
EXMO. SR. MINISTRO GILMAR MENDES – RELATOR DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6.482/DF – E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ref.: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.482/DF

A ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIAS – ABCR, já qualificada nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (“ADI”) nº 6.482, ajuizada pelo EXMO. SR. PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA – PGR, vem, com fundamento no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/1999 e no art. 138 do Código de Processo Civil de 2015, em complemento ao seu requerimento de ingresso no feito (ref. Petição de indexador eDOC nº 76), apresentar as razões que justificam a **procedência** dos pedidos formulados na ADI em questão, dispostas conforme índice apresentado a seguir:

ÍNDICE

I – O OBJETO DESTA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	3
II – INCONSTITUCIONALIDADE <i>IN TOTUM</i> DO ART. 12 DA LEI Nº 13.116/2015 E DE SUAS NORMAS REGULAMENTADORAS	7
II.1. Violação aos princípios do serviço público, em especial os da modicidade tarifária e da isonomia (art. 5º, caput; art. 37, caput; e art. 175, caput e incisos III e IV da Constituição Federal): o indevido subsídio às empresas de telecomunicações por usuários de rodovias públicas concedidas.....	7
<i>A) O papel das receitas alternativas para a modicidade tarifária nos contratos de concessões rodoviárias</i>	<i>7</i>
<i>B) As atividades de telecomunicações autorizadas são regidas pelo direito privado, em regime de liberdade de preços, o qual não se confunde com o regime do serviço público.....</i>	<i>12</i>
<i>C) A onerosidade do compartilhamento de infraestrutura e a inaplicabilidade do precedente do caso de Ji-Paraná (Recurso Extraordinário nº 581.947) à hipótese da ADI.....</i>	<i>20</i>
<i>D) Em suma: o art. 12 da Lei nº 13.116/2015 faz “cortesia com chapéu alheio”</i>	<i>31</i>
II.2. Violação à separação de Poderes (art. 2º e art. 60, §4º, inciso III, CRFB): política remuneratória dos contratos de concessão sujeita à reserva de Administração	35
III – INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL, SEM REDUÇÃO DO TEXTO, DO ART. 12 DA LEI Nº 13.116/2015 E SUAS NORMAS REGULAMENTADORAS.....	42
III.1. Violação à repartição constitucional de competências. Dispositivo impugnado não se insere na competência privativa da União para editar normas gerais de licitação e contratação (art. 22, XXVII, CRFB).	44
III.2. Violação ao princípio federativo (arts. 1º, caput, 18 e 60, § 4º, inciso I, CRFB). A autonomia dos entes federados compreende a gestão de seus bens e dos serviços públicos de sua titularidade, nisso incluída a política remuneratória de seus contratos de concessão rodoviária (art. 25, §1º e 30, inciso V, CRFB).....	47
IV – CONCLUSÃO E PEDIDOS	53

I – O OBJETO DESTA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

1. A presente ADI visa a que esta E. Corte declare, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a inconstitucionalidade do *caput* do **art. 12 da Lei nº 13.116, de 20 de abril de 2015**, que estabelece que “*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*”. Ademais, conforme aditamento à inicial realizado em 11.12.2020, o PGR almeja seja declarada a inconstitucionalidade do **art. 9º, §§ 1º a 3º, do Decreto nº 10.480, de 1º de setembro de 2020**¹, que regulamenta o dispositivo legal destacado anteriormente, seja por arrastamento, seja de forma direta.

2. Na petição inicial, o requerente alega que o dispositivo legal impugnado, que confere gratuidade ao direito de passagem em bens públicos – de uso comum do povo e de uso especial, o que ocorrerá nas hipóteses em que sejam explorados por meio de concessão – é formalmente incompatível com a Constituição da República por violar o disposto em seu **art. 21, inciso XI**, com a redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional nº 8/1995. Como explica o PGR, a aludida alteração no texto constitucional foi “*responsável pela retirada da qualificação necessária de serviço público aos serviços de telecomunicações*”, possibilitando a adoção de “*arranjos de direito público e de direito privado*” no aludido setor, quadro este que os dispositivos impugnados subvertem, já que estabelecem uma **regra geral proibitiva**, que impõe a gratuidade ao direito de passagem em todos os casos (de exploração direta ou não), em total desprezo às nuances que permeiam o setor de telecomunicações, a partir de decisão do legislador constituinte derivado.

¹ “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. 3º 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 da faixa de domínio, da via pública ou de outro bem público de uso comum do povo para custear a análise das propostas técnicas de instalação de infraestrutura de redes de telecomunicações. § 3º O disposto no caput aplica-se às áreas urbanas e rurais”.

3. Ainda no que tange à inconstitucionalidade formal, o PGR sustenta que o texto normativo ora impugnado também viola o disposto no **art. 24, inciso I**, da CRFB, que estabelece que “*compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre [...] direito urbanístico*”. Isso porque, sob o pretexto de estabelecer uma norma geral em matéria urbanística, a **proibição irrestrita** insculpida no art. 12 da Lei nº 13.116/2015, regulamentado pelo art. 9º do Decreto nº 10.480/2020, subverte a sistemática de repartição de competências legislativas desenhada pelo constituinte, imiscuindo-se na esfera de deliberação dos entes federativos menores quanto à exploração econômica de seus próprios, e eventual cobrança que dela possa decorrer.

4. Aponta o requerente, ainda, que as normas impugnadas violam a competência legislativa suplementar dos Estados para elaborar normas específicas em matéria de licitações e contratos administrativos, nos termos do **art. 22, XXVII, e do art. 24, § 2º**, ambos da CRFB. Isso porque “*a norma impugnada estabeleceu obrigação negativa específica, cogente a todos os entes subnacionais, que frustrou a possibilidade de estabelecerem, em seus contratos administrativos, remuneração pelo direito de passagem*”.

5. Além disso, quanto aos argumentos de mérito, o PGR sustenta que a gratuidade estabelecida pelas normas impugnadas viola o direito de propriedade (**art. 5º, caput, e inciso XXII**, CRFB), na medida em que “*impede 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*”, que é uma “*prerrogativa de disposição, imanente ao direito constitucional de propriedade [...] o qual assiste aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal*”. Nessa mesma direção, alega que as normas violam a autonomia dos entes federativos, conforme **art. 2º e 60, § 4º**, da CRFB, tendo em vista que “*a gratuidade do direito de passagem de infraestrutura de telecomunicações por bens públicos de uso comum do povo, em favor de qualquer prestador de serviço de telecomunicações [...], concedida pela norma federal impugnada, retirou dos entes federativos subnacionais a prerrogativa de dispor de bens públicos integrantes de seu patrimônio jurídico*”.

6. Em consonância com os argumentos suscitados pelo autor, o Estado de São Paulo, também admitido no feito, apontou os potenciais impactos sofridos pelos entes da Federação em caso de manutenção dos dispositivos impugnados no ordenamento jurídico. Por outro lado, os demais *amici curiae* apresentaram manifestação no sentido de que o art. 12 da Lei nº 13.116/2015 se insere em um contexto de promoção de políticas públicas para expansão dos serviços de telecomunicações. Além disso, defende-se que a cobrança pelo uso da faixa de domínio é uma pretensão “*de caráter privatista, rentista e meramente arrecadatória*”, representando uma “*carteira de aluguel*”.² Daí por que defendem a improcedência desta ADI.

7. A presente manifestação é apresentada com o intuito de demonstrar a manifesta inconstitucionalidade das normas questionadas nesta ADI, trazendo subsídios adicionais àqueles apresentados pelo PGR e pelo Estado de São Paulo e contrapontos aos argumentos trazidos pelos *amici curiae* que atuam em sentido oposto. Em síntese, a ABCR demonstrará que o art. 12 da Lei nº 13.116/2015 importa em:

- **Violação aos princípios do serviço público, incluindo os da igualdade e da modicidade tarifária (art. 5º, *caput*, art. 37, *caput* e art. 175, *caput* e parágrafo único, incisos III e IV)**, na medida em que, (i) ao conferir gratuidade às empresas de telecomunicações no compartilhamento de infraestrutura com faixas de domínio de rodovias concedidas, oneram-se os usuários do serviço público de transporte rodoviário; (ii) o prejuízo causados aos usuários de rodovias concedidas favorece atividades econômicas sujeitas ao regime de autorização, com liberdade de preços, cujas desonerações não são necessariamente repassadas ao consumidor de telecomunicações; e (iii) inexistente um regime geral de gratuidade para o compartilhamento de infraestrutura, tampouco se aplica o Tema 261 à hipótese em questão, tornando a gratuidade no dispositivo impugnado um tratamento discriminatório conferido aos usuários de rodovias em comparação a outras hipóteses de compartilhamento de infraestrutura cuja onerosidade é reconhecida pelo ordenamento.

- **Violação à separação de Poderes (art. 2º e art. 60, §4º, inciso III da Constituição Federal)**, na medida em que, na linha de precedentes do STF, a estrutura remuneratória de contratos de concessão está sujeita a um

² Cf. eDOC nº 82, p. 23.

espaço decisório exclusivo do Poder Executivo, sendo, portanto, matéria sujeita à reserva de administração;

- De forma subsidiária, na eventualidade de os argumentos anteriores não serem acolhidos, devem ser afastadas do ordenamento jurídico as interpretações do art. 12 da Lei nº 13.116/2015 que conduzam à sua aplicação sobre contratos de concessão dos entes estaduais, distrital e municipais, por (i) **violação ao princípio federativo (arts. 1º, caput, 18, e 60, §4º, inciso I da CRFB)**, pois a medida interfere diretamente na autonomia dos entes para gerir seus bens e organizar os serviços públicos de sua titularidade, nisso incluída a definição sobre política remuneratória dos contratos de concessão de infraestrutura rodoviária (cf. **art. 25, §1º e 30, inciso V, CRFB**); e (ii) **violação à repartição constitucional de competências legislativas sobre licitações e contratos (art. 22, XXVII e art. 24, §2º, CRFB)**, de modo que a limitação imposta no art. 12 da Lei nº 13.116/2015, no limite, seja aplicada apenas nos casos de concessões rodoviárias federais.

8. De fato, embora os debates até então travados pelo i. PGR e pelos *amici curiae* tenham por foco a possibilidade de contraprestações cobradas pelo Poder Público, diretamente, em face das empresas de telecomunicações, **o objetivo da ABCR é demonstrar graves violações constitucionais promovidas pelo art. 12 da Lei nº 13.116/2015 em relação às rodovias federais, estaduais, distritais e municipais que são objeto de contratos de concessão.** Como se exporá, os dispositivos impugnados nesta ADI são uma verdadeira “**cortesia com o chapéu alheio**”, já que, a pretexto de fomentar investimentos no setor de telecomunicações, imputam os custos da política pública sobre os usuários das rodovias, aniquilando, ainda, os espaços de estruturação econômica de contratos de concessão rodoviária pelos Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. É o que se passa a demonstrar.

**II – INCONSTITUCIONALIDADE *IN TOTUM* DO ART. 12 DA LEI Nº 13.116/2015 E
DE SUAS NORMAS REGULAMENTADORAS**

II.1. Violação aos princípios do serviço público, em especial os da modicidade tarifária e da isonomia (art. 5º, caput; art. 37, caput; e art. 175, caput e incisos III e IV da Constituição Federal): o indevido subsídio às empresas de telecomunicações por usuários de rodovias públicas concedidas.

A) O papel das receitas alternativas para a modicidade tarifária nos contratos de concessões rodoviárias

9. Os contratos de concessão de obras e serviços públicos representam uma estratégia de atuação do Estado no sentido da composição de interesses múltiplos. Por intermédio deles, conciliam-se objetivos próprios das empresas concessionárias com os interesses gerais da sociedade na obtenção de utilidades essenciais para a vida coletiva. É, portanto, da essência de tais contratos a adoção de soluções compromissórias, que procuram compatibilizar a eficiência e o investimento de recursos do setor privado com a necessidade de promover o acesso pelo maior número possível de pessoas a bens e serviços essenciais, a preços módicos.

10. Assim, os contratos de concessão devem prever incumbências à concessionária do serviço público, incluindo as obrigações de prestação de serviço adequado, bem como de manutenção, ampliação e modernização da infraestrutura oferecida aos usuários. Nesse contexto, o ordenamento jurídico reconhece a necessidade de que os contratos de concessão tenham uma **estrutura remuneratória que possibilite o recebimento de receitas pelas concessionárias para fazer frente à necessidade de amortizar e remunerar as vultosas obrigações de investimento e operação do serviço público,**³ aliada a garantias que assegurem

³ Como bem explicado por Egon Bockmann Moreira: “Nos contratos de concessões, permissões, autorizações e parcerias público-privadas, quem faz o aporte inicial é o contratado. A pessoa privada precisa captar recursos, em bancos ou diretamente com os acionistas, e financiar as obras inaugurais (de alguns meses até vários anos). São contratos de investimento, que agregam ao valor estático a projeção da remuneração do capital e avaliação da expectativa de retorno (bem como cálculos projetados para o futuro). Só depois de realizado o investimento nos bens públicos é que se poderá cobrar a tarifa dos usuários (e/ou a contraprestação do contratante público, no caso

ao concessionário a preservação do equilíbrio econômico-financeiro entre encargos e a remuneração por ele percebida.

11. Na modelagem contratual estabelecida pelo Poder Concedente em concessões, a **estrutura remuneratória é composta, majoritariamente e em regra, de receitas tarifárias cobradas diretamente dos usuários**. Significa dizer que os usuários do serviço público são a engrenagem principal para viabilizar financeiramente um projeto de infraestrutura. Daí decorre a difícil tarefa quanto à sistemática econômico-financeira dos contratos de concessão, que precisam, de um lado, possibilitar uma estrutura remuneratória viável para atrair a colaboração da iniciativa privada em parcerias de interesse público; e, de outro, garantir que os valores pagos pelos usuários, ao longo de muitos anos, não sejam elevados a ponto de inviabilizar a universalização do serviço e o pleno acesso à utilidade pública pela população.

12. Com foco nessa preocupação, o ordenamento jurídico brasileiro desenvolveu a possibilidade de que as concessionárias de serviços públicos possam auferir receitas distintas daquelas cobradas diretamente dos usuários. É o caso, *v.g.*, de contraprestações públicas pagas diretamente pela Administração Pública, geralmente por meio de recursos provenientes do erário – hipótese das concessões patrocinadas, previstas na Lei de Parcerias Público-Privadas (cf. art. 2º, §1º da Lei nº 11.079/2004).⁴

13. Ao lado disso, é reconhecida a possibilidade de que as concessionárias – seja em contratos de concessão comum, patrocinada ou administrativa – possam auferir *receitas alternativas*, nos termos do art. 11 da Lei nº 8.987/1995,⁵ que decorrem da exploração de

das parcerias). Cada tarifa significa ínfima parcela dos aportes inicialmente feitos pelo contratado – e só a respectiva somatória no tempo poderá implicar a compreensão da receita do projeto concessionário (MOREIRA, Egon Bockmann. “Contratos administrativos de longo prazo: a lógica de seu equilíbrio econômico-financeiro”. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 93).

⁴ “Art. 2º, §1º. Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”.

⁵ “Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei. Parágrafo único. As fontes de receita previstas

atividades complementares e acessórias à prestação do serviço público. São exemplos de receitas do gênero aquelas obtidas por meio da exploração de publicidade em *outdoors* e painéis em rodovias ou nas traseiras e interiores de transportes de passageiros; da locação de espaços no interior de aeroportos, estações metroviárias ou aquaviárias, para a instalação de restaurantes, lanchonetes e bancas de jornal; dentre outras situações específicas para cada tipo de infraestrutura.

14. Conforme reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro, **as receitas alternativas não são uma benesse oferecida aos parceiros privados** com o objetivo de elevar os seus lucros na prestação dos serviços públicos. Longe de ostentarem natureza “*privatista, rentista e meramente arrecadatória*”,⁶ a inclusão dessas receitas na estrutura remuneratória dos concessionários é medida que, segundo o art. 11 da Lei nº 8.987/1995, visa a atender a **modicidade das tarifas**, fazendo parte, pois, do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão.

15. O raciocínio econômico dessa proposição pode ser explicado tanto por uma perspectiva geral, como por uma perspectiva específica, ambas decorrentes do desenho dos contratos de concessão. Sob uma ótica ampla, a mera possibilidade de exploração de receitas alternativas em um projeto de concessão eleva a sua sustentabilidade econômico-financeira, possibilitando propostas mais vantajosas aos usuários nas concorrências públicas voltadas à escolha do parceiro privado. Nesse sentido, conforme estabelecido pelo parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.987/1995, as fontes de receitas alternativas “*serão **obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato***” (grifou-se). Nas palavras de Carlos Ari Sunfeld, “[a] lógica do dispositivo é incentivar o **financiamento alternativo da concessão**, para que as tarifas pagas pelos usuários do serviço não sejam a única fonte de remuneração da concessionária. Neste sentido, **quanto maior for a arrecadação alternativa, menor poderá ser a tarifa cobrada dos usuários**”.⁷

neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato”.

⁶ Cf. eDOC nº 82, pp. 23.

⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. “O Compartilhamento de Infra-Estrutura Entre Prestadoras de Serviço Público”. *Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte*, ano 1, n. 8, out. 2001, versão digital, p. 05.

16. De uma perspectiva específica, o Poder Concedente poderá, por meio de previsões contratuais expressas, delimitar que as receitas alternativas façam parte da própria equação que define o preço das tarifas cobradas dos usuários, a exemplo dos contratos de concessão rodoviária federais.⁸

17. Nesta toada, a ABCR entende relevante apresentar a V. Exas. o estudo elaborado pela Tendências Consultoria Integrada (“Tendências” – Doc. 01), em que são analisadas as distorções econômicas decorrentes da isenção conferida pelo art. 12 da Lei nº 13.116/2015. O estudo técnico conclui que *“quanto maior for a capacidade das rodovias de gerarem receitas alternativas, menor será o custo que elas impõem à sociedade. Conseqüentemente, maiores serão as possibilidades de investimento na ampliação e melhoria da malha rodoviária”*.

18. Em razão disso, não há dúvidas de que as receitas alternativas concretizam princípios constitucionais centrais da prestação de serviços públicos no Brasil, como o da modicidade tarifária e o da garantia do serviço adequado por meio da ampliação de investimentos e da universalização do acesso aos serviços públicos pela população (art. 175, *caput* e parágrafo único, incisos III e IV da Constituição Federal⁹ e art. 6º, §§1º e 2º da Lei nº 8.987/1995¹⁰). Justamente por isso, **medida estatal que restrinja a possibilidade de exploração de receitas alternativas e, conseqüentemente, a sua exclusão da equação financeira dos contratos de concessão, deve ser objeto de rígido escrutínio constitucional.**

⁸ Veja-se, a título de exemplo, o regramento contratual do Contrato de Concessão da BR-040, que compreende o trecho Brasília/DF e Juiz de Fora – MG: “19 Receitas Extraordinárias. 19.1 A utilização ou exploração da faixa de domínio de trecho integrante do Sistema Rodoviário pela Concessionária, bem como a exploração de Receitas Extraordinárias, deverão ser previamente autorizadas pela ANTT. (...) 19.6 **Parcela da receita advinda de Receita Extraordinária será revertida à modicidade tarifária, anualmente, no momento da revisão ordinária da Tarifa Básica de Pedágio, mediante a análise pela ANTT dos resultados das Receitas Extraordinárias, nos termos deste Contrato e da regulamentação vigente da ANTT.**” (Grifou-se).

⁹ “Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre: (...) III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado”.

¹⁰ “Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§1º. Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§2º. A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço”.

Afinal, é usuário do serviço público quem sofre as consequências. Nas palavras de Marçal Justen Filho:

“No campo dos serviços públicos, essa concepção se justifica especificamente porque a ampliação da lucratividade permite a redução da tarifa, senão a ampliação da qualidade. **Ofenderia aos princípios constitucionais fundamentais que a prestação do serviço público fosse custeada por tarifas mais elevadas que o necessário para assegurar a viabilidade da exploração.** Quando o desempenho do serviço público comportar a exploração de atividades conexas, os ganhos econômicos correspondentes devem ser aproveitados para integração na equação econômico-financeira. **Infringiria a ordem jurídica produzir a dissociação entre a prestação do serviço público e exploração de atividades econômicas conexas, eis que isso equivaleria à elevação da tarifa imposta ao usuário**”.¹¹

19. É nesse contexto que se insere o art. 12 da Lei nº 13.116/2015. O dispositivo prescreve que, na implantação da infraestrutura de telecomunicações, “*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 (...)*” (grifou-se). Ou seja, o legislador exclui a possibilidade de recebimento de parcela relevantíssima das receitas alternativas em contratos de serviços públicos de operação de infraestruturas rodoviárias, o que, na prática, permite concluir que **os usuários das rodovias concedidas após o advento da lei suportarão o custo da gratuidade conferida às empresas de telecomunicações.** A contrariedade ao art. 175, *caput* e parágrafo único, incisos III e IV da Constituição Federal é manifesta. Exatamente por isso, o dispositivo legal deve ser objeto de um escrutínio rigoroso por esta e. Corte, que leve à sua declaração de inconstitucionalidade.

20. Veja-se que tais fundamentos são de enorme relevância e explicitam os vetores constitucionais que devem guiar o Supremo Tribunal Federal na resolução da controvérsia apresentada. Está em jogo o comprometimento efetivo da prestação de um serviço público essencial a usuários de todo o país e a setores econômicos como o de logística, como se verá adiante. De outro lado, as razões apresentadas pelos *amici curiae* em defesa da

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 368.

constitucionalidade do art. 12 da Lei nº 13.116/2015 se baseiam em premissas equivocadas e argumentos claramente inconsistentes.

21. Em resumo, os *amici curiae* sustentam que a restrição criada pelo dispositivo seria legítima pois, (i) tendo as atividades econômicas de telecomunicações, a seu ver, a natureza de serviços públicos, não seria possível que lhes fossem cobrados valores pelo uso de bens públicos. Além disso, (ii) o art. 12 da Lei nº 13.116/2015 refletiria um suposto entendimento jurisprudencial consolidado dos Tribunais Superiores no sentido da impossibilidade de cobrança pelo compartilhamento de infraestrutura, extraído, fundamentalmente, do Recurso Extraordinário nº 581.947 (Tema 261 da repercussão geral). Por fim, ressaltam que (iii) o dispositivo se insere no contexto de promoção de investimentos no setor de telecomunicações, tornando homogêneos os custos incidentes sobre a atividade em diferentes regiões do Brasil.

22. Como se demonstrará a seguir, trata-se de premissas juridicamente inadequadas, incorretas e, com as devidas vênias, falaciosas, o que evidencia, ainda mais, a ilegítima violação aos princípios constitucionais do serviço público previstos no art. 175 da Constituição.

B) As atividades de telecomunicações autorizadas são regidas pelo direito privado, em regime de liberdade de preços, o qual não se confunde com o regime do serviço público.

23. A primeira premissa a ser afastada para o exame da constitucionalidade do art. 12 da Lei nº 13.116/2015 reside na incorreta qualificação jurídica conferida às atividades de telecomunicações, sobretudo àquelas que são o cerne da Lei de Antenas e objeto das principais políticas públicas desenvolvidas para o setor. Como se demonstrará neste tópico, atividades como telefonia móvel e os serviços de *internet*¹² são prestados em regime de *autorização*, no

¹² Em rigor, atividades como *internet* e as plataformas de aplicações *over the top* sequer podem ser enquadradas como atividades de telecomunicações, sendo reconhecidas pelo ordenamento como Serviços de Valor Adicionado (SVA), nos termos do art. 61 da LGT. Como explicitado pelo Exmo. Min. Celso de Mello, quando do julgamento da medida cautelar na ADI nº 6.199, os SVAs são “aqueles [serviços] que se limitam a utilizar os serviços prestados pelas empresas de telecomunicações, com o intuito de oferecer aos usuários desses sistemas uma variedade de aplicações e utilidades destinadas a melhorar a sua experiência de uso”. (STF, ADI nº 6.199 MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. em: 03.12.2019, DJe de 06.12.2019. Ver também: FERNANDES, Victor Oliveira. *Regulação de serviços over-the-top (OTT) e pós-convergência tecnológica: uma análise do regime jurídico setorial*

qual os agentes do setor atuam em livre concorrência e, principalmente, em regime de liberdade de preços. Trata-se, pois, de atividades que, ao contrário do regime de concessão das rodovias, não se submetem aos princípios do art. 175 da Constituição Federal e que, portanto, não podem ser adotadas – em falso paralelismo – como fundamento para tamanha restrição aos direitos dos usuários dos serviços públicos rodoviários.

24. De fato, após o advento da Emenda Constitucional nº 08/1995, o setor de telecomunicações brasileiro sofreu profundas transformações em seu regime jurídico e o principal marco foi justamente o fim do monopólio estatal.¹³ A partir de então, em vez de os serviços de telecomunicações serem prestados somente de forma direta pela União ou por empresas por ela controladas, o constituinte passou a admitir que tais serviços passassem a ser explorados por empresas privadas “*mediante autorização, concessão ou permissão*”, nos termos da nova redação conferida ao inciso XI do art. 21 da CRFB.¹⁴ Pouco tempo depois, com a finalidade de delinear o mercado e dar contornos mais bem definidos ao setor, foi aprovada a Lei nº 9.472/1997, mais conhecida como Lei Geral de Telecomunicações (LGT), que “*dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995*”.

25. Voltando-se os olhos para a LGT, é possível observar que os serviços de telecomunicações estão sujeitos a dois regimes distintos e coexistentes: o regime público e o regime privado. No caso do público, o serviço é prestado mediante concessão ou permissão, “*com atribuição a sua prestadora de universalização e de continuidade*” (art. 63, parágrafo

de serviços OTT de voz nos EUA e no Brasil. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2018, p. 111 e ss.

¹³ Conforme explica Alexandre Santos de Aragão, “na década de 90 foram introduzidas profundas mudanças no arcabouço jurídico-institucional [do setor de telecomunicações] incluindo (i) emenda à Constituição para determinar o fim do monopólio estatal; (ii) elaboração de nova lei estruturante para o setor, revendo o papel do Estado; (iii) criação de agência reguladora independente; (iv) introdução de mecanismos capazes de propiciar a competição após a privatização; (v) redefinição das tarifas e extinção dos subsídios cruzados; e (vi) cisão da TELEBRAS como etapa prévia ao processo de privatização”. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 258).

¹⁴ “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”. (grifou-se).

único, LGT). Historicamente, o principal exemplo de serviço submetido ao regime público é o Serviço de Telefonia Fixa Comutado (STFC). De sua vez, no regime privado, disciplinado a partir do art. 131 da LGT, a exploração depende de prévia *autorização* da agência setorial (ANATEL). São exemplos de serviços submetidos ao regime privado: a telefonia móvel, a televisão a cabo (também conhecida como Serviço de Acesso Condicionado – SeAC) e o serviço de comunicação multimídia.

26. Vale lembrar que o aludido modelo híbrido foi chancelado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da medida cautelar na ADI nº 1.668.¹⁵⁻¹⁶ Na oportunidade, a Corte reconheceu expressamente a possibilidade de tratamento assimétrico (*i.e.*, em diferentes regimes) para um mesmo serviço.¹⁷ Com efeito, no setor de telecomunicações, estabeleceu-se regime de assimetria regulatória, em que a mesma atividade é prestada tanto em regime de concessão (*i.e.*, como serviço público, tal como ocorre com o serviço de telefonia fixa comutada), como de autorização (*i.e.*, atividade privada outorgada pelo Poder Público ao particular, tal como ocorre com o serviço de telefonia móvel)¹⁸. Conforme afirma Egon Bockmann Moreira, deve-se reconhecer que, segundo o que ficou decidido no julgamento da medida cautelar naquela ADI, “*são constitucionais as leis que disciplinam o regime de Direito Privado para serviços imputados à União no art. 21 da Constituição*”. Mais

¹⁵ STF, ADI nº 1.668 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em: 20.08.1998, DJ. de 16.04.2004.

¹⁶ Ao trazer para a presente discussão a decisão cautelar proferida no bojo da ADI nº 1.668, o SINDITELEBRASIL, admitido como *amicus curiae*, claramente distorce a posição encampada pela maioria desta e. Corte quando do referido julgamento, especialmente quanto à questão da concomitância de regimes jurídicos aplicáveis (público e privado) aos serviços de telecomunicações e a subsunção ou não de tais serviços ao conceito de serviço público. Em sua petição, o Sindicato afirma que este e. STF teria rechaçado que “*o modo privado (e concorrencial) de prestação do serviço afetaria a sua dignidade constitucional enquanto serviço público e atividade de relevante interesse coletivo*” (grifou-se). Ocorre que, naquela oportunidade, este e. Tribunal não admitiu o enquadramento, em todo e qualquer caso, dos serviços de telecomunicações como serviços públicos, tal qual sugere o SINDITELEBRASIL. Em verdade, este e. STF se debruçou sobre a concomitância de regimes jurídicos sob a óptica do enquadramento dos serviços de telecomunicações como serviços de interesse coletivo, conforme art. 62 da LTG, e não a partir de um cotejo de tais serviços com os elementos típicos dos serviços públicos. Nesse sentido, são elucidativas as palavras do Ministro Sepúlveda Pertence a respeito desses pontos. Confirmam-se: “*não me parece, à vista da alteração constitucional do inciso XI do art. 21 da Constituição, que haja a impossibilidade essencial de que o serviço, por ser de interesse coletivo, seja prestado em regime público, como está na lei, e, concomitantemente, em regime privado. É esta, má ou boa, a inspiração da revisão constitucional*”. (Voto do Ministro Sepúlveda Pertence, p. 195 do acórdão).

¹⁷ ADI 1668 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em: 20.08.1998, DJ. de 16.04.2004.

¹⁸ Sobre o conceito de autorização vinculada, confira-se: CÂMARA, Jacintho Arruda. “As autorizações da Lei Geral de Telecomunicações e a Teoria Geral do Direito Administrativo.” In. RDIT, Belo Horizonte, ano 2, nº 3, pp. 55-68, jul./dez. 2007; e MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *Direito das Telecomunicações*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 153 e ss.

do que isso: ao referendar o modelo de assimetria regulatória das telecomunicações, o STF admitiu que “*é constitucional a sua outorga por meio de autorizações, sem licitação e que cabe ao legislador ordinário e à agência reguladora setorial a definição da atividade a ser executada e como ela dever ser executada*”.¹⁹

27. No que se refere ao regime de concessões (público), os valores dos serviços de telecomunicações são fixados no bojo do contrato de concessão e quaisquer mudanças estabelecidas repercutem diretamente no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, tendo o condão de impactar os usuários desses serviços e os valores pagos por eles (para mais ou para menos). Ressalte-se que tais contratos decorrem necessariamente de procedimentos licitatórios prévios, conforme determina o art. 88 da LGT.

28. Ainda nesse ponto, é fundamental mencionar que, recentemente, a LGT sofreu importantes modificações trazidas pela Lei nº 13.897/2019, que passou a admitir “*a adaptação da modalidade de outorga de serviço de telecomunicações de concessão para autorização*”. Ressalte-se, de modo especial, a revogação do parágrafo único do art. 64 da LGT, que estabelecia que o STFC deveria se submeter necessariamente ao regime público. Em outras palavras, por meio dessa reforma legislativa, o legislador passou a permitir que as concessionárias que oferecem o STFC migrem do regime público para o regime privado. Assim, mesmo serviços que estavam submetidos, historicamente, ao regime de direito público estão migrando paulatinamente para o regime privado, por meio de decisão legítima do legislador democrático.

29. Quanto ao regime de autorizações (privado), impõe-se a aplicação do disposto no art. 129 da LGT, que estabelece que “**o preço dos serviços será livre**, ressalvado o disposto no § 2º do art. 136 desta Lei, reprimindo-se toda prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico, nos termos da legislação própria” (grifou-se). Não há, nesse caso, a realização de prévio procedimento licitatório para que as empresas obtenham as

¹⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. “Portos Brasileiros e Seus Regimes Jurídicos” In: *Portos e Seus Regimes Jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 63. Grifou-se.

autorizações pertinentes.²⁰ Além disso, os preços dos serviços decorrem do *business plan* dos agentes do mercado, ainda que sujeitos a algum grau de ingerência da ANATEL enquanto autoridade reguladora. De mais a mais, as empresas possuem ampla liberdade gerencial para explorar as atividades que considerem pertinentes dentro de sua estratégia comercial, não possuindo amplas obrigações de investimentos e obrigações de continuidade tal como em um contrato de concessão.

30. A exposição do cenário regulatório das atividades de telecomunicações é relevante porque demonstra que grande parcela do setor (e, progressivamente, a integralidade dele) compreende atividades exploradas em regime de autorização, submetidas ao direito privado e com a delimitação dos preços de acordo com a liberdade gerencial de cada empresa. É intuitivo concluir, assim, que **a sistemática das atividades de telecomunicações em regime de autorização não está compreendida materialmente nos ditames do art. 175 da Constituição Federal – aplicável, como sua redação confirma, apenas aos serviços públicos prestados “diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação”.**

31. Note-se que, justamente em razão das especificidades das atividades de telecomunicações em regime de autorização, a doutrina majoritária do direito administrativo reconhece que elas não podem ser enquadradas no conceito jurídico de *serviço público*.²¹ De toda forma, ainda que interpretações expansivas pudessem levar a uma conclusão de que essas atividades econômicas são “*serviços públicos em sentido amplo*”, tal circunstância, por si só, não seria suficiente para atrair a incidência do art. 175 da Constituição Federal para os serviços de telecomunicações em regime de autorização. Trata-se, pois, de uma discussão inócua para o deslinde da controvérsia constitucional em questão.

²⁰ No caso, por exemplo, do 5G, que se apresenta como um padrão de tecnologia para as redes móveis e de banda larga, o que ocorrerá em breve, no Brasil, é o leilão das faixas de frequência, justamente em razão da escassez de tais bens, e não um certame que tenha por objeto a possibilidade de que as empresas prestem o serviço de telecomunicações em si.

²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, pp. 473-474.

32. Quanto à questão, é preciso fazer um contraponto às alegações dos *amici curiae* que tentam distorcer o alcance do art. 175 da CRFB para que ele abarque as autorizações de telecomunicações, sob a alegação de que se trataria de atividades fiscalizadas e relevantes. Ora, além de ignorar a clara e expressa redação do dispositivo constitucional, o fato de a atividade estar sujeita à fiscalização pública não a transmuda em serviço público, nem faz atrair todos os seus consectários constitucionais e legais. Se assim fosse, quaisquer atividades reguladas teriam que ser tratadas de forma similar. Não se questiona a relevância do setor de telecomunicações, mas diversas atividades igualmente importantes (como serviços bancários e securitários) também são fortemente reguladas por autoridades independentes (como Banco Central e SUSEP) e isso não as converte em serviços públicos. Some-se a isso que, prevalecendo o entendimento defendido pelos representantes das empresas de telecomunicações, as autorizatárias fariam jus apenas aos privilégios de serem consideradas delegatárias de serviços públicos (para os fins do art. 175 da CRFB), mas não absorveriam nenhum dos diversos ônus que esse regime traz consigo (como regulações mais rigorosas de preço). Enfim, não se pode admitir que o “futuro”²² passe por cima da Constituição e da própria realidade do setor.

33. O paralelo entre concessões rodoviárias e as atividades de telecomunicações em geral, supostamente de igual qualificação constitucional, é, portanto, falacioso: se, de um lado, a gratuidade conferida pelo uso da faixa de domínio impacta necessariamente os usuários das rodovias em regime de concessão, por força da sistemática constitucional e legal insculpida no art. 175, *caput* e parágrafo único, incisos III e IV e nos arts. 6º e 11 da Lei nº 8.987/1995, dado que tais atividades são desenvolvidas sob a lógica de um equilíbrio econômico-financeiro contratual; e se, de outro, é fato que a desoneração em questão não recai, de forma automática, sobre os consumidores dos serviços de telecomunicações, visto que os *players* do mercado, ao atuarem em regime de liberdade de preços, poderão simplesmente absorver a gratuidade para elevar o lucro líquido obtido em suas operações econômicas, o que há é **um indevido subsídio às empresas (e não aos consumidores, necessariamente) de telecomunicações por usuários de rodovias públicas concedidas.**

²² Conforme referência feita pelo *amicus* SINDITELEBRASIL, item 3.10.

34. Nesse contexto, o estudo econômico elaborado pela Tendências Consultoria Integrada conclui que a sistemática do art. 12 da Lei nº 13.116/2015 configura uma situação de **subsídio cruzado entre empresas exploradoras das atividades de telecomunicações e os usuários do serviço público rodoviário**. Conforme explicado pelos *experts*, ainda que mantida a higidez do dispositivo impugnado, “*não há regulamentação que garanta que os serviços de telecomunicações serão disponibilizados aos usuários finais por um custo mais baixo*”. Confira-se:

“(…) a isenção do Direito de Passagem em rodovias pedagiadas, prevista no artigo 12 da Lei das Antenas, na prática, representa um subsídio cruzado que beneficia as atividades das empresas especializadas no serviço de instalação de equipamentos de telecomunicação em detrimento das receitas extraordinárias das rodovias, afetando uma importante fonte de modicidade tarifária e, conseqüentemente, o custo do pedágio para os usuários da via.

Mas, se por um lado quem paga o subsídio cruzado citado acima é o usuário da rodovia pedagiada, é correto dizer que esse subsídio beneficia o bolso do consumidor final de telecomunicações? A resposta é não! (...)

Pelo contrário, além de os contratos entre as empresas de infraestrutura e as prestadoras finais dos serviços de telecomunicações serem privados, a maioria dos preços cobrados dos consumidores finais pelas companhias de telecomunicações (internet, telefonia celular, tv a cabo etc.) não são regulados. Conseqüentemente, não existe um mecanismo formal e garantido de “modicidade tarifária” e, portanto, não se pode garantir que as forças de mercado serão suficientes para levar o benefício da isenção no Direito de Passagem até o consumidor final.

Tendo em vista a elevada concentração de mercado nos serviços de telecomunicações no Brasil (poucas provedoras de telefonia, internet e tv a cabo), é até mais fácil supor que qualquer benefício associado à isenção do Direito de Passagem será absorvido ao longo da cadeia, aumentando o retorno das grandes corporações de telecomunicações, sem impactar os preços pagos pelos consumidores finais. (...)

Assim, embora não se discuta a relevância do setor de telecomunicações para o desenvolvimento do País, **a isenção concedida pela Lei das Antenas tende, em grande parte, a sair do bolso do cidadão e aumentar o resultado de operadoras e prestadores de serviços de telecomunicações**” (Doc. 01, p. 11/12. Grifou-se).

35. Nem se diga que a gratuidade conferida pelo art. 12 da Lei nº 13.116/2015 se justifica pela essencialidade das atividades de telecomunicações. De fato, diversos *amici curiae* tentam justificar a sistemática legal impugnada a partir da importância dos serviços de telefonia móvel e de internet no país – aludindo, inclusive, à indispensabilidade de tais atividades, nos termos do art. 3º, §1º, inciso IV do Decreto nº 10.282/2020, que elencou as atividades essenciais

no contexto de pandemia; e do art. 10, VII, da Lei nº 7.783/1989, que dispõe sobre atividades essenciais no contexto do direito de greve. Respeitosamente, percebe-se a falácia da argumentação quando se verifica que as demais atividades que se encontram elencadas nos mesmos dispositivos normativos, a despeito de serem igualmente essenciais, não deixam de pagar os preços para acessar a infraestrutura rodoviária.

36. Alguns exemplos ajudam a ilustrar a **ausência de correlação entre essencialidade, a qualificação como serviço público e a gratuidade para acesso a utilidades públicas**. Não há dúvidas de que, *e.g.*, a produção e comercialização de produtos de saúde, higiene, limpeza, alimentos, bebidas e materiais de construção; os serviços de pagamento, de crédito e de saque e aporte prestados pelas instituições supervisionadas pelo Banco Central do Brasil; e os serviços relacionados à tecnologia da informação e de processamento de dados são de grande relevância para o país, sobretudo no contexto da pandemia, tanto que também se encontram elencados no art. 3º, §1º do Decreto nº 10.282/2020. Isso não significa, contudo, que tais atividades possam ser qualificadas como serviços públicos, tampouco que a sua essencialidade lhes assegure gratuidade nas tarifas em suas contas de luz, gás, telefonia e outros serviços públicos relevantes, ou até mesmo isenção nas tarifas de pedágios de seus colaboradores. O mesmo se diga em relação a hospitais e serviços de assistência de saúde suplementar privados, ainda que essas atividades econômicas estejam diretamente ligadas ao direito fundamental à saúde.

37. Indo além, note-se que o art. 3º, §1º, inciso XXII do mesmo Decreto classifica, como atividade essencial para toda a população nacional, os serviços de transporte, armazenamento, entrega de cargas em geral. De fato, durante a pandemia, ficou evidente que o abastecimento da população é dependente do setor de logística nacional – cujos agentes representam um dos principais usuários das rodovias públicas. Conforme demonstrado pelo estudo econômico em anexo, excluindo-se o minério de ferro, que apresenta peculiaridades próprias de logística, o setor de transporte rodoviário tem participação superior a 70% da matriz nacional, de modo que “*de cada 10 toneladas de mercadorias que circulam por quilômetro no Brasil, mais de 7 circulam por nossas rodovias*” (Doc. 01, p. 04).

38. Ainda assim, a despeito de sua essencialidade, os agentes econômicos do setor cumprem suas obrigações de pagamento dos pedágios pela utilização das vias concedidas. É nesse contexto, a propósito, que é possível notar que o art. 12 da Lei nº 13.116/2015, a pretexto de garantir benesses a uma atividade essencial, também possui impactos sobre outras igualmente essenciais – impactos esses que não foram devidamente considerados pelo legislador federal. Afinal, se a exclusão da cobrança de receitas acessórias das empresas de telecomunicações afeta os usuários das rodovias públicas, não apenas carros de passeio, mas todo tipo de usuário, incluindo os vários elos do setor de logística nacional, arcarão com os custos dessa medida. Não há almoço grátis.²³

39. Por todo o exposto, é evidente que as atividades de telecomunicações submetidas ao regime privado de autorização e que atuam em livre concorrência com liberdade de preços não se encontram submetidas aos ditames do art. 175 da Constituição Federal, de modo que a gratuidade que lhes foi conferida não encontra respaldo nos princípios incidentes sobre os serviços públicos. De mais a mais, a qualificação como atividade essencial também não é fundamento legítimo para conferir gratuidade ao direito de passagem por empresas de telecomunicações, o que é confirmado por toda a sistemática do ordenamento jurídico a respeito do compartilhamento de infraestrutura, como se demonstrará a seguir.

C) A onerosidade do compartilhamento de infraestrutura e a inaplicabilidade do precedente do caso de Ji-Paraná (Recurso Extraordinário nº 581.947) à hipótese da ADI.

40. A segunda impropriedade a ser desconstruída para o correto deslinde desta ADI está na circunstância de que, segundo alegado por parte dos *amici curiae*, o art. 12 da Lei nº

²³ Conforme destacado no parecer econômico elaborado pela Tendências Consultoria Integrada em relação às manifestações apresentadas até então nesta ADI, “pouco ou nada é dito e ponderado do ponto de vista de quem paga a conta dessa isenção, ferindo um princípio básico das análises econômicas. Esse princípio é comumente ilustrado pela famosa expressão “não existe almoço grátis”, adotada por economistas renomados como Milton Friedman e amplamente apresentada para alunos de graduação de economia e outras diversas ciências humanas. Tal expressão significa que qualquer política econômica que altere as condições de um mercado, afetando positivamente um grupo de agentes, estará necessariamente afetando negativamente outro grupo de agentes (...)” (Doc. 01, p. 03)

13.116/2015 representaria um reconhecimento legislativo do entendimento jurisprudencial firmado no bojo do Recurso Extraordinário nº 581.947 e de outros julgados deste Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual – inadvertidamente afirmam – o compartilhamento de infraestrutura para uso das faixas de domínio em rodovias seria necessariamente gratuito, por imposição constitucional.

41. O precedente indicado pelas associações refere-se ao conhecido imbróglio entre o Município de Ji-Paraná e a Centrais Elétricas de Rondônia S.A. (Ceron) acerca da possibilidade de cobrança de Taxa de Uso e Ocupação de Solo e Espaço Aéreo pelo aludido ente da Federação em face da concessionária. Naquela oportunidade, o Supremo Tribunal Federal, em acórdão de relatoria do Min. Eros Grau, reconheceu, em sede de repercussão geral (Tema nº 261), a inconstitucionalidade da legislação local que previa a cobrança do tributo, adotando-se o entendimento de que o Município de Ji-Paraná não poderia cobrar taxa pelo uso de um bem comum do povo por prestadoras de serviços públicos de energia elétrica.²⁴

42. Desde então, diversas foram as tentativas de se estender o referido precedente para diferentes situações jurídicas, com uma profusão de ações de concessionárias que pretendiam, a partir daquele julgado, deixar de pagar por qualquer contraprestação cobrada pelo uso de bens públicos integrados à prestação dos serviços públicos. Tal circunstância levou o Município de Ji-Paraná a opor embargos de declaração com o objetivo de que ficasse claro que a decisão proferida pelo e. STF estaria limitada à inconstitucionalidade da incidência de *taxa* em razão do simples uso ou ocupação de bens públicos de uso comum do povo.

43. Foi assim que, na oportunidade, o Min. Luiz Fux ressaltou que *“[a] ampliação do objeto da controvérsia dos autos no resultado do julgamento é algo indesejável, mormente porquanto este processo está sob o regime da repercussão geral, o que poderia ofender o devido processo legal, e, em particular, a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa”*. Por isso, o Plenário da Corte decidiu que **o Tema nº 261 está restrito à hipótese de**

²⁴ STF, RE nº 581.947, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. em: 27.05.2010, DJe. de 27.08.2010.

cobrança de taxa pelo uso do espaço público municipal direcionada às concessionárias de serviços públicos. O *decisum* foi assim ementado:

“1) Embargos de Declaração. Repercussão Geral. 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**”²⁵

44. Em paralelo, o Superior Tribunal de Justiça foi levado a apreciar diversas demandas em que concessionárias buscavam a gratuidade de pagamento pelo uso e exploração de bens públicos.²⁶ **Especificamente em relação a demandas relacionadas à cobrança pelo compartilhamento de infraestrutura entre concessionárias, o e. STJ firmou o entendimento de que a cobrança é válida, desde que previsto no contrato de concessão da concessionária cedente, uma vez que a cobrança da receita alternativa se reverte em favor da modicidade tarifária.** Confira-se, nesta toada, o seguinte julgado da Primeira Seção, em sede de embargos de divergência:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CONCESSÃO. RODOVIA. DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. COBRANÇA PELO USO DE FAIXA DE DOMÍNIO. ART. 11 DA LEI 8.987/95. POSSÍVEL DESDE QUE PREVISTA NO CONTRATO. CASO SOB ANÁLISE. PREVALÊNCIA DA DISPOSIÇÃO LEGAL. MANUTENÇÃO DO ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA SEÇÃO EXPLICITADO NO ACÓRDÃO PARADIGMA. PROVIMENTO.

1. Cuida-se de embargos de divergência interpostos contra acórdão que consignou não ser possível - no caso - a cobrança de concessionária de distribuição energia elétrica pelo uso da faixa de domínio de rodovia concedida, em razão da existência do Decreto n. 84.398/80.

2. É trazido paradigma da Primeira Seção no qual foi apreciado caso similar, quando se debateu a extensão interpretativa do art. 11 da Lei n. 8.987/95 (Lei

²⁵ STF, RE nº 581.947 ED, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. em: 18.12.2013, DJe. de 19.03.2014.

²⁶ Em relação à cobrança de taxas ou preços por entidades da Administração Pública em face de concessionárias, o e. STJ manteve o entendimento deste e. Supremo Tribunal Federal em relação à impossibilidade desta cobrança, conforme exposto por diversos *amici curiae* no bojo da presente ADI.

de Concessões e Permissões) e a possibilidade de cobrança pelo uso de rodovia por outras empresas concessionárias.

3. No acórdão paradigma está firmado que o art. 11 da Lei n. 8.987/95 autoriza a cobrança de uso de faixas de domínio, mesmo por outra concessionária de serviços públicos, desde que haja previsão no contrato de concessão da rodovia, em atenção à previsão legal.

4. **Deve prevalecer o entendimento firmado pela Primeira Seção, que se amolda com perfeição ao caso: "Poderá o poder concedente, na forma do art. 11 da Lei n. 8.987/95, prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas.**

(...) No presente caso, há a previsão contratual exigida no item VI, 31.1, da Cláusula 31" (REsp 975.097/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Rel. p/ Acórdão Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 9.12.2009, DJe 14.5.2010).

Embargos de divergência providos".²⁷

45. O referido precedente é paradigmático e foi confirmado em diversas oportunidades, inclusive em casos envolvendo a cobrança pelo uso da faixa de domínio de rodovias, *e.g.*, por concessionárias de energia elétrica e de saneamento básico.²⁸

46. Em igual direção, **os Ministros deste e. Supremo Tribunal Federal não têm se furtado de afastar a aplicação do Tema nº 261 a situações nas quais a cobrança da faixa de domínio se dá no contexto de relações entre concessionárias**. A título de exemplo, é possível destacar, mais recentemente, o **RE nº 1181353** (Companhia Jaguari de Energia vs. Renovias Concessionária S.A.), de relatoria da **Min. Cármen Lúcia**²⁹; o **ARE nº 1252137** (Companhia de Gás de São Paulo – Comgás vs. NovaDutra – Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S.A.), de relatoria do **Min. Edson Fachin**³⁰; o **ARE nº 1204820** (Cia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP vs. Autopista Fernão Dias S.A.), de relatoria do **Min. Alexandre de Moraes**³¹; o **RE nº 1163302** (Copel Geração e Transmissão S.A.

²⁷ STJ, EREsp nº 985.695/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, j. em: 26.11.2014, DJe. de 12.12.2014.

²⁸ STJ, AgInt no REsp nº 1.677.414/SP, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, j. em: 08.02.2018, DJe. de 20.02.2018; STJ, REsp nº 975.097/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, j. em: 09.12.2009, DJe. de 14.05.2010; AgRg no REsp nº 1.007.754/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, j. em: 19.10.2010, DJe. de 27.10.2010; STJ, AgInt no REsp nº 1.543.963/RS, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, j. em: 28.05.2019, DJe. de 04.06.2019; AgInt no AREsp nº 1.181.418/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, j. em: 13.11.2018, DJe. de 21.11.2018.

²⁹ RE nº 1.181.353, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, j. em: 13.03.2019, DJe. de 03.04.2019.

³⁰ ARE nº 1.252.137, Rel. Min. Edson Fachin, decisão monocrática, j. em: 16.09.2020, DJe. de 18.09.2020.

³¹ ARE nº 1204820, Rel. Min. Alexandre de Moraes, decisão monocrática, j. em: 23.05.2019, DJe. de 29.05.2019.

vs. Concessionária de Rodovias do Interior Paulista S/A), de relatoria do Min. Marco Aurélio³²; o ARE nº 1235415 (Companhia Paulista de Força e Luz vs. ViaRondon Concessionária de Rodovia S/A), em relatorias do Min. Dias Toffoli³³ e da Min. Rosa Weber³⁴; e a Rcl nº 40986 (Companhia Paulista de Força e Luz vs. Concessionária Rodovias do Tietê S.A.), de relatoria do Min. Roberto Barroso.

47. Elucidativas, neste ponto, são as palavras do Min. Alexandre de Moraes:

“Quanto ao mérito, efetivamente **a matéria ora em análise é diversa daquela tratada no Tema 261 (RE 581.947-RG)**. Com efeito, enquanto no caso concreto discute-se a possibilidade de cobrança de remuneração (preço) pelo uso de faixas de domínio de rodovias concedidas a empresas de direito privado, nos termos do art. 11 da Lei n. 8.897/1995, o referido precedente paradigma apreciou questão referente à cobrança de taxa pelo uso de bem público pertencente a município - sendo, portanto, inaplicável à hipótese destes autos. (...)

Não há como aplicar esse entendimento na espécie vertente, pois estes autos versam sobre preço cobrado pelo uso de faixas de domínio de rodovias concedidas a empresas de direito privado, nos termos do art. 11 da Lei n. 8.897/1995. Essa controvérsia inclusive foi resolvida pelo Supremo Tribunal Federal, que, ao julgar os Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 581.947-RG, Relator o Ministro Luiz Fux, delimitou o alcance da tese fixada na repercussão geral: (...)

5. Quanto à cobrança realizada pela concessionária de rodovias em face da concessionária de energia elétrica pelo uso das faixas de domínio de rodovias, o Superior Tribunal de Justiça assentou: “Sem maiores considerações quanto à argumentação trazida no agravo, a tese quanto à possibilidade de uso compartilhado gratuito de bem público por concessionária de serviço público já foi examinada nos embargos de divergência nº 985.695/RJ, **tendo restado pacificado o entendimento no sentido da possibilidade da cobrança pelo uso da faixa de domínio da rodovia por outra concessionária para passagem de linha de energia, nos termos do art. 11 da Lei nº 8.987/1995**”.³⁵

48. De fato, quando se compara o caso enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao Município de Ji-Paraná com a situação em que há cobrança entre concessionárias pelo compartilhamento de infraestrutura, saltam aos olhos elementos importantes que

³² RE nº 1.163.302 ED-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, j. em: 24.06.2019, DJe. de 27.06.2019.

³³ ARE nº 1.235.415, Rel. Min. Dias Toffoli, decisão monocrática, j. em: 22.10.2019, DJe. de 25.10.2019.

³⁴ ARE nº 1.235.415, Rel. Min. Rosa Weber, decisão monocrática, j. em: 24.08.2020, DJe. de 27.08.2020.

³⁵ ARE nº 1.294.424-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, decisão monocrática, j. em: 07.12.2020, DJe. de 10.12.2020.

diferenciam tais situações jurídicas, sobretudo se considerada a situação de utilização da faixa de domínio de rodovias por concessionárias de outros serviços públicos ou por autorizatárias de atividades privadas.

49. Em *primeiro* lugar, quando há cobrança pelo compartilhamento de infraestrutura entre concessionárias, não se cogita da incidência de taxa – de natureza tributária –, mas de preço privado cobrado com respaldo no art. 11 da Lei nº 8.987/1995.³⁶ Como já demonstrado e assentado pelos Tribunais Superiores, a sistemática dos contratos de concessão não só torna a natureza dessa cobrança distinta daquela realizada de forma direta por entes da Federação, como a legítima.

50. Em *segundo* lugar, os bens públicos vinculados a um contrato de concessão são bens de uso especial³⁷, que ainda que sujeitos à regra de universalidade e amplo acesso pela população, exigem cobranças específicas para garantir o custeio dos investimentos realizados na infraestrutura pública e na operação do serviço público em favor da coletividade. No caso das rodovias, a infraestrutura garante o direito fundamental de locomoção da população e o acesso de todo o setor de logística nacional para conectar e abastecer diferentes regiões do Brasil. Ainda assim, os usuários e demais concessionárias que delas fazem acesso, de forma indiscriminada, possuem a obrigação de pagamento do preço correlato – tarifa do pedágio ou receita alternativa –, independentemente da natureza ou essencialidade do serviço prestado pelo usuário.

³⁶ Na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, enquanto as “taxas” são tributos exigidos por lei e constituem receitas diretas para os cofres públicos, as “tarifas” e demais remunerações de concessionárias consistem, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em “receita originária e privada, destinada a remunerar concessionárias, permissionárias e autorizadas pelos custos do serviço, incluindo sua manutenção, melhora e expansão, e medidas para prevenir momentos de escassez” (STF, RE nº 576.189-RG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. em 22.04.2009, DJe 25.06.2009).

³⁷ Conforme leciona José dos Santos Carvalho Filho, “bens de uso especial são aqueles que visam à execução dos serviços administrativos e dos serviços públicos em geral. A denominação não é muito precisa, mas indica que tais bens constituem o aparelhamento material da Administração para atingir os seus fins. Da mesma forma que os de uso comum do povo, podem ser federais, estaduais e municipais (...) Registre-se, ainda, que não perdem a característica de bens de uso especial aqueles que, objetivando a prestação de serviços públicos, estejam sendo utilizados por particulares, sobretudo sob regime de delegação”. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 1.227). (grifou-se). No mesmo sentido, ver: NOHARA, Irene. *Direito administrativo*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

51. Daí também decorre a *terceira* distinção, salutar para o enfrentamento das situações jurídicas postas: a cobrança pelo compartilhamento da infraestrutura no bojo de um contrato de concessão tem por objetivo garantir a modicidade tarifária em favor dos usuários – em atendimento aos preceitos do art. 175 da Constituição Federal e dos arts. 6º e 11 da Lei nº 8.987/1995 –, ao passo que as cobranças tributárias realizadas pela Administração Pública constituem receitas fiscais não vinculadas, que não serão, portanto, necessariamente revertidas em favor de usuários do serviço público, mas alocadas segundo a discricionariedade orçamentária do ente da Federação.

52. Em *quarto* e último lugar, é possível destacar que a lógica econômica do compartilhamento de infraestrutura é distinta da mera arrecadação de tributos pela disponibilização de um espaço público, a exigir o necessário *distinguishing* quando se trata da cobrança pelo uso da faixa de domínio em rodovias concedidas. Isso porque, no caso do compartilhamento de infraestrutura, há utilidade conferida às empresas entrantes quando se utilizam das faixas de domínios – utilidade essa que, por representar solução eficiente e com externalidades positivas, gera valor econômico à operação, a qual deve ser devidamente remunerada. A esse respeito, o estudo econômico elaborado pela Tendências Consultoria Integrada explica as distorções existentes quando são concedidas isenções indevidas neste tipo de relação:

“Um estudo da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas – FINE elenca as principais vantagens e conveniências do uso das faixas de domínio para instalação de infraestruturas: (i) facilidade de acesso à própria rodovia para a instalação e manutenção; e (ii) redução dos custos de transação, uma vez que a negociação ocorre apenas com um agente (administrador da rodovia) e não com diversos proprietários de terras ao longo do percurso.

Além disso, por se tratar de uma área que deve ser conservada em boas condições pelo administrador da rodovia – com investimentos em terraplanagem, taludes, drenagem, poda da vegetação etc. –, as instalações e manutenções de infraestruturas nas faixas de domínio ganham em eficiência e redução de custos. Por exemplo, diminui a necessidade de adaptações e manutenções no terreno pela empresa de infraestrutura.

Assim, mesmo que o custo de instalação da infraestrutura seja totalmente arcado pela firma responsável, não recaindo ônus direto sobre o administrador da rodovia, é certo que, ao manter conservada, sinalizada e adequada sua faixa de domínio, o administrador da rodovia gera um benefício econômico para a empresa de infraestrutura. Conseqüentemente, se esse benefício – que tem valor financeiro – não for ressarcido à rodovia, surge um problema conhecido na literatura econômica como “externalidade positiva”. (...)

Mas, ao estabelecer a isenção na contraprestação pelo Direito de Passagem, a Lei das Antenas eliminou este processo de barganha e fez emergir a ineficiência associada à externalidade positiva, uma vez que o benefício pelo uso da faixa de domínio conservada e sinalizada ficou sem o devido ressarcimento a quem o promove” (Doc. 01, p. 13/14; grifou-se).

53. Com efeito, o compartilhamento de infraestrutura se dá quando a estrutura construída e concebida para um determinado serviço público passa a ser utilizada como suporte de um outro,³⁸ o que pode ser necessário em casos nos quais o espaço cedido é o único disponível para o entrante, ou quando uma empresa, por conveniência própria, decide se utilizar do bem de uma concessionária para otimizar recursos e reduzir custos operacionais. Conforme explicação do estudo econômico acima reproduzido, a faixa de domínio de uma rodovia é uma área extremamente propícia à instalação de diversas infraestruturas de serviços públicos, não necessariamente por ser a única alternativa viável, mas porque são levados em consideração o baixo custo de instalação, os benefícios da conservação e manutenção feitos pela concessionária permitente e a grande vantagem de se negociar a instalação com apenas um agente, ao invés de múltiplos proprietários de terrenos. Por isso, longe de ser uma cobrança “*de caráter privatista, rentista e meramente arrecadatória*”, como sugerido por *amici curiae* neste feito³⁹, a cobrança pela utilização da faixa de domínio é fruto de uma operação econômica que gera benefício para o entrante, que deve remunerá-lo de forma adequada, sob pena de desvirtuar a racionalidade econômica subjacente a este tipo de relação.

54. Nesse contexto, foi desenvolvida a teoria das instalações essenciais (*essential facilities doctrine*), segundo a qual um particular, em posição de monopólio, não pode negar acesso à sua infraestrutura essencial por terceiros. Referida doutrina, aplicada no direito concorrencial americano e incorporada no Brasil pela jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE⁴⁰, serviu de inspiração para diferentes

³⁸ Cf. definição apresentada em SUNDFELD, Carlos Ari. “O Compartilhamento de Infra-Estrutura Entre Prestadoras de Serviço Público”. In: *Fórum Administrativo* – FA, Belo Horizonte, ano 1, n. 8, out. 2001.

³⁹ Cf. eDOC nº 82, p. 23.

⁴⁰ Como explicado por Patrícia Sampaio, a aplicação de tais preceitos no direito americano “*resulta de uma série de precedentes jurisprudenciais que culminaram na doutrina das essential facilities, cuja conformação final foi dada na decisão do caso MCI vs. AT&T*” (SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 192). Para uma descrição completa do cenário americano e sua aplicação no cenário brasileiro a partir da jurisprudência do CADE, v. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013.

dispositivos legais sobre compartilhamento de infraestrutura no ordenamento jurídico brasileiro, incluindo para o setor de telecomunicações e a própria Lei de Antenas. Confira-se, a propósito, algumas disposições correlatas ao tema:

a) Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997)

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.

Art. 152. O provimento da interconexão será realizado em termos não discriminatórios, sob condições técnicas adequadas, garantindo preços isonômicos e justos, atendendo ao estritamente necessário à prestação do serviço.

Art. 155. Para desenvolver a competição, as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo deverão, nos casos e condições fixados pela Agência, disponibilizar suas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo.

b) Transporte de petróleo, seus derivados e gás natural (Lei nº 9.478/1997)

Art. 58. Será facultado a qualquer interessado o uso dos dutos de transporte e dos terminais marítimos existentes ou a serem construídos, com exceção dos terminais de Gás Natural Liquefeito - GNL, mediante remuneração adequada ao titular das instalações ou da capacidade de movimentação de gás natural, nos termos da lei e da regulamentação aplicável.

c) Energia elétrica, telecomunicações e petróleo (Resolução Conjunta nº 01/1999, editada pela ANEEL, pela ANATEL e pela ANP)

Art. 4º O agente que explora serviços públicos de energia elétrica, serviços de telecomunicações de interesse coletivo ou serviços de transporte dutoviário de petróleo, seus derivados e gás natural, tem direito a compartilhar infraestrutura de outro agente de qualquer destes setores, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis, na forma deste Regulamento.

d) Lei de Antenas (Lei nº 13.116/2015)

Art. 14. É obrigatório o compartilhamento da capacidade excedente da infraestrutura de suporte, exceto quando houver justificado motivo técnico.

§ 4º O compartilhamento de infraestrutura será realizado de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis, tendo como referência o modelo de custos setorial.

55. Como é possível notar, é realidade no ordenamento jurídico nacional a possibilidade de que concessionárias de serviço público e autorizadas de atividades privadas compartilhem infraestruturas entre si – seja do ponto de vista endógeno (*i.e.*, de empresas que atuam em um mesmo setor da economia), seja do ponto de vista exógeno (*i.e.*, entre empresas que atuam em diferentes setores econômicos). O importante a se destacar, a partir dos dispositivos legais reproduzidos, é que, em todos os casos, a cobrança de preços justos, adequados, isonômicos e razoáveis exsurge como premissa – orientação essa compatível com a doutrina das facilidades essenciais, segundo a qual **“[o] pagamento de um preço pela utilização da infraestrutura é indissociável do direito de acesso”**⁴¹. Preço esse, frise-se, que *“deve ser suficiente para cobrir todos os custos (diretos e indiretos) que venham a recair sobre o monopolista, inclusive os investimentos realizados, e deve vir acompanhado de um lucro razoável, que remunere satisfatoriamente o monopolista pela disponibilização da facility”*.⁴²

56. Pelo exposto, evidencia-se a falácia da argumentação segundo o qual a gratuidade conferida pelo art. 12 da Lei nº 13.611/2015 seria uma decorrência direta da Constituição Federal e fruto de uma posição consolidada na jurisprudência dos Tribunais Superiores. Ao revés, o compartilhamento de infraestrutura é regido pelo princípio do *preço razoável*, e não pelo da gratuidade,⁴³ circunstância essa recorrentemente corroborada por este e. STF e pelo e. STJ.

57. Indo além, a sistemática nacional sobre o compartilhamento de infraestrutura evidencia ainda mais o tratamento discriminatório sofrido pelos usuários das rodovias concedidas. Realmente, para usar as claras palavras da Min. Rosa Weber, *“para que se justifique a concessão de tratamento diferenciado a situações jurídicas idênticas, deve-se ter presente fator discriminador que – legitimamente – as diferencie e individualize”*.⁴⁴ Enquanto diversos serviços públicos e atividades econômicas privadas convivem com a onerosidade deste

⁴¹ NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e concorrência* (compartilhamento de infra-estruturas e redes). São Paulo: Dialética, 2006, p. 215.

⁴² NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e concorrência* (compartilhamento de infra-estruturas e redes). São Paulo: Dialética, 2006, p. 216.

⁴³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 348.

⁴⁴ RE nº 636.199, Rel. Min. Rosa Weber, Plenário, j. em: 27.04.2017, DJe. de 03.08.2017. Grifou-se.

tipo de operação compartilhada, fato é que o art. 12 da Lei nº 13.611/2015 criou um injustificável privilégio às empresas de telecomunicações, garantindo-lhe gratuidade à revelia de outras situações jurídicas previstas no ordenamento, em violação aos princípios da isonomia e da impessoalidade (art. 5º, *caput* e art. 37, *caput* da CRFB).

58. Retomando-se as premissas assentadas nos tópicos anteriores, o tratamento diferenciado é ainda mais grave se considerado que há, de um lado, um serviço público concedido sujeito à rígida regulação contratual, lastreado no art. 175 Constituição Federal; e, de outro, atividades econômicas em sentido privado, que atuem em regime de liberdade de preços. Nesse caso, a gratuidade conferida pelo dispositivo impugnado na ADI representa **indevida transferência de renda dos usuários de rodovias concedidas para empresas de telecomunicações**, em grave violação ao ordenamento constitucional. Nesse sentido, cumpre transcrever a precisa lição do professor Alexandre Santos de Aragão:

“(…) o preço do acesso não pode ser tão alto que restrinja a competição, equivalendo a uma recusa de acesso, **nem tão baixo que não remunere satisfatoriamente o seu titular, desincentivando os investimentos na instalação, gerando ineficiências econômicas ou uma indevida transferência de renda entre incumbente e entrante.** (…)

De toda sorte, devemos sempre levar em consideração, na aplicação da Teoria das Instalações Essenciais aos setores em que há serviços públicos que, ao contrário do que se dá nas atividades econômicas em geral, **não há entre as empresas uma igualdade de regimes jurídicos.** Há entre elas forte assimetria regulatória, oriunda da diversa intensidade com que as atividades são destinadas à satisfação das necessidades de universalidade e continuidade dos serviços públicos.

Sob esse foco, **os serviços prestados em regime público, que possuem as obrigações de continuidade, universalidade e têm as suas tarifas sujeitas a um controle administrativo estrito, devem ser especialmente preservados, tanto nos termos da imposição do acesso às suas redes, como no seu acesso às redes alheias**”.⁴⁵

59. Por todo o exposto, fica claro que a regra da gratuidade pelo uso das faixas de domínio em rodovias extraída do art. 12 da Lei nº 13.611/2015 é materialmente incompatível com a Constituição Federal. Sua manutenção no ordenamento jurídico representa indevido

⁴⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 348/354. Grifou-se.

privilégio às empresas autorizadas de atividades de telecomunicações, em afronta aos arts. 5º, *caput* e art. 37, *caput* da Constituição e à revelia dos usuários de rodovias concedidas, já que impacta diretamente na modicidade tarifária dos contratos de concessão (contrariamente ao art. 175, *caput* e incisos III e IV da Lei Maior).

D) Em suma: o art. 12 da Lei nº 13.116/2015 faz “cortesia com chapéu alheio”

60. Não se nega que o setor de telecomunicações tem passado por diversas transformações, o que exige investimentos contínuos, sobretudo em razão da intensidade com que a tecnologia da informação impacta a vida da população. Daí ser plenamente legítimo o objetivo da Lei nº 13.116/2015 de “*promover e fomentar os investimentos em infraestrutura de redes de telecomunicações*” (cf. art. 2º, *caput*). Tal circunstância, contudo, não autoriza confusões. É que o objeto desta ADI não é debater a importância ou não de políticas públicas para o setor, mas discutir, especificamente, a (in)constitucionalidade de *medida legislativa* escolhida para supostamente atender a esse objetivo – qual seja, a criação de gratuidades que abarcam o direito de passagem em faixas de domínio de rodovias concedidas.

61. De início, é necessário apontar que o modelo de gratuidade instituído pelo art. 12 da Lei nº 13.116/2015 **não** estava presente na proposta legislativa inicial sobre o tema. De fato, o PLS nº 293/2012, de autoria do senador Vital do Rêgo (MDB/PB), previa diversas disposições que visavam estimular a implantação, ampliação e modernização da infraestrutura de telecomunicações, com o estabelecimento de regras *gerais* que pudessem padronizar as exigências em diferentes regiões, reduzindo os custos de transação das empresas do setor.

62. Foi somente a partir de projeto substitutivo apresentado pelo Senador Eduardo Braga (MDB/AM), após contribuições do setor de telecomunicações, que a regra prevista no art. 12 passou a ser objeto de votação do Congresso Nacional – e então aprovada, após sucessivos ajustes em sua redação.

63. A análise do projeto legislativo facilita a compreensão de que o art. 12 definitivamente não é uma regra que se insira no contexto de padronização de exigências

relativas à instalação da infraestrutura de telecomunicações. Veja-se que tal padronização é atingida, *e.g.*, pelo art. 5º, que estabelece as diretrizes de licenciamento; pelo art. 6º, que prevê regras básicas para a instalação da infraestrutura; pelo art. 7º, que prevê premissas básicas de procedimentos; pelo art. 8º, que estabelece limites à atuação de entes regionais e locais no processamento dos pedidos de instalação das infraestruturas; e pelo art. 13, que estabelece a competência de órgãos reguladores no estabelecimento dos parâmetros técnicos de instalação e operação das redes de telecomunicações. Tais dispositivos se encontram em consonância com o espírito original do PLS de evitar assimetrias regulatórias locais e diminuir a burocracia no processamento do consentimento estatal para instalação das redes de telecomunicações. Ocorre que, ao contrário dessas disposições, que buscam a padronização sem “passar por cima” das competências dos entes federativos e peculiaridades dos serviços afetados, a gratuidade prevista no art. 12 da Lei nº 13.116/2015 buscou, pura e simplesmente, desonerar os custos operacionais do setor⁴⁶ – e o que é pior: sem qualquer análise dos impactos dessa medida para as concessões rodoviárias.

64. A inconstitucionalidade do art. 12 da Lei nº 13.116/2015 está justamente no *meio* escolhido pelo legislador federal para promover essa desoneração em prol da diminuição dos custos operacionais das empresas de telecomunicações. Como destacado pela ANATEL, os custos incidentes sobre a atividade de telecomunicações são de grande vulto, com destaque para a elevada carga tributária (ICMS, PIS e COFINS, IR e CSLL) e para os valores atribuídos a fundos setoriais (FUST, FISTEL e FUNTTEL).⁴⁷ No entanto, dentre as inúmeras alternativas disponíveis para desonerar o setor de telecomunicações, **o legislador federal optou por fazer “cortesia com o chapéu alheio”**: a pretexto de fomentar uma atividade de responsabilidade da União Federal, optou por retirar os recursos dos usuários de rodovias concedidas para fomentar

⁴⁶ Nesse ponto, é necessário contrapor, ainda, o argumento segundo o qual a gratuidade de preços seria medida legítima para combater supostos preços abusivos cobrados para o compartilhamento de infraestrutura, como sugerido por *amici curiae*. Como se sabe, eventual prática de preço abusivo possui mecanismos próprios para neutralização, a exemplo de propositura de investigações perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, entidade que, há muito, neutraliza tais condutas anticompetitivas por meio da imposição de adoção de condutas específicas e/ou da aplicação de sanções dos particulares que adotaram a referida atuação anticoncorrencial. O absurdo é cogitar que a medida adequada para combater preços abusivos – quanto mais a única medida adotada – seja um verdadeiro “tiro de canhão”, *i.e.*, a supressão pura e simples dos preços praticados, pela imposição de políticas regulatórias de gratuidade.

⁴⁷ Agência de Informa nº 109/2020/PRRE/SPR, extraída da petição de ingresso da ANATEL nos autos da ADI, p. 07/08.

a indústria de telecomunicações, excluindo – como se verá no capítulo a seguir – o espaço legítimo de outros entes da Federação na gestão de seus bens e na modelagem da estrutura remuneratória de seus contratos de concessão.

65. A toda evidência, caso o legislador federal deseje desonerar determinada atividade econômica, cabe a ele avaliar as alternativas adequadas para tanto, determinar quais são menos onerosas para outras atividades econômicas, identificar as diversas externalidades positivas e negativas criadas e, por derradeiro, delimitar se as opções escolhidas são compatíveis com o ordenamento constitucional, em atendimento ao princípio da proporcionalidade (art. 1º e art. 5º, LIV, CRFB). Há um *iter* procedimental a ser seguido – verdadeira análise dos impactos produzidos – que ao mesmo tempo serve para fundamentar e legitimar a solução a ser adotada. Nenhuma destas etapas, contudo, foi cumprida ao se editar o art. 12 da Lei nº 13.116/2015. Sem qualquer juízo crítico e ponderado, o legislador federal adotou um caminho que, ao fim e ao cabo, ignora os efeitos gerados sobre os usuários de rodovias concedidas, incluindo todo o setor logístico nacional, e claramente os prejudica.

66. Conforme exposto no parecer econômico desenvolvido pela Tendências Consultoria Integrada (Doc. 01), “*as concessões de rodovias são destacadas como uma das grandes apostas para a retomada dos investimentos em infraestrutura no País, representando um dos pilares básicos do Programa de Parcerias de Investimentos – PPP*”. A despeito disso, cerca de 78,5% das rodovias nacionais não são sequer pavimentadas, de modo que ainda existe, no Brasil – um país extremamente dependente da infraestrutura rodoviária para a logística e abastecimento nacional – um enorme gargalo para futuros investimentos neste setor.

67. A propósito, as receitas alternativas são consideradas engrenagens essenciais para o desenvolvimento da infraestrutura rodoviária nacional, tal como reconhecido pela recém-editada Resolução do Conselho do PPI nº 150, de 2 de dezembro de 2020, que qualifica a política de modernização da infraestrutura rodoviária federal no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos (Doc. 02). Dentre as diretrizes da referida política pública, é estipulado o incentivo à exploração da faixa de domínio e de outras receitas extraordinárias

para estímulo e expansão do setor (art. 10, inciso X)⁴⁸, “*garantindo que os ganhos de receita sejam convertidos em parte, em percentual a ser estabelecido pela ANTT, para estímulo a ações desta Política, principalmente no que se refere aos serviços oferecidos aos usuários*” (art. 11, inciso VII).⁴⁹

68. Nota-se, portanto, que em caso de manutenção do art. 12 da Lei nº 13.116/2015 do ordenamento jurídico nacional, a política de expansão da infraestrutura rodoviária nacional – que, como se viu, tem o condão de gerar vultosos investimentos em favor da coletividade como um todo – será diretamente comprometida, mediante a retirada de elemento relevante na estruturação econômica de futuras concessões e consequente reflexo na modicidade tarifária dos referidos projetos. Como destacado pelo estudo econômico elaborado pela Tendências Consultoria Integrada, “*o Brasil ainda tem um grande potencial para expandir receitas adicionais em rodovias e, por meio delas, promover modicidade tarifária e ampliar investimentos no setor. O problema é que políticas que minam a rentabilidade das faixas de domínio das rodovias jogam contra esse objetivo e distanciam ainda mais o Brasil de países com boa malha rodoviária” (grifou-se).*

69. Pelo exposto, é evidente que a “cortesia com chapéu alheio”, em prejuízo aos usuários de rodovias concedidas, não pode ser validada por este Supremo Tribunal Federal. Assim, reitera-se o pedido formulado pelo i. PGR nos autos desta ADI para que seja declarada a inconstitucionalidade do art. 12 da Lei nº 13.116/2015 por incompatibilidade com os princípios da isonomia e da impessoalidade (arts. 5º, *caput* e 37, *caput*, CRFB), e com os princípios que regem o serviço público, em especial os da igualdade e da modicidade tarifária (art. 175, *caput* e parágrafo único, incisos III e IV, CRFB).

⁴⁸ “Art. 10. São diretrizes da Política, no que se refere às rodovias sob gestão pública: (...) X - incentivar a exploração da faixa de domínio para estímulo a ações desta Política;”

⁴⁹ “Art. 11. São diretrizes da Política, no que se refere às rodovias concedidas: (...) VII - incentivar a exploração da faixa de domínio e de outras fontes de receitas extraordinárias, garantindo que os ganhos de receita sejam convertidos em parte, em percentual a ser estabelecido pela ANTT, para estímulo a ações desta Política, principalmente no que se refere aos serviços oferecidos aos usuários;”

***II.2. Violação à separação de Poderes (art. 2º e art. 60, §4º, inciso III, CRFB):
política remuneratória dos contratos de concessão sujeita à reserva de Administração.***

70. O art. 12 da Lei nº 13.116/2015 também é inconstitucional por violar a cláusula de **separação de Poderes** (art. 2º e art. 60, §4º, inciso III da Constituição), especificamente sob a ótica da **reserva de Administração**.

71. Como destacado, o dispositivo legal questionado na presente ADI prevê uma gratuidade em favor das operadoras de serviços de telecomunicações em detrimento das empresas delegatárias de serviços rodoviários. A questão é que, ao estipular essa regra, o legislador se imiscuiu em decisão que deveria ser tomada exclusivamente pela Administração Pública dentro de sua esfera de atribuições própria.

72. A lógica, aqui, é a da chamada *reserva de Administração*, que veda que o Poder Legislativo se imiscua em determinadas searas, sob pena de violação ao princípio da separação dos Poderes (art. 2º e art. 60, §4º, inciso III, CRFB). Tal princípio, como se sabe, consiste em um esquema básico voltado a conter o arbítrio, racionalizar e legitimar o exercício do poder político, além de garantir direitos por meio da partilha de funções em razão da especialização e das capacidades institucionais envolvidas.⁵⁰ Isso abrange a divisão elementar de funções entre: (i) a elaboração de normas jurídicas primárias (pelo Poder Legislativo), (ii) a execução das mesmas em casos concretos e no desenvolvimento e fixação de políticas públicas específicas (Poder Executivo), bem como (iii) a aplicação do direito, com pretensão de definitividade, no âmbito de conflitos (Poder Judiciário).

73. Essa partilha de funções primordiais, embora não seja estanque,⁵¹ constitui pressuposto lógico da boa gestão da coisa pública. O que se tem (ou ao menos o que se almeja

⁵⁰ Sobre o escopo básico da separação de Poderes e a sua necessidade de atualização com a preservação da sua inspiração inicial, v. ACKERMAN, Bruce. "The new separation of powers", in *Harvard Law Review*, vol. 113, n. 3, jan. 2000. Para aprofundamento histórico e filosófico sobre o princípio, v. PIÇARRA, Nuno, *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*, Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

⁵¹ "[T]ais funções não são, no Estado contemporâneo, exercidas com exclusividade por cada um dos chamados 'Poderes'. Assim, apresentam-se como 'exceções' ao princípio, exemplificativamente, no caso brasileiro: (i) o Legislativo julga (em caso de impeachment, o Senado Federal exerce a função de processar e julgar o Presidente da República em crimes de responsabilidade, bem como Ministros de Estado, e comandantes das forças armadas

ter) é um ambiente em que cada Poder, de acordo com suas *capacidades institucionais*, possa tomar, com exclusividade, decisões na seara de sua expertise.

74. Assim, o papel precípua do Poder Legislativo é, de forma singela, o de criação do direito mediante edição de leis. Na lição clássica de Miguel Seabra Fagundes, “*pela função legislativa o Estado edita o direito positivo posterior à Constituição, ou, em termos mais precisos, estabelece normas gerais, abstratas e obrigatórias, destinadas a reger a vida coletiva*”.⁵² A lei deve veicular, portanto, normas gerais e abstratas, que criam direitos e obrigações a sujeitos indeterminados, durante toda a sua vigência. Sua vocação é a definição dos contornos abrangentes do ordenamento infraconstitucional, buscando sempre alcançar destinatários não definidos, em hipóteses apenas cogitadas.

75. Por sua vez, é função ordinária e fundamental do Poder Executivo a expedição de atos administrativos em sentido estrito.⁵³ Ou seja: **atos de efeitos concretos, com destinatários pontuais e situações definidas**. O escopo desta função é aplicar as normas (gerais e abstratas) editadas pelo legislador e fazer valer a vontade deste com maior ou menor liberdade, de acordo com o nível de detalhamento prefixado, desde que em harmonia com a Constituição.

76. Essas são as atividades típicas desses dois Poderes; **funções interligadas, mas que devem – ordinariamente – ser desempenhadas de forma separada por cada Poder,**

em crimes de mesma natureza conexos com o do Presidente, cfr. art. 52, I da Constituição); (ii) o Judiciário (como todos os outros Poderes) exerce funções administrativas (art. 96, I, da Constituição); (iii) e – o que é mais relevante para este estudo – o Executivo legisla (através de Medida Provisória – MP, cfr. art. 62, da Constituição, e regulamentos, art. 84, IV e VI, da Constituição)” (CYRINO, André Rodrigues. O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC no 32/2001. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 36).

⁵² FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário* (7ª ed., atualizada por Gustavo Binenbojm). Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 06. De igual forma, José Afonso da Silva afirma que: “A função legislativa consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominada lei, e cabe ao Poder Legislativo em cada órbita de governo da estrutura federativa, na conformidade da distribuição constitucional de dependências. Decorre ela do princípio da especialização funcional que foi sempre um princípio fundamental do ordenamento constitucional brasileiro” (SILVA, José Afonso. “O princípio da razoabilidade da lei. Limites da função legislativa”, in *RDA*, V. 220, abril/junho 2000, p. 345/347).

⁵³ É claro que os outros Poderes também praticam atos administrativos. Todavia, tal prática é da essência da atuação do Poder Executivo.

consoante suas específicas capacidades institucionais.⁵⁴ Tal divisão, em alguns pontos, é rígida e se explica na existência das chamadas *reservas*: de lei, de jurisdição e de administração. Faz parte da lógica da separação entre Poderes que cada um deles possua papéis que não possam ser usurpados pelo outro, embora seja possível (e essencial) o desenvolvimento de um sistema de controles recíprocos.⁵⁵ Vale dizer, ainda que existam (e é bom que seja assim) algum nível de sobreposição e a possibilidade de controles recíprocos, há esferas de competências que são próprias a cada um dos Poderes.

77. No caso da *reserva de Administração*, cogita-se da prática de ato exclusivo do administrador público, **sendo defeso, inclusive ao legislador, substituí-lo em tal mister**. Com efeito, a reserva de administração consubstancia um universo de alçadas típicas e exclusivas, correspondendo, nas palavras de J. J. Gomes Canotilho, a **“um núcleo funcional da administração ‘resistente’ à lei, ou seja, um domínio reservado à administração contra as ingerências do parlamento”**.⁵⁶

78. Esse nicho de competências próprias do Poder Executivo encontra respaldo, inclusive, na jurisprudência deste e. Supremo Tribunal Federal.⁵⁷ Conforme as palavras do Min. Celso de Mello, “*o princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo*”, de modo que “*essa prática legislativa, quando efetivada,*

⁵⁴ Não se está a afirmar com isso, repise-se, que somente o Executivo exerça atos administrativos e que apenas o Legislativo edite normas jurídicas. Há funções atípicas desempenhadas por todos os três Poderes. Entretanto, há um núcleo essencial de funções que não podem ser invadidas. É neste ponto em especial que se sustenta a invalidade da intervenção do Poder Legislativo na atividade desempenhada pelo Executivo e vice-versa, tal como se verifica no caso desta ADI.

⁵⁵ Para Karl Loewenstein, o foco do princípio deve repousar, justamente, nessa preocupação com o controle: “*A separação de poderes não é senão a forma clássica de expressar a necessidade de distribuir e controlar respectivamente o exercício do poder político*” (LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*, trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1965, p. 55).

⁵⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5ª ed., Lisboa: Almedina, 2002, p. 733; grifou-se.

⁵⁷ A reserva de administração foi tratada em diversos outros precedentes da Suprema Corte, dos quais se pode destacar os seguintes: STF, ADI nº 342, Relator: Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, j. em 06.02.2003, DJ 11.04.2003; STF, ADI nº 2364 MC, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. em: 01.08.2001, DJ 14.12.2001; STF, ADI nº 2733, Relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. em: 26.10.2005, DJ 03.02.2006. PRECEDENTES CITADOS PELO BARROSO: ADI 969 (Rel. Min. Joaquim Barbosa), ADI 3343 (Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux), ADI 3075 (Rel. Min. Gilmar Mendes), ADI 2364 MC (Rel. Min. Celso de Mello), e RE 427.574 ED (Rel. Min. Celso de Mello)

*subverte a função primária da lei, transgride o princípio da divisão funcional do poder, representa comportamento heterodoxo da instituição parlamentar e importa em atuação “ultra vires” do Poder Legislativo, que não pode, em sua atuação político-jurídica, exorbitar dos limites que definem o exercício de suas prerrogativas institucionais”.*⁵⁸

79. Tais leis *heterodoxas* mencionadas pelo STF, cuja natureza é de ato administrativo típico, denominam-se leis-medida e correspondem, em regra, a uma indevida intromissão do Poder Legislativo na atividade própria do Poder Executivo. Como preceitua Canotilho, “*sob o ponto de vista da garantia dos cidadãos e da estrutura do poder político, as leis-medida representariam uma invasão de autonomia do poder executivo, violando o princípio da separação dos poderes.*”⁵⁹

80. Mais recentemente, ao julgar a ADI nº 5.501 (relativa à “pílula do câncer”), esta c. Corte teve a oportunidade de ratificar e reforçar a existência dessa reserva (qualificada) de administração. Na ocasião, ao acompanhar o voto do Relator Ministro Marco Aurélio, o Ministro Luís Roberto Barroso ressaltou que “*a **separação de Poderes, princípio fundamental do Estado e cláusula pétrea no sistema constitucional brasileiro, atribui ao Executivo um domínio de funções tipicamente administrativas, que devem ser desempenhadas com exclusividade, sem margem para interferências legislativas ou judiciais***” – o que corresponde à dita reserva de administração.

81. No que concerne ao objeto específico desta ADI, é preciso reconhecer que a definição dos quadrantes econômicos dos contratos de concessão (seara em que se inclui a definição das próprias receitas) é matéria reconhecidamente sujeita a uma reserva de administração. Por esse instituto, cogita-se de um universo de alçadas típicas e exclusivas do Poder Executivo para a prática de atos em relação aos quais é defesa a sua substituição. Tais atividades são ínsitas à função administrativa.

⁵⁸ STF, RE nº 427.574 ED, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. em 13.12.2011, DJ 13.02.2012.

⁵⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 5a ed.. Coimbra, 2002, p. 712; grifou-se.

82. E, de fato, segundo a jurisprudência do STF, **a gestão do contrato administrativo de concessão é matéria reservada ao Poder Executivo**, em especial a sua **política remuneratória**, de modo que eventuais interferências dos demais Poderes (e.g., edições de leis ou decisões judiciais que criam isenções de tarifas para determinados tipos de usuários) violam frontalmente o art. 2º da Constituição.⁶⁰ Confira-se, a propósito, o seguinte julgado:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 4.166/05 do Município de Cascavel/PR. Lei de iniciativa parlamentar que concede gratuidade no transporte coletivo urbano às pessoas maiores de 60 anos. Equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Reserva de Administração. Separação de Poderes. Violação. Precedentes. Recurso extraordinário parcialmente provido. 1. **O Supremo Tribunal Federal tem declarado a inconstitucionalidade de leis de iniciativa do poder legislativo que preveem determinado benefício tarifário no acesso a serviço público concedido, tendo em vista a interferência indevida na gestão do contrato administrativo de concessão, matéria reservada ao Poder Executivo, estando evidenciada a ofensa ao princípio da separação dos poderes.** 2. Não obstante o nobre escopo da referida norma de estender aos idosos entre 60 (sessenta) e 65 (sessenta e cinco) anos, independentemente do horário, a gratuidade nos transportes coletivos urbanos esteja prevista no art. 230, § 2º, da Constituição Federal, o diploma em referência, originado de projeto de iniciativa do poder legislativo, acaba por incidir em **matéria sujeita à reserva de administração, por ser atinente aos contratos administrativos celebrados com as concessionárias de serviço de transporte coletivo urbano municipal (art. 30, inciso V, da Constituição Federal).** 3. Agravo regimental não provido.⁶¹

83. Aliás, em outro importante precedente, esta e. Corte avaliou a constitucionalidade da Lei nº 3.449/2004, editada pelo Distrito Federal, por força da qual foi conferida *gratuidade* na cobrança de assinatura básica relativamente aos serviços de água, luz, gás, TV a cabo e telefonia. Com acerto, o STF declarou a inconstitucionalidade da lei distrital em comento, sob o fundamento de que (i) **a fixação da política tarifária é inerente à titularidade do serviço público**, conforme disposto no art. 175, parágrafo único, inciso III da Constituição Federal; e de que (ii) **o diploma legislativo em questão acabaria por suprimir a margem de apreciação do Chefe do Poder Executivo Distrital na condução da**

⁶⁰ Nesse sentido: ADI 2733, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe 03/02/2006; RE 492125, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 06/04/2011; e RE 472025, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 24/06/2010.

⁶¹ ARE 929591 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. em: 06.10.2017, DJe. de 27.10.2017. Grifou-se.

Administração Pública, no que se inclui a formulação da política pública remuneratória do serviço público⁶².

84. O mesmíssimo racional se aplica ao compartilhamento de infraestrutura e às receitas (incluindo as alternativas) dele derivadas. E isso por uma razão simples: competete à Administração Pública, em seu múnus concreto de desenhar as modelagens contratuais, determinar como se dará a equação econômico-financeira do negócio. Cabe a ela, por exemplo, definir quais serão as fontes de receita principal ou primária (tarifária), seus critérios de reajuste/revisão; ou mesmo como ocorrerão os aportes públicos e eventuais outras contraprestações devidas pelo parceiro privado. Todo o racional econômico, diga-se, deve (e é) definido pelos agentes técnicos que compõem a estrutura dos órgãos e entidades públicos responsáveis por elaborar o edital e o contrato que será firmado com o particular.

85. Ora, considerando que cada contrato possui uma série de peculiaridades próprias (o que é especialmente verdadeiro em casos de concessões de serviços públicos), o seu racional econômico só pode ser desenvolvido em minúcias por aqueles que detém expertise para tanto. E, evidentemente, o administrador público pode (e é recomendável que o faça) definir que o parceiro privado poderá buscar outras fontes de receitas, alternativas ou secundárias, com vistas a um melhor desenvolvimento do próprio contrato (*e.g.*, com busca de modicidade tarifária, universidade e qualidade do serviço, nos termos do art. 175, *caput* e incisos III e IV da Constituição Federal, e dos arts. 6º e 11 da Lei nº 8.987/1995).

⁶² “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 3.449/04 DO DISTRITO FEDERAL. PROIBIÇÃO DE COBRANÇA DE ASSINATURA BÁSICA NOS SERVIÇOS DE ÁGUA, LUZ, GÁS, TV A CABO E TELEFONIA. INCONSTITUCIONALIDADE. (...) **FIXAÇÃO DA POLÍTICA TARIFÁRIA COMO PRERROGATIVA INERENTE À TITULARIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO** (CF, ART. 175, PARÁGRAFO ÚNICO, III). AFASTAMENTO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DO ESTADO-MEMBRO PARA LEGISLAR SOBRE CONSUMO (CF, ART. 24, V E VII). USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS CUJO REGIME GUARDA DISTINÇÃO COM A FIGURA DO CONSUMIDOR (CF, ART. 175, PARÁGRAFO ÚNICO, II). PRECEDENTES. SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE ÁGUA E GÁS. **PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. RESERVA DE ADMINISTRAÇÃO (CF, ART. 2º)**. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO (...) 4. **Ofende a denominada reserva de administração, decorrência do conteúdo nuclear do princípio da Separação de Poderes (CF, art. 2º), a proibição de cobrança de tarifa de assinatura básica no que concerne aos serviços de água e gás**, em grande medida submetidos também à incidência de leis federais (CF, art. 22, IV), mormente quando constante de ato normativo emanado do Poder Legislativo fruto de iniciativa parlamentar, porquanto **supressora da margem de apreciação do Chefe do Poder Executivo Distrital na condução da Administração Pública, no que se inclui a formulação da política pública remuneratória do serviço público**. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente” (ADI 3343, Rel. Min. Ayres Britto, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. em: 01.09.2011, DJe. de 22.11.2011. Grifou-se).

86. Aliás, não só o legislador ordinário não tem capacidade para desempenhar esse papel, como é certo que ele **não detém expertise própria para tanto**. Afinal, o Poder Legislativo não dispõe de conhecimento para saber qual será o impacto de se proibir a cobrança de receitas alternativas relacionadas ao uso da faixa de domínio de uma concessão rodoviária. Nesses casos, a sua função deveria ser apenas de delimitar, de forma genérica e abstrata, orientações amplas sobre o regime jurídico das contratações públicas.

87. Tanto é assim que o próprio legislador nacional sempre compreendeu que a definição acerca das fontes de receitas das concessionárias e permissionárias de serviços públicos demandaria uma análise concreta e técnica do Poder Executivo. Foi por isso que, em atenção à separação de funções, a Lei nº 8.987/1995 estipulou, em seu art. 11, que “[n]o ***atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.***”

88. Veja-se que o legislador foi bastante preciso no uso das palavras. Atribuiu-se ao poder público, atento às peculiaridades ínsitas a cada contrato administrativo, definir no edital de licitação a possibilidade de que o contratado aufera outras fontes de receitas para além das típicas do serviço. **E é claro que o uso remunerado de estruturas pertencentes à concessão por outras empresas se amolda ao dispositivo, pois configura uma legítima fonte de receita alternativa das empresas, como já destrinchado acima.**

89. Isso fica ainda mais claro pela leitura da própria LGT, que afirma, em seu art. 73, que “*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.*”, sendo que “*caberá ao órgão regulador do cessionário dos meios a serem utilizados definir as condições para adequado*

atendimento do disposto no caput” (parágrafo único).⁶³ Ou seja, a decisão sempre foi (e deve continuar sendo) da Administração Pública contratante, não se admitindo que decisão dessa especificidade e relevância prática seja tomada em abstrato e em descaso com as peculiaridades de cada contrato, empresa e/ou setor.

90. Enfim, esse conjunto de razões evidencia que o art. 12, *caput*, da Lei nº 13.116/2015, por invadir competência exclusiva do Poder Executivo (inserida, pois, no âmbito da *reserva de administração*), viola frontalmente a cláusula de **separação de Poderes** (art. 2º e art. 60, §4º, inciso III da Constituição), devendo, portanto, ser declarado integralmente inconstitucional.

**III – INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL, SEM REDUÇÃO DO TEXTO, DO
ART. 12 DA LEI Nº 13.116/2015 E SUAS NORMAS REGULAMENTADORAS**

Limitação da incidência da gratuidade prevista no art. 12 da Lei nº 13.116/2015 aos bens e contratos de concessão da União

91. Na eventualidade de os argumentos anteriores não serem acolhidos, do que se cogita apenas para argumentar, há de se reconhecer, ao menos, que devem ser afastadas do ordenamento jurídico as interpretações do art. 12 da Lei nº 13.116/2015 que conduzam à sua aplicação sobre contratos de concessão dos entes estaduais, distrital e municipais. Em outras palavras, não sendo reconhecida a sua inconstitucionalidade total, deve-se conferir ao

⁶³ “Apesar da utilização inadequada, na lei, do termo “cessionário dos meios” (que literalmente designa aquele que recebe em cessão), só faz sentido que **a norma esteja atribuindo competência ao órgão regulador do cedente (isto é, daquele que cede os meios para o compartilhamento)**. No caso dos meios pertencerem a empresa de energia, trata-se da ANEEL. É óbvio, a partir da leitura do dispositivo inteiro, que, ao mencionar o “cessionário”, a lei quis referir-se ao controlador da infraestrutura, cabendo à ANEEL, portanto, o estabelecimento das condições desse uso. E qual o sentido dessa competência?

Parece claro que o dispositivo não alterou em profundidade, como poderia, o regime jurídico da infraestrutura de distribuição de energia. A destinação principal e preferencial dos postes continuou a ser o serviço elétrico, de modo que seu emprego secundário em serviço de telecomunicações depende da compatibilidade com o atendimento prioritário das necessidades do serviço original.

O sentido da competência atribuída à ANEEL pelo parágrafo único do art. 73 da LGT é exatamente esse: permitir que a ANEEL estabeleça as condições para compatibilizar o uso secundário da infraestrutura com o atendimento prioritário das necessidades do serviço elétrico”. (SUNDFELD, Carlos Ari. “O Compartilhamento de Infra-Estrutura Entre Prestadoras de Serviço Público”. In: Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 1, n. 8, out. 2001, versão digital, p. 04).

dispositivo interpretação conforme a Constituição⁶⁴ para que o seu âmbito de incidência se restrinja às hipóteses em que a contraprestação pecuniária renunciada por lei federal diga respeito à utilização de bem de titularidade da União e/ou de faixas de domínio por ela concedidas a concessionárias.

92. O cerne de tal ressalva reside em que, como demonstrado anteriormente, a **cobrança pela utilização especial de bens públicos**, em geral, e o auferimento de receitas alternativas pelas concessionárias, em específico, é a **regra geral** quando se trata do regime jurídico dos bens e serviços delegados. Tal diretriz advém não apenas da Constituição – decorrendo, *e.g.*, do imperativo de modicidade da tarifa (art. 175, III e IV, CRFB) –, mas foi insculpida na legislação ordinária (art. 11 da Lei nº 8.987/1995), editada por expressa atribuição do constituinte (art. 22, XXVII; e art. 175, parágrafo único, CRFB).

93. Nessa ordem de ideias, ainda que superada a inconstitucionalidade *tout court* da gratuidade prevista no art. 12 da Lei nº 13.116/2015, a não cobrança pelo direito de passagem é **norma excepcional** erigida pelo legislador federal e deve ser interpretada como tal. Não se pode presumir que todos os demais entes da federação também excepcionarão a regra geral de cobrança pela utilização especial de seus bens públicos e/ou concedidos, estendendo-lhes a fórceps a isenção prevista na esfera federal. Sobretudo quando se tem em mira que o respeito à autonomia de cada ente é a medida mais consentânea com o **princípio federativo** e que cada ente possui competência para dispor sobre o regime tarifário de seus contratos de concessão. Trata-se de um corolário lógico da ideia de auto-organização e autogestão que permeia a ideia de Federação.

94. Por isso, reputa-se inconstitucional a interpretação que culmine na aplicação do dispositivo legal ora atacado, de forma indiscriminada, para além da esfera federal, por violar o pacto federativo e a repartição constitucional de competências no que tange: (i) à competência privativa da União para editar normas *gerais* (e não específicas) de licitação e contratação (art.

⁶⁴ É prática comum nesse e. STF a utilização da técnica de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, afastando-se interpretações de normas impugnadas por afronta à Constituição (cf. por todos: STF, ADI nº 3.278, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe. de 16.03.2016; e STF, ADI nº 2.866, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ. de 06.08.2010).

22, XXVII, CRFB); e (ii) à autonomia dos entes estaduais, distrital e municipais para gerir seus bens e organizar os serviços públicos de sua titularidade, nisso incluída a definição sobre política tarifária. É o que se passa a demonstrar.

III.1. Violação à repartição constitucional de competências. Dispositivo impugnado não se insere na competência privativa da União para editar normas gerais de licitação e contratação (art. 22, XXVII, CRFB).

95. De início, há que se fazer uma ressalva relevante: o dispositivo impugnado nesta ADI não se insere na competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações (art. 22, IV, CRFB). Ainda que se admita, por hipótese, que a norma é constitucional, o limite da competência da União para legislar sobre o assunto reside no estabelecimento de que é direito das empresas de telecomunicações a utilização de bens de uso comum e de faixas de domínio de rodovias, sendo vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios impedir esse uso. Enquanto meios alegadamente necessários para a realização de suas atividades, pode-se cogitar de que assegurar a tais empresas a utilização dos referidos espaços é matéria que se insere no âmbito da competência privativa da União para organizar a atividade (art. 21, XI, CRFB).

96. Situação diversa, porém, é impor aos demais entes a utilização *gratuita* de bens e espaços públicos de sua titularidade por parte das empresas de telecomunicações. Tal disposição claramente exacerba a competência do ente central para legislar sobre o serviço, invadindo a seara da gestão patrimonial e contratual de Estados, Distrito Federal e Municípios. Da mesma forma, seria de uma elasticidade no mínimo inusitada cogitar de que a instituição de um direito *gratuito* de passagem se inseriria no âmbito da competência privativa da União para legislar sobre Direito Civil (art. 22, I, CRFB). Como dito, ainda que se admita estar no escopo do legislador federal assegurar o direito de passagem a empresas de telecomunicações, de modo a garantir a utilização de bens públicos, o caráter oneroso ou gratuito do uso de bem de titularidade de outro entre federado e o compartilhamento gratuito de infraestrutura certamente não se inserem nessa competência, sob pena de se amesquinhar a autonomia dos demais membros da Federação. Ao assim dispor, a norma deixa de tratar da atividade de telecomunicações ou do direito de passagem em si para afetar diretamente contratos de

concessão distintos dos de telecomunicações – o que evidentemente se afasta do espectro restrito da competência pertinente a esse setor.

97. Nessa linha, ainda que se considerasse a norma como afeita ao regime de contratação pública, o que a aproximaria do inciso XXVII do art. 22 da CRFB, tampouco seria possível atribuir-lhe a característica de *norma geral*. É dizer: a isenção de cobrança pelo direito de passagem, graciosamente conferida pela lei federal aos prestadores de serviços de telecomunicações, tampouco se enquadra na competência privativa da União para editar normas gerais de licitação e contratação (art. 22, XXVII, CRFB).

98. Quando se observa o campo da repartição constitucional de competências, é fundamental distinguir normas gerais de normas específicas. Em que pese o conceito de norma geral seja um conceito jurídico indeterminado, acerca do qual existe grande divergência doutrinária e jurisprudencial, é certo que a sua interpretação deve ser realizada com parcimônia, uma vez que a maximização do seu sentido gera risco de violar o pacto federativo e os seus objetivos.⁶⁵

99. A norma prevista no art. 22, XXVII, CRFB determina que compete privativamente à União a edição de normas *gerais* de licitação e contratação. A *ratio* do dispositivo é garantir que a União regule apenas o essencial, a fim de conferir certa unidade normativa nacional e delinear os critérios básicos do procedimento licitatório e das contratações

⁶⁵ “O conceito de ‘norma geral’ é essencialmente fluido, de fronteiras incertas, o que, embora não o desautorize como parâmetro legítimo para aferir a constitucionalidade de leis estaduais, distritais e municipais, certamente requer maiores cautelas no seu manejo. Isso porque a amplitude com que a Suprema Corte define com conteúdo do que sejam ‘normas gerais’ influi decisivamente sobre a experiência federalista brasileira. Qualquer leitura maximalista do aludido conceito constitucional milita contra a diversidade e a autonomia das entidades integrantes do pacto federativo, em flagrante contrariedade ao pluralismo que marca a sociedade brasileira. Contribui ainda para asfixiar o experimentalismo local tão caro à ideia de federação. Nesse cenário, é preciso extrema cautela na árdua tarefa de densificar o sentido e o alcance da expressão ‘normas gerais’, limitando a censura judicial às manifestações nitidamente abusivas de autonomia.” (STF, ADI nº 3.059, Rel. Min. Ayres Britto, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. em: 09.04.2015, DJe. de 08.05.2015; grifou-se).

administrativas.⁶⁶⁻⁶⁷ Assim, a redação da norma constitucional impõe que a legislação federal conceda espaço para que os entes subnacionais editem legislação suplementar, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade orgânica por usurpação da competência dos estados e municípios.

100. É nesse conceito que se enquadra o art. 11 da Lei nº 8.987/1995. Tal norma, erigida também com base no art. 175, III da Constituição, estabelece que o Poder Concedente poderá prever em seus editais a possibilidade de auferimento de receitas alternativas pelas concessionárias – de que é exemplo, como visto, a cobrança pelo uso da faixa de domínio –, em favor da modicidade tarifária. Ou seja, a regra geral para as contratações administrativas no que tange a concessões de serviços públicos consiste na *possibilidade* de cobrança pela utilização da faixa de domínio, visando à redução do valor da tarifa cobrada dos usuários.

101. Nesse cenário, parece evidente que a proibição do auferimento de receitas alternativas em determinado caso não pode ser considerada norma geral. Trata-se, em verdade, de regramento específico a ser compreendido, no máximo, como aplicável ao regime tarifário da União, não qual, na qualidade de Poder Concedente, teria decidido por proibir aos

⁶⁶ Nesse sentido, entende Marçal Justen Filho que “*normas gerais de licitação e contratos administrativos são aquelas pertinentes a instauração, formalização, realização e extinção de licitações e contratos, relativamente a questões cujo tratamento uniforme seja potencialmente apto a comprometer a unidade nacional*” (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 17). Em sentido similar, Celso Antônio Bandeira de Mello: “*quando o Texto Constitucional reporta-se a ‘normas gerais’, está, por certo, reportando-se a normas cujo ‘nível de generalidade’ é peculiar em seu confronto com as demais leis. Normas, portanto, que, ao contrário das outras veiculam apenas: a) preceitos que estabelecem os princípios, os fundamentos, as diretrizes, os critérios básicos, conformadores das leis que necessariamente terão de sucedê-las para completar a regência da matéria. Isto é: daquelas outras que produzirão a ulterior disciplina específica e é suficiente, ou seja, indispensável, para regular o assunto que foi objeto de normas apenas ‘gerais’. (...) b) preceitos que podem ser aplicados uniformemente em todo o país, por se adscreverem a aspectos nacionalmente indiferenciados, de tal sorte que repercutem com neutralidade, indiferentemente, em quaisquer de suas regiões ou localidades. (...) c) cumpre reconhecer, ainda, como incluído no campo das normas gerais a fixação, pela União, de padrões mínimos de defesa do interesse público concernente àquelas matérias em que tais padrões deveriam estar assegurados em todo o País, sob pena de ditos interesses ficarem à míngua de proteção, o que poderia ocorrer, seja por inércia de certos Estados, seja mesmo, em determinados casos mais específicos, por carecerem alguns deles de preparo ou informação técnica suficientes para o reconhecimento e definição dos ditos padrões mínimos indispensáveis ao resguardo do interesse público quando envolvida matéria técnica*” (MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 535-538)

⁶⁷ “*Registre-se, entretanto, que a competência da União é restrita a normas gerais de licitação e contratação. Isto quer dizer que os Estado e Municípios também têm competência para legislar a respeito do tema: a União expedirá normas gerais e os Estados e Municípios expedirão as normas específicas. (...) Penso que ‘norma geral’, tal como posta na Constituição, tem o sentido de diretriz, de princípio geral. A norma geral federal, melhor será dizer nacional, seria a moldura do quadro a ser pintado pelos Estados e Municípios no âmbito de suas competências.*” (STF, ADI nº 927 MC, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. em: 03.11.1993, DJ. de 11.11.1994).

concessionários de serviços públicos federais a cobrança de receitas alternativas na hipótese do art. 12 da Lei nº 13.116/2015.

102. De outro lado, interpretar extensivamente o art. 12 da Lei nº 13.116/2015 para que a norma nele contida alcance todas as esferas da federação importaria em manifesta inconstitucionalidade formal orgânica. Quando se trata de contratos de concessão, por expressa e direta determinação constitucional (art. 22, XXVII e art. 175, III, CRFB), a norma geral é a possibilidade de auferimento de receitas alternativas (art. 11 da Lei nº 8.987/1995), de modo que a isenção de cobrança pelo direito de passagem se mostra inequivocamente norma específica para a esfera federal.

III.2. Violação ao princípio federativo (arts. 1º, caput, 18 e 60, § 4º, inciso I, CRFB). A autonomia dos entes federados compreende a gestão de seus bens e dos serviços públicos de sua titularidade, nisso incluída a política remuneratória de seus contratos de concessão rodoviária (art. 25, §1º e 30, inciso V, CRFB).

103. Não bastasse o art. 12 da Lei nº 13.116/2015 não se enquadrar dentre as competências legislativas privativas da União, o que se constata é que a vedação por ele trazida atenta contra o pacto federativo, pois fere a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 18, CRFB). O aspecto que se pretende destacar é que conferir à União amplas competências legislativas, a ponto de poder determinar que os entes regionais e locais deverão renunciar às suas receitas - inclusive quando elas instrumentalizem projetos concessionários – amesquinha o princípio federativo (art. 1º, caput, CRFB).

104. De fato, a tradição federativa brasileira é deveras centralizadora na figura da União, fruto, dentre outras causas, da formação do Estado a partir da segregação de uma divisão político-administrativa outrora unitária.⁶⁸ E isso se refletiu não apenas no extenso rol de competências legislativas privativas atribuídas à União, mas também na interpretação, pelas

⁶⁸ Sobre o tema, cf. TORRES, João Camilo de Oliveira. *A formação do federalismo no Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2017.

Cortes, da repartição de competências entre os entes da federação, a reforçar e alargar o amplo plexo de competências do ente maior.⁶⁹

105. Esse e. Supremo Tribunal Federal, todavia, tem revisitado tal tema e refletido sobre a necessidade de se avaliar a repartição constitucional de competências com base em critérios que não se resumam à preponderância de interesse. Busca-se, nas palavras da Min. Rosa Weber, a *“passagem do federalismo hegemônico e centrípeto, que marcou a história republicana brasileira, para um federalismo de equilíbrio (...) no sentido de atenuar a tendência excessivamente centralizadora”*.⁷⁰

106. A nova tendência na Corte se verifica em diversos precedentes recentes, sobretudo a partir do julgamento da ADI nº 4.060, de relatoria do Min. Luiz Fux. Naquele feito, registrou-se ser o *“momento de a Corte rever sua postura prima facie em casos de litígios constitucionais em matéria de competência legislativa, passando a prestigiar as iniciativas regionais e locais”*, na direção de compreender o *“federalismo como sistema que visa a promover o pluralismo nas formas de organização política”*.⁷¹ Da mesma forma, o Min. Edson Fachin tem preconizado a valorização do princípio da subsidiariedade como vetor interpretativo na repartição de competências, ressaltando a importância de *“o intérprete acolher interpretação que não tolha a competência que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria (presumption against preemption)”*.⁷² Vale citar, ainda, excerto

⁶⁹ “Neste aspecto, a federação brasileira ainda se revela altamente centralizada, muitas vezes beirando o federalismo meramente nominal. Vislumbro dois fatores essenciais para esse quadro. O primeiro é de índole jurídico-positiva: a engenharia constitucional brasileira, ao promover a partilha de competências entre os entes da federação (CRFB, arts. 21 a 24), concentra grande quantidade de matérias sob a autoridade privativa da União. O segundo fator é de natureza jurisprudencial. Não se pode ignorar a contundente atuação do Supremo Tribunal Federal ao exercer o controle de constitucionalidade de lei ou ato federal e estadual, especialmente aquele inspirado no “princípio da simetria” e numa leitura excessivamente inflacionada das competências normativas da União” (STF, ADI nº 4.060, Rel. Min. Luiz Fux, j. em: 25.02.2015, DJe. de 04.05.2015).

⁷⁰ STF, ADI nº 4.351, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. em: 24.08.2020, DJe. de 17.09.2020; grifos no original.

⁷¹ STF, ADI nº 4.060, Rel. Min. Luiz Fux, j. em: 25.02.2015, DJe. de 04.05.2015. Conforme consta da ementa do julgado: “O princípio federativo brasileiro reclama, na sua ótica contemporânea, o abandono de qualquer leitura excessivamente inflacionada das competências normativas da União (sejam privativas, sejam concorrentes), bem como a descoberta de novas searas normativas que possam ser trilhadas pelos Estados, Municípios e pelo Distrito Federal, tudo isso em conformidade com o pluralismo político, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CRFB, art. 1º, V)”.

⁷² STF, RE nº 194.704, Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. em: 29.06.2017, DJe. de 17.11.2017; grifou-se. Também de relatoria do Min. Edson Fachin, cf.: STF, ADI nº 4.306, Rel. Min. Edson Fachin, j. em: 20.12.2019, DJ. de 19.02.2020.

doutrinário do Min. Ricardo Lewandowski, para quem “*é preciso descobrir novas searas normativas que possam ser trilhadas pelos estados*”, pelo que “*cumpra explorar ao máximo as “competências concorrentes” previstas no art. 24 da Constituição vigente, impedindo que a União ocupe todos os espaços legislativos, usurpando a competência dos estados e do Distrito Federal nesse setor*”.⁷³

107. Também em precedente da relatoria de V. Exa., se observa o reconhecimento dessa evolução jurisprudencial da Corte, no sentido de não assumir como federalismo o comando, pela União, da pauta legislativa. É preciso interpretar o modelo federativo para incentivar a atuação dos entes regionais e locais, *in verbis*:

“Quanto ao mérito, ressalto, desde pronto, que entendo ser válido e necessário o esforço que esta Corte vem desenvolvendo quanto à importância de que façamos uma revisão da interpretação do nosso modelo federativo, especialmente no âmbito das competências concorrentes. É preciso, sim, incentivar-se a atuação dos estados como verdadeiros “laboratórios legislativos”, bem como pensar-se no fortalecimento do chamado federalismo cooperativo, bastante defendido nos últimos tempos pelo Min. Edson Fachin.”⁷⁴

108. A análise mais específica do precedente citado auxilia na compreensão do caso vertente. Naquele feito, a requerente arguiu a inconstitucionalidade de legislação estadual que impôs a obrigação de se inserirem informações nas embalagens de produtos comercializados em determinado Estado da federação. Conforme asseverado no voto vencedor, considerou-se haver “*claro conflito entre as normas [federal e estadual] ao menos no plano pragmático (...) porque um mesmo produto não pode ter dois rótulos ou duas embalagens, uma nacional e outra para o Estado em questão*”, pelo que a ação veio a ser julgada procedente. Entendeu-se que a

⁷³ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. “Considerações sobre o federalismo brasileiro”. In: *Justiça & cidadania*, n. 157, p. 13-17, set. 2013; grifou-se. Disponível em: <https://bit.ly/3qaLh5U>; acesso em 13.01.2021.

⁷⁴ STF, ADI nº 750, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em: 03.08.2017, DJe. de 09.03.2018.

No mesmo sentido, o Min. Luiz Fux assim se pronunciou em reconhecimento de Repercussão Geral: “(...) impor ao Estado-membro a simples reprodução acrílica de norma federal, quando tal circunstância não decorre de mandamento constitucional ou de algum imperativo real de uniformidade nacional, inviabiliza uma das facetas do federalismo enquanto meio de, nos estritos limites das competências constitucionais de cada ente, inovar e evoluir na política regulatória” (Tema nº 1036/STF, RE nº 1.188.352, Rel. Min. Luiz Fux, j. em: 15.02.2019, DJe. de 22.03.2019).

restrição aposta pela legislação local inviabilizaria o desenvolvimento regular de atividades econômicas.

109. Tal situação é diametralmente oposta ao presente caso. Diferentemente do referido julgado, **não há, aqui, qualquer imperativo à uniformização** da temática quanto à gratuidade do direito de passagem para as empresas de telecomunicações, nem risco de conflito entre normas. Isso porque **pagar ou não uma contraprestação pecuniária pelo direito de passagem não diz respeito à prestação do serviço em si, que continuará sendo prestado uniformemente em todo o território nacional, independentemente de a concessionária/autorizatória receber ou não o benefício da isenção**. É dizer: mesmo que determinados entes não concedam a isenção prevista na lei federal e a União o faça, nada será alterado quanto à viabilidade da prestação dos serviços de telecomunicações, não havendo, portanto, qualquer óbice operacional às prestadoras de serviço.

110. Por isso, mostra-se falacioso sustentar, para a aplicação irrestrita das normas objeto desta ADI, a necessidade de existência de uma única fonte legislativa com base em suposto imperativo de homogeneização nacional da prestação da atividade de telecomunicações, quando, na verdade, a controvérsia subjacente aos autos não interfere na viabilidade da prestação do serviço. Assim, **não há razão jurídica ou mesmo técnica para amesquinhar a capacidade dos entes subnacionais de disposição sobre seus próprios bens e de organização dos serviços públicos de sua titularidade** – incluindo, aí, a capacidade de gerir a política remuneratória de seus contratos de concessão.

111. Mesmo porque, conforme reconhecido pela jurisprudência dessa e. Corte, **a edição pela União de lei que verse sobre a disposição e a gestão de bens pertencentes aos entes estaduais e municipais afronta sua autonomia federativa**. Esse entendimento remonta ao exame da constitucionalidade do **art. 17, I, “b”, da Lei nº 8.666/93**, quando o STF asseverou que, dentro do sistema constitucional, **não é lícito à União editar normas sobre o modo como os entes estaduais e municipais dispõem dos bens dos quais são titulares**. Por isso, decidiu-se pela interpretação conforme a Constituição do dispositivo a fim de que o seu mandamento

somente seja aplicável no âmbito da própria União. De acordo com o voto do Min. Rel. Carlos Velloso:

“O *caput* do art. 17 veicula, sem dúvida, norma geral, ao subordinar a alienação de bens públicos ao interesse público devidamente justificado e ao exigir a avaliação. O inciso I do mesmo artigo contém, também, norma geral, ao estabelecer que a alienação de imóveis públicos dependerá de autorização legislativa, de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos casos que enumera nas alíneas a até d. Não veicularia norma geral, na alínea b, que cuida da doação de imóvel, se estabelecesse que a doação somente seria permitida para outro órgão ou entidade da Administração Pública. **No ponto, a lei trataria mal a autonomia estadual e a autonomia municipal, se interpretada no sentido de proibir a doação a não ser para outro órgão ou entidade da Administração Pública. Uma tal interpretação, constituiria vedação aos Estados e Municípios de disporem de seus bens**, a impedir, por exemplo, a realização de programas de interesse público, tal como ocorre, no caso, conforme noticiado na inicial: (...) Empresto, pois, **interpretação conforme a Constituição** ao citado dispositivo – art. 17, I, b: a expressão – “permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo” – **somente tem aplicação no âmbito do governo central, vale dizer, no âmbito da União Federal.**”⁷⁵

112. A autonomia dos entes para a disposição sobre seus bens se desdobra, com igual razão, na definição do regime jurídico aplicável aos serviços públicos de titularidade de cada ente. À luz do princípio federativo, impor que os entes regionais e locais incorporem em seu regime de bens a isenção veiculada na lei federal implica **ingerência abusiva da União sobre as relações jurídico-contratuais estabelecidas entre os demais entes federativos e terceiros, o que é vedado por essa e. Corte.**

113. Não à toa, em diversos precedentes se reconheceu que há indevida invasão da competência privativa da União para legislar sobre serviços públicos de sua titularidade quando a lei local acabe interferindo na relação jurídica existente entre o prestador do serviço e o Poder Concedente, seu titular. Em outras palavras, impede-se a intervenção dos demais entes federativos em contrato de concessão celebrado entre determinado Poder Concedente e empresas concessionárias. Confira-se:

⁷⁵ STF, ADI nº 927 MC, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. em: 03.11.1993, DJ. de 11.11.1994; grifou-se.

“Os Estados-membros – que **não podem interferir na esfera das relações jurídico-contratuais estabelecidas entre o poder concedente (quando este for a União Federal ou o Município) e as empresas concessionárias** – também não dispõem de competência para modificar ou alterar as condições, que, previstas na licitação, acham-se formalmente estipuladas no contrato de concessão celebrado pela União (energia elétrica – CF, art. 21, XII, *b*) e pelo Município (fornecimento de água – CF, art. 30, I e V), de um lado, com as concessionárias, de outro, **notadamente se essa ingerência normativa**, ao determinar a suspensão temporária do pagamento das tarifas devidas pela prestação dos serviços concedidos (serviços de energia elétrica, sob regime de concessão federal, e serviços de esgoto e abastecimento de água, sob regime de concessão municipal), **afetar o equilíbrio financeiro resultante dessa relação jurídico-contratual de direito administrativo**.”⁷⁶

114. Aspecto crucial da relação jurídica entre a concessionária e o Poder Concedente consiste na **definição da política remuneratória**, o que abrange a política tarifária, a possibilidade de instituir contraprestações públicas e, ainda, a previsão sobre as receitas alternativas. Conforme exposto anteriormente, é a tarifa o mecanismo principal de remuneração pelo serviço prestado, que deve ser fixada conforme o princípio da modicidade. Segundo a Min. Rosa Weber, “*a própria Constituição confirma, no art. 175, parágrafo único, III, que as regras componentes da política tarifária são parte integrante do regime de prestação do serviço público*”. Por isso, conclui que se à União foi conferido o monopólio sobre determinados serviços públicos, “*somente a ela cabe dispor acerca do seu regime de exploração, ai incluída a sua forma de remuneração*”.⁷⁷

115. Ora, se aos entes estaduais, distrital e municipais é proibido dispor sobre a forma de remuneração de serviços públicos de titularidade da União, a recíproca é necessariamente verdadeira: **é vedado à União dispor sobre a forma de remuneração dos serviços públicos de titularidade dos demais entes federativos**. Afinal, como leciona Geraldo Ataliba, com apoio na doutrina de Ruy Barbosa, a **igualdade jurídica** entre os entes da Federação é pressuposto do princípio federativo.⁷⁸

⁷⁶ STF, ADI nº 2.337 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. em: 20.02.2002, DJ. de 21.06.2002.

⁷⁷ STF, ADI nº 4.477, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. em: 18.05.2017, DJe. de 31.05.2017; grifou-se.

⁷⁸ “No Brasil os princípios mais importantes são os da federação e da república. (...) São repetidos, enfatizados, reforçados e assegurados, até as últimas consequências, por inúmeras outras disposições constitucionais abundantes preceitos que lhes explicitam o conteúdo, sentido, alcance, exigências e limites de eficácia. Praticamente toda a parte orgânica da Constituição é seu desdobramento. Exsurge a federação como a associação (foedus, foederis) para a formação de novo Estado (o federal) com repartição rígida de atributos de soberania entre eles. **Informa-se seu relacionamento pela “autonomia recíproca da União e dos Estados, sob a égide da**

116. Em suma: o princípio federativo exige que as normas infraconstitucionais sejam interpretadas de modo a assegurar a autonomia de cada ente. Conforme reconhece a jurisprudência mais atual do STF, o intérprete deve acolher interpretação que não tolha a competência que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria. No caso, devem ser afastadas, no mínimo, as interpretações no sentido de que a gratuidade veiculada no art. 12 da Lei nº 13.116/2015 poderia ser imposta indiscriminadamente a Estados, ao Distrito Federal e Municípios, uma vez que a definição de remuneração contratual é matéria ínsita ao regime de exploração de bens e serviços públicos. Por isso, cabe somente ao seu titular dispor sobre eventuais isenções tarifárias.

IV – CONCLUSÃO E PEDIDOS

117. Por todo o exposto, a ABCR confia e espera que este e. STF **julgará procedentes os pedidos formulados pelo Exmo. Procurador-Geral da República na presente ADI**, seja porque as normas ora impugnadas violam os princípios do serviço público, em especial os da modicidade tarifária e da isonomia (art. 5º, *caput*; art. 37, *caput*; e art. 175, *caput* e incisos III e IV da Constituição Federal), por conferirem indevido subsídio às empresas de telecomunicações por usuários de rodovias públicas concedidas; seja por violarem a cláusula de separação de Poderes (art. 2º e art. 60, §4º, inciso III da Constituição), especificamente sob a ótica da reserva de Administração, tendo em vista que o legislador, ao instituir o regime de gratuidade, se imiscuiu em decisão que é exclusiva da Administração Pública, dentro de sua esfera de atribuições própria.

40. Em caráter subsidiário, o que se admite por mera eventualidade, a ABCR requer que este e. STF reconheça, ao menos, que devem ser afastadas do ordenamento jurídico as interpretações do art. 12 da Lei nº 13.116/2015 que conduzam à sua aplicação sobre contratos de concessão dos entes subnacionais, declarando-se, assim, a inconstitucionalidade parcial, sem

Constituição Federal” (Sampaio Dória), caracterizadora de sua igualdade jurídica (Ruy Barbosa), dado que ambos extraem sua competência da mesma norma (Kelsen). Daí cada qual ser supremo na sua esfera, tal como disposta no Pacto Federal (Victor Nunes).” (ATALIBA, Geraldo. República e constituição. 2ª ed. atual. por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, pp. 36-37; grifou-se).

redução do texto, da referida norma legal e de suas normas regulamentadoras, seja por violarem o princípio federativo (arts. 1º, *caput*, e 18 e 60, §4º, inciso I, CRFB), já que excluem os espaços de autogestão de Estados e Municípios sobre os seus bens e sobre a política remuneratória de seus contratos de concessão rodoviária (art. 25, §1º e art. 30, inciso V, CRFB); seja por exorbitarem da competência privativa da União para editar normas gerais de licitação e contratação (art. 22, XXVII, CRFB).

Nestes termos,

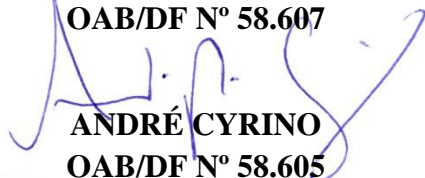
Pede deferimento.

Brasília/DF, 28 de janeiro de 2021.



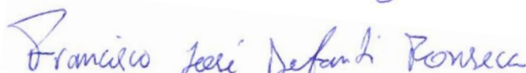
GUSTAVO BINENBOJM

OAB/DF N° 58.607



ANDRÉ CYRINO

OAB/DF N° 58.605



FRANCISCO DEFANTI

OAB/RJ N° 180.658



MATEUS DIAS

OAB/RJ N° 217.476



ALICE VORONOFF

OAB/DF N° 58.608



RAFAEL L. F. KOATZ

OAB/DF N° 46.142



RENATO TOLEDO

OAB/RJ N° 188.862



CESAR HENRIQUE LIMA

OAB/RJ N° 228.249

ROL DE DOCUMENTOS

- Doc. 01** – Parecer elaborado pela Tendências Consultoria Integrada, intitulado “Análise econômica da isenção na cobrança do direito de passagem nas faixas de domínio das rodovias”.
- Doc. 02** – Resolução do Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos nº 150, de 2 de dezembro de 2020, que opina favoravelmente à qualificação de política de modernização da infraestrutura rodoviária federal no âmbito do PPI.