

MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA, INOVAÇÕES E COMUNICAÇÕES
Secretaria de Telecomunicações
Departamento de Banda Larga

NOTA TÉCNICA Nº 5512/2018/SEI-MCTIC

Nº do Processo: **01250.012999/2018-98**
Documento de Referência: **Petição 2720953**
Interessado: **Gustavo de Melo Franco Tôrres e Gonçalves**
Assunto: **Pedido de consulta**

SUMÁRIO EXECUTIVO

1. Trata-se de pedido de consulta feito pela Associação Nacional das Empresas de Soluções de Internet e Telecomunicações – REDETELESUL, dirigida a este Ministério, por meio da Petição SEI 2720953, na qual a requerente apresenta questionamentos a respeito de cobranças para ocupação das faixas de domínio e para compartilhamento de infraestrutura efetivadas pelo Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná (DER-PR).

ANÁLISE

2. Não há previsão regimental para um procedimento de consulta propriamente dito no âmbito do Departamento de Banda Larga. Apesar disso, a todo cidadão é dado o direito de petição e de solicitar informações aos órgãos públicos. Por sua vez, este Departamento tem por sua competência a capacidade de interpretar as normas setoriais e definir sua aplicação na sua esfera de atuação. É, portanto, com esse caráter que é recebido o documento em referência.

3. A Lei nº 13.116/2015, comumente apelidada de Lei Geral de Antenas, foi elaborada sob as diretrizes de harmonização das normas para a implantação de infraestrutura de redes de telecomunicações em todo o país, com vistas à promoção da qualidade do serviço prestado ao cidadão, por meio da simplificação da implantação de infraestrutura, diante das patentes dificuldades sofridas pelo setor, que é excessivamente onerado. Nesse sentido, destaca-se o art. 12 da Lei, cuja redação é: "Art. 12. Não será exigida contraprestação em razão do direito de passagem em vias públicas, em faixas de domínio e em outros bens públicos de uso comum do povo, ainda que esses bens ou instalações sejam explorados por meio de concessão ou outra forma de delegação, excetuadas aquelas cujos contratos decorram de licitações anteriores à data de promulgação desta Lei".

4. Constata-se que, ao vedar a exigência de contraprestação em razão do direito de passagem em vias públicas, em faixas de domínio e em outros bens públicos de uso comum do povo, o art. 12 constitui-se em um dispositivo reevante da Lei de Antenas, mormente devido a três razões.

5. Primeiramente, porque a cobrança pelo direito de passagem, que vinha ocorrendo em todos os estados brasileiros, seja pelo Poder Público, seja por concessionárias de exploração de infraestrutura e área públicas, de fato, encarece o preço do serviço para o usuário final, quando não inviabiliza a expansão de redes de telecomunicações para o acesso à Internet em banda larga.

6. Em segundo lugar, a medida prevista pelo art. 12 é de suma importância porque a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu, em uma série de casos, em analogia com o setor elétrico, que outros tipos de infraestrutura não podem interferir na prestação do serviço de telecomunicações, daí a impossibilidade jurídica de se realizar cobrança pelo direito de passagem. Ademais, qualquer exigência de contraprestação por parte de Estados ou Municípios tem sido considerada inconstitucional, por constituir invasão da competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações (art. 22, IV, CF), salvo em caso de extinção de direitos. São exemplos de decisões: Recurso Extraordinário 494.163/RJ, Recurso Extraordinário 581.947/RO, Ação Cautelar (AC) 3261, Agravo de Instrumento 663090. Cite-se:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. COBRANÇA DE RETRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA PELA INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS NECESSÁRIOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.

BEM PÚBLICO DE USO COMUM DO POVO. INCONSTITUCIONALIDADE DECORRENTE DA VIOLAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO (ART. 22, IV, DA CF/88). PRECEDENTE DO PLENÁRIO: RE 581.947/RO. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 581.947/RO, rel. Min. Eros Grau, DJe 27.08.2010, firmou o entendimento de que o Município não pode cobrar indenização das concessionárias de serviço público em razão da instalação de equipamentos necessários à prestação do serviço em faixas de domínio público de vias públicas (bens públicos de uso comum do povo), a não ser que a referida instalação resulte em extinção de direitos. 2. O Município do Rio de Janeiro, ao instituir retribuição pecuniária pela ocupação do solo para a prestação de serviço público de telecomunicações, invadiu a competência legislativa privativa da União (art. 22, IV, da CF/88).

(...)

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 581.947/RO, rel. Min. Eros Grau, DJe 27.08.2010, firmou o entendimento de que o Município não pode cobrar indenização das concessionárias de serviço público em razão da instalação de equipamentos necessários à prestação do serviço em faixas de domínio público de vias públicas (bens de uso comum do povo), a não ser que a referida instalação resulte em extinção de direitos.

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

(RE 494163 AgR / RJ; grifos ausentes no original)

7. Outro fundamento jurisprudencial consolidado para a vedação da cobrança do direito de passagem é a sua natureza teratogênica. Do ponto de vista jurídico, essa cobrança só poderia ser feita a título de preço público, de taxa ou de indenização. O STJ já manifestou entendimento de que a cobrança pelo direito de passagem não pode constituir-se preço público, porque a cobrança de tarifa pressuporia a prestação de um serviço de natureza comercial ou industrial pelo município, o que não é o caso. [1]

8. A cobrança de taxa a título de direito de passagem, por sua vez, foi considerada inconstitucional pelo STF, porque tomaria por fato gerador o uso e a ocupação do solo, ou seja, confundir-se-ia com o IPTU ou com o ITR. Além disso, houve o entendimento de que, em se tratando as vias públicas de bens de uso comum do povo, não são eles estatais, mas públicos. Assim, o município não pode dispor deles dominicalmente. [2]

9. Também a Segunda Turma do STF decidiu que a cobrança pelo direito de passagem não pode ser feita a título de indenização, pois só seria possível a cobrança de indenização quando há extinção de direitos decorrente do uso do espaço público, o que não é o caso do exercício do direito de passagem, em geral. [3] Portanto, o raciocínio esposado é que, se a cobrança pelo direito de passagem não pode constituir-se preço público, taxa ou indenização, ela não poderia existir no mundo jurídico.

10. Em terceiro lugar, a previsão do art. 12 busca harmonizar o regramento para o setor de telecomunicações com o regramento já existente para o setor de energia elétrica, o que já é reconhecido jurisprudencialmente pelo STF, na linha do que dispõem os arts. 1º e 2º do Decreto nº 84.398/1980, que dispõe sobre a ocupação de faixas de domínio de rodovias e de terrenos de domínio público e a travessia de hidrovias, rodovias e ferrovias, por linhas de transmissão, subtransmissão e distribuição de energia elétrica e dá outras providências:

Art. 1º A ocupação de faixas de domínio de rodovias, ferrovias e de terrenos de domínio público, e a travessia de hidrovias, rodovias, ferrovias, oleodutos e linhas de transmissão de energia elétrica de outros concessionários, por linhas de transmissão, subtransmissão e distribuição de energia elétrica de concessionários de serviços públicos de energia elétrica, serão autorizadas pelo órgão público federal, estadual ou municipal ou entidade competente, sob cuja jurisdição estiver a área a ser ocupada ou atravessada.

Parágrafo único. Para os fins do disposto neste artigo, será considerada entidade competente a pessoa física ou jurídica que, em razão de concessão, autorização ou permissão, for titular dos direitos relativos à via de transporte, auto ou linha a ser atravessada, ou a ter a respectiva faixa de domínio ocupada.

Art. 2º Atendidas as exigências legais e regulamentares referentes aos respectivos projetos, as autorizações serão por prazo indeterminado e sem ônus para os concessionários de serviços públicos de energia elétrica. (grifos ausentes no original)

11. Assim, diante do exposto acima, conclui-se pela impossibilidade de qualquer órgão ou ente público, exigir o pagamento de taxas, tributos ou preços públicos em relação ao direito de uso e ocupação da faixa de domínio em vias públicas por parte das empresas de telecomunicações. De acordo com o disposto no § 2º do art. 12 da Lei de Antenas, o órgão regulador sob cuja competência estiver a área a ser ocupada tem atribuição de autorizar o direito de passagem, novamente, de forma graciosa.

12. Ademais, impende salientar que, quanto à vedação de cobrança pelo direito de passagem, não há, na Lei nº 13.116, de 2015, diferenciação entre empresas prestadoras dos serviços de telecomunicações sob o regime de concessão, permissão ou autorização. A Lei utiliza dois vocábulos, alternadamente: *detentora*, definida como a "pessoa física ou jurídica que detém, administra ou controla, direta ou indiretamente, uma infraestrutura de suporte" (art. 3º, III), e *prestadora*, definida como a "pessoa jurídica que detém concessão, permissão ou autorização para a exploração de serviço de telecomunicações" (art. 3º, VIII).

13. É igualmente importante diferenciar o conceito de direito de passagem, objeto do artigo 12, do conceito de compartilhamento de infraestrutura de suporte, que consta do art. 14 da Lei Geral de Antenas, na medida em que o direito de passagem é gratuito, mas o compartilhamento da capacidade excedente de uma infraestrutura de suporte é oneroso.

14. O conceito de direito de passagem encontra-se na própria Lei Geral de Antenas, qual seja: a "prerrogativa de acessar, utilizar, atravessar, cruzar, transpor e percorrer imóvel de propriedade alheia, com o objetivo de construir, instalar, alterar ou reparar infraestrutura de suporte, bem como cabos, sistemas, equipamentos ou quaisquer outros recursos ou elementos de redes de telecomunicações" (art. 3º, IV). Em outras palavras, a partir da sistemática estabelecida pela Lei, o uso de vias públicas e faixas de domínio constitui-se direito de passagem, e é gratuito, porque não existe infraestrutura de suporte previamente implantada, mas apenas permissão de uso da superfície ou do espaço subterrâneo.

15. Quanto ao compartilhamento, por sua vez, o art. 73 da Lei nº 9.472/1997, Lei Geral de Telecomunicações, já tratava o uso compartilhado de infraestrutura pertencente ou controlada por prestadora de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público, as chamadas detentoras, como direito dos prestadores de serviços de telecomunicações, cabendo ao órgão regulador do cessionário dos meios a serem utilizados definir as condições para adequado atendimento desse direito. No entanto, a conceituação do direito de compartilhamento de infraestrutura adveio apenas com a Lei Geral de Antenas, constituindo-se na cessão, a título oneroso, de capacidade excedente da infraestrutura de suporte, isto é, de meios físicos fixos utilizados para dar suporte a redes de telecomunicações, entre os quais postes, torres, mastros, armários, estruturas de superfície e estruturas suspensas, para a prestação de serviços de telecomunicações por prestadoras de outros grupos econômicos (art. 3º, II e VI). A nova Lei trouxe, ainda, o conceito de "capacidade excedente", que é a infraestrutura de suporte instalada e não utilizada, total ou parcialmente, disponível para compartilhamento (art. 3º, I).

16. A partir desses conceitos, e com vistas a aumentar o grau de compartilhamento entre as empresas e reduzir o número da infraestrutura ociosa, promovendo a redução de custos financeiros e administrativos de expansão de redes, com a consequente diminuição do preço e o aumento da qualidade do serviço, a Lei Geral de Antenas estabeleceu a obrigatoriedade do compartilhamento da capacidade excedente da infraestrutura de suporte pelas detentoras dessa capacidade, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis, salvo justificado motivo técnico (art. 14, *caput* e § 4º).

17. Isso significa que, pela Lei, quem possui a obrigatoriedade de compartilhamento, e o direito consequente de estabelecer condições e preços pela cessão, é a detentora de infraestrutura excedente de suporte, por exemplo, a proprietária de um poste. Pela leitura do art. 12, conforme já indicado, o órgão ou a entidade pública responsável pela área não pode exigir contraprestação pela implantação da infraestrutura de suporte, tampouco realizar exigência de mesma natureza ao cessionário de tal infraestrutura de suporte em uma relação estabelecida entre este o detentor.

18. Passando-se especificamente ao questionamento sobre a exigência de formalização de contratos de utilização das faixas de domínio (direito de passagem) feita por detentoras de infraestrutura de suporte (cedentes em um contrato de compartilhamento de infraestrutura), como requisito para deferir os projetos de compartilhamento da infraestrutura de suporte, não parece haver previsão legal para tanto. Consoante supramencionado, o direito de passagem e o compartilhamento de infraestrutura de suporte são institutos distintos. O órgão competente para autorizar o direito de passagem é o órgão regulador sob cuja

competência estiver a área a ser ocupada ou atravessada. Em assim sendo, do mesmo modo que esse órgão não pode cobrar das empresas pelo compartilhamento, tendo em vista não ser o detentor da infraestrutura excedente de suporte, não parece coerente com a legislação mencionada a necessidade de formalizar-se um contrato de direito de passagem entre o cessionário da infraestrutura de suporte, isto é, entre aquele que ocupará o poste, por exemplo, e o órgão responsável pela área na qual o poste já se encontra implantado.

19. Pode-se entender que a autorização para o direito de passagem é pressuposto para o compartilhamento de infraestrutura, pois é necessária a permissão para o uso da superfície ou do espaço subterrâneo para, depois, ocorrer uma instalação de infraestrutura de suporte, e, em um terceiro momento, o compartilhamento de infraestrutura instalada. Com a instalação da infraestrutura de suporte na faixa de domínio da rodovia devidamente autorizada pelo órgão competente, não se vislumbra motivo ou necessidade para que venha a ser autorizada novamente.

20. As normas técnicas e regulatórias setoriais preveem o conceito de faixa de ocupação, que é o espaço nos postes e torres das redes aéreas de distribuição e transmissão de energia elétrica, nas torres de sistemas de telecomunicações de propriedade dos detentores que são utilizadas para prestação do serviço objeto da respectiva concessão ou permissão, nas galerias subterrâneas e nas faixas de servidão administrativa de redes de energia elétrica onde são definidos pelo detentor os pontos de fixação, os dutos subterrâneos e as faixas de terreno destinadas ao compartilhamento com os agentes que podem ser classificados como ocupante.

21. A autorização do direito de passagem para implantação de infraestrutura de suporte submete-se às normas regulatórias e técnicas. Já se encontrando a implantação da infraestrutura de suporte plenamente autorizada, inclusive com previsão normativa para instalação de cabos de telecomunicações em tal infraestrutura, não parece haver relação jurídica direta existente entre a prestadora de serviço de telecomunicações e o órgão ou entidade responsável pela área ocupada originalmente. A relação jurídica direta parece dar-se entre a detentora da infraestrutura de suporte (a cedente da infraestrutura) e a prestadora de serviço de telecomunicações (a cessionária da infraestrutura) por meio do contrato de compartilhamento.

CONCLUSÃO

22. Em face dos questionamentos levantados no documento em análise, foram manifestados os seguintes entendimentos:

(i) a Lei nº 13.116/2015 impossibilita a exigência de pagamento pelo direito de uso e ocupação da faixa de domínio em vias públicas em razão da implantação de infraestrutura de telecomunicações, exceto em relação ao disposto no § 1º do art. 12, não havendo diferenciação entre empresas prestadoras dos serviços de telecomunicações sob o regime de concessão, permissão e autorização;

(ii) ao órgão regulador sob cuja competência estiver a área a ser ocupada ou atravessada compete autorizar o direito de passagem;

(iii) pela leitura feita da Lei nº 9.472/1997 e da Lei nº 13.116/2015, ao órgão regulador sob cuja competência estiver a área ocupada ou atravessada pela infraestrutura de suporte não cabe exigir contraprestação da cessionária da infraestrutura de telecomunicações pelo lançamento de cabos e fibras nessa infraestrutura de suporte, haja vista que o pagamento existente decorre unicamente de contrato de compartilhamento de infraestrutura firmado entre a cedente -- proprietária da infraestrutura de suporte -- e a cessionária -- prestadora de serviço de telecomunicações;

(iv) não parece coerente com a legislação mencionada a necessidade de formalizar-se um contrato de direito de passagem entre o cessionário da infraestrutura de suporte e o órgão responsável pela área na qual essa infraestrutura já se encontra autorizada e implantada.

[1] Recurso Especial 897296.

[2] Recurso Extraordinário 581.947/RO.

[3] Recurso Extraordinário 494.163/RJ.



Documento assinado eletronicamente por **Maysa Maria Massimo Ribeiro, Técnico de Nível Superior**, em 25/06/2018, às 08:42, conforme art. 3º, III, "b", das Portarias MC nº 89/2014 e MCTIC nº 34/2016.



Documento assinado eletronicamente por **Artur Coimbra de Oliveira, Diretor do Departamento de Banda Larga**, em 25/06/2018, às 10:36, conforme art. 3º, III, "b", das Portarias MC nº 89/2014 e MCTIC nº 34/2016.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <http://sei.mctic.gov.br/verifica.html>, informando o código verificador **2737265** e o código CRC **7014E446**.

Minutas e Anexos

Não Possui.

Referência: Processo nº 01250.012999/2018-98

SEI nº 2737265