entre outras passagens) pela regra de que “a otimização dos recursos proveniente do compartilhamento de infraestrutura deve ser revertida em investimentos, pelas prestadoras dos serviços, em sua ampliação e modernização, bem como no mapeamento e georreferenciamento das redes a fim de garantir ao poder público a devida informação acerca de sua localização, dimensão e capacidade disponível” (inc. V do art. 4º).

4.4. O que ressaí desse trecho, ao vincular os ganhos oriundos do compartilhamento de infraestrutura ao dever de investimentos nas próprias redes, é a confirmação de que a prioridade *número um*, em matéria de telecomunicações, é o benefício do serviço objetivamente considerado. O sistema é modelado para o seu favorecimento, articulando os incentivos necessários para que ele, o serviço, ganhe em termos de universalização e de qualificação. Para que, portanto, reverta-se, cada vez mais, em bem-estar para os seus usuários. De modo que se afigura claramente improcedente o entendimento de que imperariam interesses privatistas na condução e na regulação do setor.

4.5. Nesse sentido, também de saída, a lei anuncia o propositivo de conjugar, por modo otimizado, duas ordens de interesses: de um lado, a “minimização de impactos urbanísticos, paisagísticos e ambientais” (inc. II do art. 2º); de outro, “a ampliação da capacidade instalada de redes de telecomunicações, tendo em vista a atualização tecnológica e a melhoria da cobertura e da qualidade dos serviços prestados” (inc. III do art. 2º).

4.6. Essa tônica conciliatória se apresenta por todo o diploma. De um lado, a lei reafirma a natureza nacional e integrada do sistema de telecomunicações (explicitando a utilidade pública e o relevante interesse social que deles dimana²⁰) e, nessa medida, expressamente impede que Estados, Municípios e Distrito Federal imponham “condicionamentos que possam afetar a seleção de tecnologia, a topologia das redes e a qualidade dos serviços prestados” (inc. II do art. 4º). Fica igualmente vedado o comprometimento, por Estados, Municípios e Distrito Federal, das condições e dos prazos “impostos ou contratados pela União em relação a qualquer serviço de telecomunicações de interesse coletivo”.

4.7. Ao assim dispor, o que faz a Lei Geral de Antenas é apenas reafirmar e densificar uma determinação que já ressaí da Constituição Federal: a de que, no âmbito dos múltiplos interesses, competências e finalidades públicos, aqueles atinentes ao setor de telecomunicações devem ser organizados e constituídos pela União, único ente federativo capaz de dar conta de sua dimensão tão nacional quanto integrada.

4.8. Por outro lado, o diploma não descarta das esferas de interesses estaduais ou locais. Ao contrário, a lei expressa, muito claramente, o propósito de conciliar esses interesses com

²⁰ “Art. 4º A aplicação das disposições desta Lei rege-se pelos seguintes pressupostos: I - o sistema nacional de telecomunicações compõe-se de bens e serviços de utilidade pública e de relevante interesse social;”.

as necessidades das telecomunicações brasileiras. Assim é que estão previstos anteparos normativos para evitar que a ampliação das instalações de telecomunicação prejudique interesses locais ou estaduais, notadamente aqueles que são atendidos, justamente, por bens de uso comum do povo. Daí porque, entre outras disposições:

I - o licenciamento para a instalação de infraestrutura é pautado pela “redução do impacto paisagístico da infraestrutura de telecomunicações, sempre que tecnicamente possível e economicamente viável” (inc. IV do art. 5º);

II - a instalação de infraestrutura de rede de telecomunicações em área urbana não pode **(i)** obstruir a circulação de veículos, pedestres ou ciclistas; **(ii)** contrariar parâmetros urbanísticos e paisagísticos aprovados para a área; **(iii)** prejudicar o uso de praças e parques; **(iv)** danificar, impedir acesso ou inviabilizar a manutenção, o funcionamento e a instalação de infraestrutura de outros serviços públicos (art. 6º);

III – a “instalação das estações transmissoras de radiocomunicação deve ocorrer com o mínimo de impacto paisagístico, buscando a harmonização estética com a edificação e a integração dos equipamentos à paisagem urbana” (art. 17);

IV – em municípios com população superior a 300.000 (trezentos mil) habitantes, o poder público municipal deverá instituir comissão de natureza consultiva, que contará com a participação de representantes da sociedade civil e de prestadoras de serviços de telecomunicações, cuja finalidade é contribuir para a implementação do disposto nesta Lei no âmbito local (art. 24).

4.9. Vê-se, portanto, que a Lei Geral de Antenas opera sob uma lógica de franca cooperação federativa. Chega, aliás, a determinar que os entes federados promovam a “conciliação entre as normas ambientais, de ordenamento territorial e de telecomunicações” (inc. VII do art. 4º). Daí porque a maximização das redes de telecomunicações, sob a égide da lei em causa, se dá em estrito respeito às esferas de interesses estaduais e locais. Há comandos explícitos que impedem a interferência da infraestrutura de telecomunicações **(i)** sobre outros serviços públicos, **(ii)** sobre a ordem paisagística e urbanística, **(iii)** sobre a funcionalidade primária de bens de uso comum do povo (nomeadamente, praças, parques e vias públicas), entre outros.

4.10. O arranjo regulatório estabelecido pela Lei nº 13.116/2015 é, dessa forma, um arranjo que compatibiliza os interesses objetivos do setor de telecomunicações, mas sem restringir os interesses igualmente objetivos e primários que são atendidos pelos demais entes federados. Não há, no plano do interesse público primário de alcance local ou estadual, qualquer redução ou *minus* eficaz ocasionado pelo diploma em causa.

4.11. O de que não se cuida na lei - nem em favor da União, nem em prol dos demais entes federativos - é da tutela de pretensos direitos patrimoniais, como se estivesse em jogo a esfera jurídica de algum *dominus* privado. Como se o relevante fosse a proteção de supostos interesses meramente arrecadatórios, calcados na rentabilização dominial de bens públicos, mesmo em face do desempenho de atividades voltadas a finalidades igualmente públicas (como é o caso das telecomunicações). Disso, ao contrário do que afirma o PGR, não trata nem a LGA, nem, muito menos, a normatividade constitucional.

4.12. Em resumo, então: se, de um lado, protegeu-se a compostura nacional dos serviços de *telecom* de uma fragmentação regulatória indevida e contraproducente, de outro, cuidou-se de instituir os antídotos normativos aptos a evitar que o avanço do setor telecomunicacional pudesse prejudicar os misteres públicos estaduais e locais.

4.13. E, no que importa mais diretamente a esta ADI, a fórmula de gratuidade inscrita no art. 12 segue essa mesmíssima toada. É o que se passa a demonstrar no tópico seguinte.

5. A ESTRUTURA E A RATIO DO DIREITO DE PASSAGEM: a) fórmula normativa que, sem afetar as demais potencialidades públicas dos bens de uso comum do povo, estimula as telecomunicações e assegura o seu caráter nacional e interligado; b) a absoluta harmonia entre a norma e a razão jurídica de ser dos bens públicos; c) um direito em favor do serviço público objetivamente considerado

5.1. O art. 12, como se viu, assegura, à infraestrutura de telecomunicações, a gratuidade do direito de passagem, na hipótese em que seja instalada em vias públicas, faixas de domínio e outros bens públicos de uso comum do povo - mesmo se explorados, esses bens, por interposta pessoa privada. Já no §1º, registra-se que: **a)** “os custos necessários à instalação, à operação, à manutenção e à remoção da infraestrutura e dos equipamentos” deverão ser

arcados pela entidade interessada; **b)** ressalvam-se “obrigações indenizatórias decorrentes de eventual dano efetivo ou de restrição de uso significativa”.

5.2. Daqui já se percebe que a norma é traçada sobre a mesma linha de equilíbrio que singulariza a LGA. O que se afasta, com a gratuidade, é apenas a cobrança que Estados e Municípios pretenderiam fazer a título de simples *dominus*, como uma espécie de aluguel pela utilização do bem público de uso comum. Uma pretensão, essa sim, de caráter privatista, rentista e meramente arrecadatória. A oneração de um serviço público federal pelo simples fato jurídico da utilização do solo público. Pior do que isso, uma utilização que, por definição, não enseja qualquer espécie de prejuízo econômico ou restrição jurídica aos entes municipais e estaduais, na medida em que o próprio art. 12, em seu §1º, imputa às entidades exploradoras dos serviços de *telecom* os custos associados à infraestrutura, bem como atribui, também a elas, a obrigação de indenizar por eventuais danos efetivos ou restrições significativas de uso.

5.3. Ou seja: também no tocante ao direito de passagem, os interesses estaduais e locais legítimos são preservados. A instalação da infraestrutura de telecomunicações, além de não implicar custos adicionais a Estados e Municípios, concilia-se, perfeitamente, com a preservação do bem público e de suas demais funcionalidades. Não há, nesse plano das potencialidades públicas atendidas pelos bens de uso comum do povo, um jogo de *soma-zero*. Aliás, o propósito do dispositivo legal em causa é, precisamente, o de explicitar aquilo que já decorre da própria natureza dos bens públicos: a sua serventia otimizada ao máximo possível de finalidades públicas. E a gratuidade do direito de passagem, na fórmula expressa pelo *caput* e pelo §1º do art. 12, atinge esse desiderato, pois serve à ampliação dos serviços de telecomunicações (em atenção à sua natureza nacional e interligada), mas sem implicar custos adicionais associados ao bem público e sem atingir as suas demais vocações públicas. Não custa lembrar, nesse sentido, que a própria LGA veda o prejuízo do uso de bens públicos de uso comum do povo (art. 6º), além de fazer referência a obrigações indenizatórias na hipótese de restrição significativa de uso (§1º do art. 12).

5.4. É de se enfatizar, novamente, que a gratuidade do direito de passagem não consiste em privilégio financeiro destinado a essa ou aquela prestadora de serviços de telecomunicações. Trata-se, bem diferentemente, de norma voltada ao serviço público objetivamente considerado. Tanto é assim que a gratuidade é atribuída ao setor como um todo, o que significa ser um direito neutro, do ponto de vista concorrencial. Um direito,

portanto, que se reverte em benefício da coletividade-usuária das telecomunicações, livres que estarão das dificuldades operacionais, da fragmentação regulatória e da oneração tarifária a que estariam sujeitas se Estados e Municípios pudessem embaraçar a instalação das redes em seus domínios públicos e de uso comum.

5.5. No parecer jurídico que dedica ao caso, o Professor Floriano de Azevedo Marques Neto assenta a ideia que subjaz à propriedade de bens públicos:

“Desse modo, é o dever decorrente da funcionalização da propriedade pública (maximização do valor de uso e sujeição plena ao dever de cumprimento de uma função social) que sustenta a ideia de exploração econômica dos bens públicos. Trata-se, assim, de um dever estatal, uma obrigação derivada do exercício de competências constitucionais dos entes da Federação. Não se trata de discutir direitos, mas sim de compreender a extensão e limites do exercício de competências públicas” (p. 14).

5.6. Percebe-se, então, que a dominialidade pública tem, como razão jurídica de ser, a consecução de finalidades públicas, assim qualificadas pela Constituição ou por lei - e não o mero exercício privatista das faculdades tradicionalmente associadas ao direito civil de propriedade (nomeadamente, gozar, reivindicar, usar e dispor). E o certo é que finalidades públicas são alcançadas pelo exercício de competências estatais. Competências que, numa federação, devem coexistir, harmonicamente, e não concorrer, predatoriamente. É com essa base de inspiração que o art. 12 da LGA institui um arranjo que – insista-se – permite maximizar o uso de um bem público de uso comum do povo, sem minimizar a oferta de utilidades públicas a cargo de Estados e Municípios.

5.7. Ao reduzir a gestão eficiente de um bem público à sua rentabilização dominial, como imóveis numa *carteira de aluguel*, o PGR abre as portas para a absoluta disfunção da propriedade pública, com reflexos sistêmicos e de grande impacto. O Professor Floriano chama atenção para o ponto: “Gerir de forma eficiente os bens públicos não é e nem pode ser sinônimo de onerosidade obrigatória. Fosse assim, qualquer companhia de transporte metroviário teria de pagar pelo uso da superfície e do subsolo aos respectivos municípios em que suas estações e trilhos estão instalados. Tese esta que ninguém ousaria sustentar” (p. 17).

5.8. Por fim, ainda convém destacar que a Lei Geral de Antenas, **em dispositivo não impugnado pelo PGR**, evidencia, justamente, que a infraestrutura de redes não compete,

nem prejudica as diversas finalidades que se pode atribuir a um bem, público ou privado. Bem ao contrário, a presença e a operação de redes de telecomunicação, dada a sua essencialidade e o vínculo direto que mantém com o desfrute de direitos fundamentais, é tutelada pelo art. 29 da lei, segundo o qual: “A construção de edifício público ou privado destinado ao uso coletivo deverá ser executada de modo a dispor de dutos, condutos, caixas de passagem e outras infraestruturas que permitam a passagem de cabos e fibras óticas para a instalação de redes de telecomunicações, nos termos das normas técnicas de edificações”.

5.9. Se até mesmo a propriedade privada (de uso coletivo) é conformada pelas necessidades atinentes à eficiência e à adequação das telecomunicações e aos direitos de sua respectiva população-usuária, não seriam justamente os bens de uso comum do povo (submetidos a uma fórmula normativa que preserva outras destinações públicas) que iriam traduzir uma *espécie de nó*, a embaraçar financeira, operacional e regulatoriamente as redes de telecomunicação. Não seriam os bens de uso comum do povo, logo eles, a operarem como um tipo de *alfândega* doméstica dos dados que circulam pela infraestrutura de *telecom*. Não seriam os bens de uso comum do povo, em hipótese alguma, que fariam as vezes de um *reduto do egoísmo federativo*. Um domínio do *isolacionismo*. Um *caminho de volta para o passado*.

5.10. Não há, portanto, que se falar em violação a direitos de propriedade de Estados, Municípios e DF, nem há de se cogitar de afronta aos princípios da eficiência e da moralidade.

6. O ART. 12 DA LEI Nº 13.116/2015 E O ARRANJO FEDERATIVO: a) a gratuidade do direito de passagem por bens de uso comum do povo como a única forma de se preservar o caráter nacional e integrado dos serviços de telecomunicações; b) a proporcionalidade manifesta da norma

6.1. Já sob o ponto de vista federativo, como se viu, o que está em jogo, aqui, é a tutela da competência privativa da União para organizar o setor de telecomunicações, tanto em termos normativos como administrativos - não se tratando, em absoluto, de normas de licitação e contratação públicas.

6.2. O inc. XI do art. 21 e o inc. IV do art. 22 são peremptórios: em matéria de telecomunicações, a competência é privativa da União. Há, como demonstrado, uma linha jurisprudencial sólida do STF que tutela essa determinação constitucional. E a razão para

tanto chega a ser intuitiva: o setor de telecomunicações (notadamente naquilo que é de sua própria estrutura operacional em rede) se desenvolve em caráter nacional e por um modo interligado. Submetê-lo aos cuidados fragmentários de Estados e Municípios seria o mesmo que sabotá-lo, de saída.

6.3. Nesse sentido, ao se acolher tese da PGR, numa interpretação bastante elástica da competência de Estados e Municípios de gerirem os seus bens de uso comum do povo, o resultado seria o de sujeitar o serviço de telecomunicações a milhares de quadros regulatórios e padrões financeiros no tocante àquilo que é a própria expressão técnica e operacional do serviço público em causa: a instalação e o funcionamento das redes. Solução, essa, que desvirtuaria todo o modelo constitucional, como anota o Professor Floriano:

“A atribuição à União das competências materiais exclusivas para regular serviços públicos que tenham abrangência nacional (ou pelo menos transestadual) se presta justamente a evitar que o exercício do poder por um estado membro produza efeitos em cidadãos de outro estado. O mesmo vale, *vis a vis*, para os municípios em relação aos estados.

Pois o caso presente é ilustrativo disso. A cobrança pelo uso de bens públicos de estados e municípios certamente traz reflexos na tarifa e demais custos dos serviços de telecomunicação consumidos pela coletividade de todo o país. A eventual exorbitância no preço cobrando por um ente federado poderia, neste caso, impactar os administrados dos demais. E é justamente pela mesma razão que a Constituição cometeu as competências mais abrangentes para a União, de forma que, contrapostas com as dos outros entes, a indicação da abrangência dos interesses envolvidos predicará qual conjunto de normas deve prevalecer. A regulamentação do setor de telecomunicações em minha opinião, prevalece no caso concreto não por ser federal, mas por ser mais abrangente.” (p. 46)

6.4. Somente a partir da ótica normativa e institucional de maior abrangência, como é a da União, é que se pode organizar a prestação de serviços que tocam a todos, no País inteiro. E não há dúvidas de que o setor de telecomunicações tem, em sua própria essência, uma compostura nacional e integrada – por isso, refratária à noção de dispersão regulatória. Exatamente por isso, foi que a Constituição atribuiu os seus cuidados à União. Ao passo em que somente ela, União, detém o visual do todo exigido para a regulação adequada do setor, tornar o serviço de titularidade federal significa pré-excluir a possibilidade de que o exercício

de poder numa localidade prejudique a fruição do mesmo direito por usuários de outras localidades. O Professor Floriano de Azevedo Marques Neto explica:

“A atribuição à União das competências materiais exclusivas para regular serviços públicos que tenham abrangência nacional (ou pelo menos transestadual) se presta justamente a evitar que o exercício do poder por um estado membro produza efeitos em cidadãos de outro estado. O mesmo vale, vis a vis, para os municípios em relação aos estados.

Pois o caso presente é ilustrativo disso. A cobrança pelo uso de bens públicos de estados e municípios certamente traz reflexos na tarifa e demais custos dos serviços de telecomunicação consumidos pela coletividade de todo o país. A eventual exorbitância no preço cobrando por um ente federado poderia, neste caso, impactar os administrados dos demais.

E é justamente pela mesma razão que a Constituição cometeu as competências mais abrangentes para a União, de forma que, contrapostas com as dos outros entes, a indicação da abrangência dos interesses envolvidos prediará qual conjunto de normas deve prevalecer. A regulamentação do setor de telecomunicações em minha opinião, prevalece no caso concreto não por ser federal, mas por ser mais abrangente. Se assim não fosse, a prescrição constante de normas exclusivamente estaduais (no caso, a precificação pelo uso de bens titularizados por cada estado membro) estaria a produzir efeitos não só sobre serviços públicos de titularidade da União, mas sobre os interesses dos outros estados membros e municípios, o que não se coaduna com o regime constitucional vigente” (p. 46).

6.5. Daqui se nota que a gratuidade do direito de passagem (da forma proporcional, como prevista) consiste na *resultante legal* de uma determinação que deriva, em rigor, da própria Constituição: a de que, no âmbito dos múltiplos interesses, competências e finalidades públicos, aqueles atinentes ao setor de telecomunicações devem ser organizados e constituídos pela União, único ente capaz de dar conta de sua dimensão nacional e integrada.

6.6. E o certo é que a norma inscrita no art. 12 garante a concertação nacional das telecomunicações brasileiras, sem restringir a capacidade de os demais entes federados desempenharem os seus misteres constitucionais. O que já faz dela uma norma que passa, *com louvor*, pelo crivo da proporcionalidade. É uma **norma adequada** aos fins que busca atingir, pois garante o perfil federal do setor e propicia a modicidade de suas tarifas. E é uma **norma necessária**, pois, como já demonstrado, nem mesmo chega a restringir substancialmente a esfera jurídica dos demais entes federativos. Lembrando-se, no ponto, que o §1º atribui às operadoras os custos de instalação e congêneres, além de assegurar eventuais indenizações por danos efetivos ou restrições significativas de uso.

6.7. Já no campo da **proporcionalidade em sentido estrito**, o interesse arrecadatório dos entes federados não traduz, como visto anteriormente, razão jurídica idônea para causar tamanha perturbação a um setor essencial e expressamente entregue à União. Não há que se falar em *custo de oportunidade*, como se esses bens de uso comum do povo integrassem uma carteira de ativos de um fundo de investimento. Menos ainda quando se percebe que o alcance dessa oportunidade negocial se daria, aí sim, às custas de um setor público e essencial.

6.8. Nem se diga, a propósito, que a cobrança poderia favorecer a modicidade de outros serviços públicos, como o de exploração rodoviária. É, mais uma vez, esclarecedora a abordagem do Professor Floriano:

“Primeiro, mostra-se absolutamente genérica e ilógica. Conforme decidido pelo Supremo no AI 739.243/SP de relatoria do Ministro Dias Tofoli, cujo voto citava um parecer elaborado pela Professora Maria Sylvia Zanella de Pietro, “não seria razoável, por contrariar o intuito do legislador, permitir que, para favorecer a modicidade das tarifas de rodovias, fossem elevadas as tarifas de água, luz, gás e telefone”. Em segundo lugar, a afirmação contraria até mesmo os próprios fatos. Veja-se, por exemplo, a Concorrência Internacional nº 01/2019 da ARTESP, que tinha por objeto a concessão da exploração do sistema rodoviário Piracicaba-Panorama e que restou vencida em maio de 2020 pelo Consórcio Infraestrutura Brasil. Nos termos do item 11.3 da minuta do contrato que integra o edital, toda receita acessória obtida pela concessionária, inclusive e especialmente pelo uso da faixa de domínio (item 11.2, iii), reverterá ao valor de outorga variável a ser pago ao Estado de São Paulo e aos percentuais devidos à ARTESP. Ou seja, a onerosidade do uso dos bens estaduais neste caso não reverte à modicidade da tarifa do pedágio, mas sim gera receitas genéricas ao poder concedente, em detrimento dos usuários dos serviços de telecomunicação” (pp. 44-45).

6.9. Por todo o exposto, vê-se que o art. 12 da Lei nº 13.116/2015 se amolda, com perfeição, ao arranjo federativo instituído pela Constituição Federal.

7. ASPECTOS TÉCNICOS ADICIONAIS: elementos submetidos ao exame deste STF na presente Ação por órgãos detentores de capacidade institucional como a Anatel

7.1. Equação econômico-financeira é garantia constitucional de estabilidade e confiabilidade econômica de quem aporta investimentos e aposta no futuro do país (art. 37, XXI). Tal comando extrai suas bases hermenêuticas da cláusula constitucional da segurança

jurídica (art. 5º, XXXVI) e também da própria Lei nº 13.655/2018, que incluiu no Decreto-Lei nº 4.657/42 (LINDB), o seguinte:

“Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam **consideradas as consequências práticas da decisão.** (...)”

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, **deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.**”

7.2. A deferência aos impactos regulatórios dos comportamentos estatais também foi o *ethos* que inspirou a edição do Decreto nº 10.411/2020, que regulamenta a análise de impacto regulatório (AIR) prevista na Lei Geral das Agências Reguladoras (Lei nº 13.848/2019) e na Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019).

7.3. A propósito, a Superintendência de Planejamento de Regulamentação (SPR) da Anatel, instada a se manifestar em sede administrativa a respeito dos efeitos sistêmicos para o setor de telecomunicações que a eventual revogação do *caput* do art. 12 da Lei nº 13.116/2015 operaria, anotou que o dispositivo legal censurado pela PGR:

“trouxe grandes benefícios para o setor, já que dispensou a contraprestação do direito de passagem por redes de telecomunicações, em vias públicas faixas de domínio e outros bens públicos. Essa contraprestação configurava um grande impacto na expansão das redes, principalmente na passagem de cabos ao longo de rodovias, imputando um custo variável da ordem de milhares de reais por quilômetro, por ano. Ou seja, para um país com dimensões continentais como é o caso do Brasil, a contraprestação representava um significativo custo operacional (OPEX) para as empresas de telecomunicações, desestimulando justamente a instalação das redes de transporte, que usualmente são implantadas por meio da passagem de cabos de fibra ótica ao longo das rodovias brasileiras. Importante destacar que o dispositivo legal contou com apoio dos órgãos governamentais responsáveis pelo setor (Ministério das Comunicações e Anatel) e que **a revogação do referido artigo configuraria um enorme retrocesso para a expansão das redes e iria no sentido oposto de todas as políticas públicas para o setor de telecomunicações perseguidas nos últimos anos.**”

7.4. Já ao demonstrar os efeitos fiscais reflexos da cobrança de contraprestação pecuniária pelo direito de passagem em bens de uso comum do povo para a instalação de infraestruturas de telecomunicações, a SPR arrematou:

“É imperioso dizer que a contraprestação pelo direito de passagem inibe diretamente e indiretamente a ampliação da prestação dos serviços de telecomunicações, o que pode acarretar em uma significativa redução na expectativa de receita por meio dos tributos como, por exemplo, o ICMS (tributo que contribui com a parcela mais significativa da carga tributária total do setor), uma das principais fontes de receita dos Estados. Dessa forma, mostra-se questionável que a vigência do art. 12 contribuiria para agravar a crise fiscal dos entes federativos. **Diante do exposto, esta Superintendência conclui que a ADI traz substanciais impactos negativos para o setor de telecomunicações, indo de encontro às políticas públicas setoriais perseguidas por esta Agência.**”

7.5. Nesse ponto, vale responder, para esclarecer os graves equívocos, a alegação, nos autos, do governo do Estado de São Paulo, no sentido de que a cobrança pelo uso das faixas de domínio das estradas de sua titularidade, concedidas à iniciativa privada, poderiam gerar recursos a serem revertidos em benefício da modicidade da tarifa de pedágio dos usuários das rodovias.

7.6. A esse respeito, conforme posto pelo Professor Floriano em passagem transcrita no item 6.8., acima, o STF já pôde rechaçar a ideia de que a modicidade tarifária das tarifas de rodovias pudesse ser instrumentalizada pela sobreoneração das tarifas de água, luz, gás e telefone. Mais do que isso, o Professor evidenciou que a prática contratual e regulatória das concessões rodoviárias do Estado de São Paulo **não** reverte à modicidade tarifária as receitas oriundas da exploração de faixas de domínio.

7.7. O efeito colateral gerado sobre a continuidade do serviço público foi enfatizado pela LCA em seu parecer econômico. Eis trecho essencial:

“Mais entes federativos realizando a cobrança do Direito de Passagem pode envolver inúmeras legislações municipais e estaduais diferentes entre si. Com legislações e valores de Direito de Passagem distintos nas diferentes esferas da administração pública e privadas, as

empresas de telecomunicação deverão passar a considerar quanto será gasto com essa rubrica em cada projeto de investimento das diferentes regiões. Isso gera uma distorção alocativa, fazendo com que não se tenha o melhor uso dos recursos financeiros das empresas para expansão dos serviços de telecomunicações no Brasil”. (p. 15)

7.8. O parecer econômico da LCA, que acompanha esta manifestação, aponta mais consequências de eventual derrubada do *caput* do art. 12 da Lei nº 13.116/2015:

“A oferta dos serviços, em especial quando se trata de regiões ainda não atendidas e distantes dos grandes centros urbanos, requer investimentos elevados para construção da rede de telecomunicações (em 2019 o setor investiu cerca de 19,9% da Receita Líquida daquele ano). Para rentabilizar estes investimentos e incentivar a oferta, pode ser necessário um preço do serviço que se torne proibitivo para os usuários com perfil de renda mais reduzido. Neste contexto, a cobrança do Direito de Passagem encarece a oferta do serviço e o preço ao consumidor final, ao se somar a estes investimentos que por características próprias já são elevados. Estudos econômicos levantados pela LCA indicam que um aumento de 10% no preço da banda larga pode reduzir a demanda pelo serviço entre 6,18% e 34,2%”. (p. 26)

7.9. Mesmo a Anatel advertiu que “eventual reconhecimento da inconstitucionalidade da norma traria substanciais impactos negativos para o setor de telecomunicações, prejudicando as políticas públicas setoriais perseguidas” pela agência (p. 05).

7.10. Importa a este Supremo igualmente aferir os cuidados que o art. 12 tomou, quais sejam, a gratuidade assegurada pressupõe que o uso pelas operadoras de telecomunicação seja compatibilizado com outros usos. Não há restrição da utilidade dos bens públicos. A esse respeito, anota, por fim, o Professor Floriano: “a afetação de um bem para servir de suporte à prestação de um serviço público – mesmo que esta afetação seja secundária, como ocorre com a afetação das vias para comportar redes no seu subsolo – pode ser gravada com o atributo da gratuidade, especialmente quando o ente titular do serviço público serviente entender ser essa gratuidade necessária para viabilizar a modicidade” (p. 20).

8. **CONCLUSÕES: a constitucionalidade do *caput* do art. 12 da LGA**

8.1. Os serviços de telecomunicação são serviços públicos por determinação constitucional. Sua oferta representa um dever de o poder

público garantir a sua disponibilidade à coletividade. Mesmo prestados em regime privado, são instrumentos de atendimento ao interesse público.²¹

8.2. O *caput* do art. 12 da LGA foi o menos restritivo em relação aos direitos dos demais entes da Federação. Em que pese determinar a não onerosidade pelo uso de passagem, seu § 1º excluiu dessa regra “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”.

8.3. A consagração da política regulatória e tarifária da União, associada à busca pela ampliação do acesso e pela redução dos custos dos serviços de telecomunicação, mostram-se juridicamente mais relevantes que a restrição ao uso remunerado dos bens detidos pelos demais entes federados.

8.4. Assim, o SINDITELEBRASIL, **AMICUS**, pugna pela improcedência da presente ação sendo reconhecida a constitucionalidade do *caput* do art. 12 da Lei nº 13.116/2015.

E. deferimento

Brasília, 11 de janeiro de 2021.



Saul Tourinho Leal
OAB/DF 22.941



Orlando Magalhães Maia Neto
OAB/DF 46.096

²¹ Páginas 39/40 do parecer.