

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.482 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: de início, reputo preenchidos todos os requisitos necessários para o conhecimento da presente ação direta de inconstitucionalidade, uma vez que se trata de pretensão formulada por legitimado universal (art. 103, inciso VI, da CF) voltada à impugnação ato normativo federal primário dotado de generalidade e abstração, qual seja, o art. 12 da Lei Federal 13.116/2015.

Antes de adentrar ao mérito das alegações de inconstitucionalidade, dada a notável complexidade do debate em exame, considero oportuno aclarar como a legislação impugnada se relaciona com os desafios atuais do setor brasileiro de telecomunicações.

Salienta-se que essa explicação não almeja reduzir a discussão jurídica aqui enfrentada a um mero juízo consequencialista, antes intenta privilegiar as contribuições dos *Amici Curiae* que ampliaram significativamente a compreensão técnica da matéria aqui trazida.

1. Contexto setorial da legislação impugnada

O setor brasileiro de telecomunicações passou por importantes mudanças na década de 1990, com a aprovação da Emenda Constitucional 8/1995 e da Lei 9.472/1997, que promoveram a liberalização do setor e a privatização do sistema Telebras. Essas reformas alinharam-se a uma agenda internacional de abertura do mercado de telecomunicação à competição e à livre concorrência.

Entre nós, o modelo regulatório centrou-se na promoção da universalização do acesso ao serviço de telefonia fixa comutado (STFC), explorado em regime de concessão, em paralelo com as modalidades de serviços explorados em regime privado de interesse coletivo. (ARANHA, Mário Iório. **Direito das Telecomunicações: Histórico Normativo e Conceitos Fundamentais**. Coleford, UK: Laccademia Publishing, 2014, p. 222).

Embora as estratégias de universalização de telefonia fixa tenham

ADI 6482 / DF

gerado resultados expressivos, as políticas de telecomunicações, em âmbito mundial, enfrentam o desafio de responder às transformações econômicas e sociais desencadeadas pelo crescimento da modularidade das infraestruturas do setor de Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC) e pela ubiquidade das redes de internet de alta velocidade.

Ainda que intuitivamente a internet seja considerada um espaço livre e desregulado, onde os custos de criação e replicação das informações seriam tendencialmente nulos, a conexão dos usuários à rede depende da prestação de serviços de telecomunicações e da interação entre agentes econômicos que atuam de forma verticalmente integrada entre a camada física composta pela gestão de infraestrutura de telecomunicações, a camada de protocolo e a camada de conteúdos e de aplicações. Como destacado na literatura especializada:

“Embora a internet pareça funcionar como um todo integrado independente da distância entre o usuário final e o serviço que ele ou ela acessa, há diferentes funções de transporte dos dados na rede que precisam ocorrer para o acesso. Às vezes diferentes pedaços do transporte desses dados são controlados por diferentes atores econômicos. (...) Por isso, a rigor, a provisão dos serviços de internet para um consumidor requer que todas as partes envolvidas (controladores de redes, provedores de acesso e aplicativos) se coordenem economicamente”. (BENJAMIN, Stuart Minor et al. **Telecommunications Law and Policy**. 3a. Durham: Carolina Academic Press, 2012, p. 717-721).

É por isso que, nos últimos anos, diversos estudiosos têm advertido sobre a importância de se investigarem as regras jurídicas que definem os investimentos e contratos na infraestrutura de rede que dá suporte à internet, já que, no limite, são esses fatores que potencializam as chances de a população ter acesso à rede, o que, é claro, possui consequências drásticas para a realização do direito de acesso à informação.

Como esclarecido pela Professora Laura Denardis, da Faculdade

de Direito da Universidade de Yale: *“a arquitetura material da internet não é alheia a aspectos políticos e culturais, mas, pelo contrário, é profundamente carregada desses valores, de modo que as decisões que definem essa arquitetura da rede impactam diretamente as possibilidades de exercício de direitos de liberdade e de acesso à informação no mundo on-line”*. (DENARDIS, L. **The Emerging Field of Internet Governance**. In: DUTTON, William H. (ed.). *The Oxford handbook of Internet Studies*. Oxford: Oxford University Press, p. 555-575, 2013).

A expansão do acesso à internet de alta velocidade tem empurrado as políticas de telecomunicações da década de 1990 para aquilo que autores como Peter Cowhey e Jonathan Aronson chamam de um verdadeiro “ponto de inflexão” (*inflection point*): enquanto as legislações-base do setor ainda presumem a alocação de regimes jurídicos entre mercados rigidamente separados (como os de telefonia fixa e telefonia móvel), as fronteiras das múltiplas formas de comunicação têm sido cada vez mais nubladas pela convergência tecnológica e pelo surgimento de novos modelos de negócios baseados na internet. (COWHEY, Peter F.; ARONSON, Jonathan D. **Transforming Global Information and Communication Markets: The Political Economy of Innovation**. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2011, p. 8 e 10–11).

Há significativo consenso entre acadêmicos, entidades reguladoras e instituições internacionais como a União Internacional de Telecomunicação da ONU e a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) no sentido de que o crescimento da demanda por serviços baseados na internet tem afetado expressivamente os incentivos de investimento nas redes de telecomunicações.

Isso porque, se tradicionalmente os operadores de redes cobravam tarifas dos seus usuários tanto pelo acesso à internet quanto pela prestação de serviços de comunicação, hoje essas empresas tendem a concentrar a sua atuação simplesmente no segmento *downstream*. Daí porque a doutrina assenta que *“o fenômeno OTT passa a demandar a remodelagem de políticas de incentivo ao investimento em infraestrutura de redes de alta velocidade, as quais se mostram essenciais não apenas para a viabilidade*

ADI 6482 / DF

*desses modelos de negócios, mas para a garantia dos incentivos à inovação no âmbito do setor de Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC)”. (FERNANDES, Victor Oliveira. **Regulação de Serviços de Internet: desafios da regulação de aplicações Over-The-Top (OTT)**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 36).*

É exatamente diante desse contexto que os formuladores de políticas públicas e agentes reguladores nacionais têm buscado adaptar o contexto normativo nacional, desenhado na década de 1990, para uma realidade em que a fronteira crítica do setor consiste na implementação de metas e compromissos de abrangência para a cobertura da rede de internet banda larga fixa e móvel.

No plano normativo, o recém-editado Decreto 9.617/2018, por exemplo, passou a prever, dentre os objetivos da política pública de telecomunicações, a promoção do *“acesso às telecomunicações em condições econômicas que viabilizem o uso e a fruição dos serviços, especialmente para a expansão do acesso à internet em banda larga fixa e móvel, com qualidade e velocidade adequadas”* (art. 2º, inciso I, “a”, 1) e ainda *“a ampliação do acesso à internet em banda larga em áreas onde a oferta seja inadequada, tais como áreas urbanas desatendidas, rurais ou remota”* (art. 2º, inciso I, “a”, 2). No mesmo sentido, recentemente, a Lei 13.897/2019 promoveu profundas alterações na Lei Geral de Telecomunicações, contemplando em especial a possibilidade de adaptar a modalidade de outorga de serviço de telecomunicações de concessão (regime público) para autorização (regime privado).

A Lei 13.116/2015 e o recém-editado Decreto 10.480/2020, ambos impugnados nesta ADI, têm por finalidade uniformizar, simplificar e dar celeridade aos procedimentos e critérios para a outorga de licenças para instalação de infraestrutura de telecomunicações pelos órgãos competentes, atendendo justamente ao desiderato de facilitar a ampliação da capacidade instalada das redes de telecomunicações que dão suporte à internet banda larga fixa e móvel.

Ainda que fatores econômicos não sejam determinantes para a solução da questão constitucional, as manifestações colhidas ao longo da

ADI 6482 / DF

instrução desta ADI sugerem que a gratuidade do direito de passagem é um ponto crítico para a expansão da infraestrutura de rede de telecomunicações nos próximos anos.

A Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), em sua manifestação, destaca que o Brasil enfrenta consideráveis dificuldades para atingir um nível ótimo de cobertura de rede que possa dar suporte à implantação da tecnologia 5G em patamares de qualidade adequada. Como bem observa, entre as principais dificuldades, estão *“os embaraços burocráticos impostos para a instalação de infraestrutura de redes pulverizados de forma distinta entre os entes federados e a alta carga tributária que recai sobre o setor”*. Segundo dados da Agência:

“No Brasil, o número de pessoas por Estações Rádio Base (ERBs) é muito superior a países de dimensões territoriais similares como os Estados Unidos - 940 pessoas/ERB (2018) - e a China - 370 pessoas/ERB (2018). Atualmente, no Brasil, há 99.273 ERBs licenciadas para o SMP, o que resulta em uma quantidade de aproximadamente 2.100 pessoas por ERB. Destaca-se que, com o advento da tecnologia para as redes móveis de quinta geração, 5G, espera-se que seja necessária uma quantidade significativamente maior de ERBs instaladas para que a tecnologia funcione de acordo com os requisitos mínimos estabelecidos, o que demandará procedimentos de licenciamento mais céleres e simplificados, podendo o Brasil ficar defasado tecnologicamente caso ainda imponha tais barreiras incompatíveis com as necessidades de expansão de infraestrutura”.

Assim, fica bastante claro que a discussão travada nesta ADI possui reflexos imediatos sobre a viabilidade da expansão das redes de acesso à internet de alta velocidade, fator esse determinante para o desenvolvimento econômico nacional nos próximos anos.

2. Alegações de inconstitucionalidade formal

De início, sob a ótica da inconstitucionalidade formal, a autora da ADI impugna o art. 12 da Lei 13.116/2015, arguindo a “*incompatibilidade constitucional formal do dispositivo seja enquanto norma decorrente da competência federal para dispor sobre telecomunicações, seja enquanto pretensa norma geral editada pela União em matéria urbanística*”. Além disso, a PGR afirma que o preceito viola a competência legislativa suplementar dos Estados para dispor sobre normas específicas em licitações e contratos administrativos.

2.1. Competência legislativa privativa da União sobre telecomunicações

A primeira questão, portanto, consiste em saber se o regramento do direito de passagem previsto na legislação federal desbordou da competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações (art. 22, inciso IV) e se houve vulneração à competência legislativa concorrente da União, Estados e Distrito Federal para dispor sobre direito urbanístico (art. 24, inciso I). Transcrevem-se abaixo os dispositivos:

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
(...) IV - águas, energia, informática, **telecomunicações** e radiodifusão;

(...)

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e **urbanístico;**”

Não raras vezes, surgem dúvidas sobre os limites da competência legislativa dos entes federados, tendo em vista os critérios utilizados pelo próprio constituinte na sua definição e a aparente vinculação de uma determinada matéria a mais de um tipo de competência.

ADI 6482 / DF

Para aferir em que catálogo de competências recai uma questão específica e, portanto, determinar quem possui prerrogativa para legislar sobre o assunto, deve ser feita uma subsunção da lei em relação aos artigos constitucionais que estabelecem os limites legiferantes de cada ente federado, ou seja, os artigos 22, 23 e 24 da Constituição Federal. Essa verificação é feita a partir de critérios interpretativos.

Nos termos lecionados por **CHRISTOPH DEGENHART**, o texto constitucional, ao incluir determinada matéria no catálogo de competências, pode elencar questões genéricas do cotidiano, como floresta, caça, pesca, fauna, conservação da natureza (art. 24, VI, da Constituição Federal) ou referir-se a campos específicos do Direito, como direito civil, direito penal ou direito marítimo (art. 22, I, da Constituição Federal). (DEGENHART, Christoph, *Staatsrecht*, I, Heidelberg, 22^a edição, 2006, p. 56-60).

Ao se constatar uma aparente incidência de determinado assunto em mais de um tipo de competência, deve-se realizar interpretação que leve em consideração duas premissas: a intensidade da relação da situação fática normatizada com a estrutura básica descrita no tipo da competência em análise e, além disso, o fim primário a que se destina a norma, que possui direta relação com o princípio da predominância de interesses. (DEGENHART, Christoph. *Staatsrecht*, I, Heidelberg, 22^a edição, 2006, p. 56-60).

No caso em tela, a aferição das situações fáticas normativas e do fim primário a que se destina a norma impugnada perpassa invariavelmente a interpretação constitucional do alcance da expressão “telecomunicações”, prevista no art. 22, inciso IV, da CF/88, bem como a compreensão histórica dos conflitos federativos que envolvem a disciplina da instalação, licenciamento e compartilhamento de infraestrutura de telecomunicações.

No caso do setor de telecomunicações, a atribuição da titularidade pela prestação dos serviços públicos à União (art. 21, inciso XI, da CF) tem como contrapartida o reconhecimento de uma *federalização* ampla das relações jurídicas que permeiam a prestação desses serviços. Do próprio

ADI 6482 / DF

conceito legal, extrai-se que *“telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”* (art. 60, § 1º, da Lei 9.472/1997).

Não há grandes dificuldades em se compreender que a disciplina jurídica de toda e qualquer forma de transmissão de sinais voltada à prestação de um serviço de telecomunicações revolveria matéria afeta à competência legislativa da União, tal qual o direito de passagem e uso para a instalação de infraestrutura de rede.

Especificamente em relação à disciplina de implantação de antenas e redes de acesso de telecomunicações, é importante contextualizar o conflito federativo em uma perspectiva histórica.

Há pelo menos vinte anos, multiplicam-se, no Poder Judiciário, ações que questionam os limites da competência dos municípios para definir condicionamentos à implantação das referidas redes. No início da década de 2000, esses conflitos decorreram principalmente da ausência de uma legislação nacional que regulamentasse a instalação de ERB de expansão do serviço de telefonia celular, conhecido tecnicamente como Serviço Móvel Pessoal (SMP).

O primeiro ato normativo que trouxe uma disciplina nacional para a matéria foi a Resolução 303/2002 da Anatel, a qual estabelecia métodos de avaliação e procedimentos a serem observados quando do licenciamento de estações de radiocomunicação no território nacional, fixando limites para a exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos com base nas determinações da Organização Mundial de Saúde (OMS).

A despeito da edição dessa resolução, diversos municípios e estados editavam legislações próprias, fosse para impor limites à instalação das antenas, fosse para cobrar das concessionárias de telecomunicações pela passagem da infraestrutura em bens públicos locais.

Em estudo sobre a judicialização das antenas de telefonia celular no Brasil, na década passada, o professor **ALEXANDRE VERONESE** explica que um dos temas mais comuns nos conflitos judiciais era formado por

ADI 6482 / DF

“litígios relacionados à tentativa de instituir a cobrança de remuneração pelo uso do espaço urbano contra as concessionárias de serviços públicos. Os municípios – em busca de receita – aprovavam leis ou decretos municipais de modo a que possam ser remunerados pela instalação de cabos, dutos ou antenas nos espaços públicos” (VERONESE, Alexandre. Antenas de telefonia celular no Brasil contemporâneo: uma avaliação das disputas judiciais entre entidades estatais. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, v. 5, n. 1, p. 29–64, 2013, p. 24).

Ainda no referido estudo, o professor observa que, embora muitas das ações judiciais não fossem conhecidas pelos Tribunais Superiores por óbices formais, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferiu importantes decisões sobre a temática. Dentre elas, destaca-se, como *leading case*, o Recurso Especial 881.937/RS, de relatoria do eminente Ministro Luiz Fux.

Nesse julgado, a Primeira Turma do STJ decidiu que lei municipal não poderia instituir cobrança de taxa pelo uso de vias públicas inclusive solo, subsolo e espaço aéreo, para a instalação de equipamentos que permitam a prestação dos serviços de telecomunicações.

Transcreve-se a ementa do acórdão de notável relevância histórica para a presente discussão:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. EXPLORAÇÃO DO SERVIÇO TELEFÔNICO. PREÇO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA. INSTITUIÇÃO POR DECRETO MUNICIPAL. AUSÊNCIA DE PODER DE POLÍCIA OU SERVIÇO PÚBLICO. PREÇO PÚBLICO. USO DE BEM PÚBLICO. CONCESSÃO. INEXISTÊNCIA DE SERVIÇO COMERCIAL OU INDUSTRIAL. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. A intitulada ‘taxa’, cobrada pelo uso de vias públicas, inclusive, solo, subsolo e espaço aéreo, para a instalação de equipamentos que permitem a prestação dos serviços de telecomunicações, não pode ser considerada como de natureza tributária porque não há serviço algum do Município, nem o exercício do poder de polícia, além do fato de que somente se justificaria a cobrança como ‘preço’ se se tratasse de

remuneração por um serviço público de natureza comercial ou industrial, o que não ocorre na espécie. Precedentes da Corte: REsp 802.428/SP, DJ 25.05.2006; REsp 694.684/RS, DJ 13.03.2006; RMS 12.258/SE, DJ 05.08.2002; RMS 11.910/SE, DJ 03.06.2002; RMS 12081/SE, DJ 10.09.2001.

2. Mandado de segurança preventivo, com pedido de liminar, impetrado por concessionária de serviço público de telefonia fixa, contra ato de Secretário da Fazenda Municipal, consubstanciado na cobrança de retribuição pecuniária mensal, instituída pela Lei Municipal nº 1964/01, editada em 31.12.2001, pelo uso de vias públicas, inclusive, solo, subsolo e espaço aéreo, para a instalação de equipamentos que permitam o cumprimento da prestação dos serviços de telecomunicações.

3. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

4. Recurso especial provido". (REsp 881.937/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25.3.2008, REPDJe 24.11.2008, DJe 14.4.2008).

Ainda em resposta a esses conflitos judiciais, em 2009, o legislador ordinário editou a Lei federal 11.934, a qual praticamente repetia as condicionantes previstas na regulamentação da Anatel, afirmando a competência da Agência para *“implementar, manter, operar e tornar público sistema de monitoramento de campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos de radiofrequências para acompanhamento, em tempo real, dos níveis de exposição no território nacional”* (art. 12, inciso II).

Considerando que a Lei de 2009 repisava os mesmos condicionamentos quanto aos riscos de exposição humana à radiação não ionizante definidos pela OMS outrora replicados na regulamentação da Anatel, imaginou-se que o conflito federativo cessaria.

Essa expectativa foi corroborada por decisão deste Tribunal no

ADI 6482 / DF

juízo de mérito de Recurso Extraordinário, com repercussão geral, 627.189, de relatoria do Min. Dias Toffoli. Na oportunidade, a Corte reconheceu que as disposições da Lei federal 11.934/2009 estariam em harmonia com o melhor conhecimento científico sobre o tema. Transcreve-se a ementa do acórdão:

“Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Direito Constitucional e Ambiental. Acórdão do tribunal de origem que, além de impor normativa alienígena, desprezou norma técnica mundialmente aceita. Conteúdo jurídico do princípio da precaução. Ausência, por ora, de fundamentos fáticos ou jurídicos a obrigar as concessionárias de energia elétrica a reduzir o campo eletromagnético das linhas de transmissão de energia elétrica abaixo do patamar legal. Presunção de constitucionalidade não elidida. Recurso provido. Ações civis públicas julgadas improcedentes.

1. O assunto corresponde ao Tema nº 479 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na internet e trata, à luz dos arts. 5º, caput e inciso II, e 225, da Constituição Federal, da possibilidade, ou não, de se impor a concessionária de serviço público de distribuição de energia elétrica, por observância ao princípio da precaução, a obrigação de reduzir o campo eletromagnético de suas linhas de transmissão, de acordo com padrões internacionais de segurança, em face de eventuais efeitos nocivos à saúde da população.

2. O princípio da precaução é um critério de gestão de risco a ser aplicado sempre que existirem incertezas científicas sobre a possibilidade de um produto, evento ou serviço desequilibrar o meio ambiente ou atingir a saúde dos cidadãos, o que exige que o estado analise os riscos, avalie os custos das medidas de prevenção e, ao final, execute as ações necessárias, as quais serão decorrentes de decisões universais, não discriminatórias, motivadas, coerentes e proporcionais.

3. Não há vedação para o controle jurisdicional das políticas públicas sobre a aplicação do princípio da precaução, desde que a decisão judicial não se afaste da análise formal dos

limites desses parâmetros e que privilegie a opção democrática das escolhas discricionárias feitas pelo legislador e pela Administração Pública.

4. Por ora, não existem fundamentos fáticos ou jurídicos a obrigar as concessionárias de energia elétrica a reduzir o campo eletromagnético das linhas de transmissão de energia elétrica abaixo do patamar legal fixado.

5. Por força da repercussão geral, é fixada a seguinte tese: **no atual estágio do conhecimento científico, que indica ser incerta a existência de efeitos nocivos da exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por sistemas de energia elétrica, não existem impedimentos, por ora, a que sejam adotados os parâmetros propostos pela Organização Mundial de Saúde, conforme estabelece a Lei nº 11.934/2009.**

6. Recurso extraordinário provido para o fim de julgar improcedentes ambas as ações civis públicas, sem a fixação de verbas de sucumbência". (RE 627.189, Relator DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 8.6.2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-066 DIVULG 31.3.2017 PUBLIC 3.4.2017).

Mesmo a edição da lei nacional, porém, não conteve o ânimo dos legisladores municipais – que fixavam restrições e condicionantes para instalação das antenas além daquelas descritas na lei federal – e de instituições como o Ministério Público, que impugnava judicialmente o licenciamento de ERBs em âmbito local.

Quanto às condicionantes previstas nas legislações estaduais, como bem destacado por SÉRGIO FERRARI e LEONARDO FANJGOLD, diante da impossibilidade de os municípios medirem de forma técnica as emissões de radiação das antenas, as legislações municipais passaram a estabelecer restrições indiretas à sua instalação baseadas em critérios genéricos tais como: *“(i) distâncias mínimas de instalação das ERBs em relação a determinados estabelecimentos, geralmente escolas e hospitais (mas, por vezes, o ‘critério’ é utilizado para outras inusitadas opções legislativas, como clubes ou*

ADI 6482 / DF

shopping centers); (ii) *distâncias mínimas entre a base da antena e as divisas do terreno e ainda* (iii) *a simples proibição de instalação de ERBs em área residencial*” (FERRARI, Sérgio; FAJNGOLD, Leonardo. Leis locais e antenas de telefonia celular (ERB): um caso de conflito federativo. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, v. 13, n. 48, p. 161–186, 2015, p. 175–176).

Como destacado ainda por Sérgio Ferrari, essas limitações indiretas *“atendiam a parte do anseio popular, diante de lendas, crendices e suposições de que o fato de estar próximo a uma antena de celular poderia causar doenças como câncer e até teratogenia. A resposta do Legislativo local era rápida, barata (pois não demandava uma fiscalização direta da radiação emitida) e errada: quando há menos antenas, é necessário aumentar sua potência - e a emissão de radiação - e quando há mais antenas, estas podem ser menos potentes. Limitar a localização e a quantidade de antenas, por si só, não protege em nada a população”* (FERRARI, Sérgio. Spin-off ou nova temporada? Comentários sobre as antenas de celular e a decisão do STF na ADI 3.110. Publicado no *site Migalhas*.

Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/328821/spin-off-ou-nova-temporada--comentarios-sobre-as-antenas-de-celular-e-a-decisao-do-stf-na-adi-3110>).

Desnecessário afirmar que a pulverização descoordenada de condicionamentos jurídicos à instalação da infraestrutura de telecomunicações incrementou de forma significativa o custo regulatório. Este problema é especialmente crítico para um setor em que a interconexão e o compartilhamento de infraestrutura de rede são essenciais para garantir a universalização do acesso.

Em mais um capítulo na tentativa de solucionar os embates federativos, em 2015, o Congresso Nacional editou a Lei 13.116 – objeto específico de impugnação nesta ADI. Não há dúvidas de que o propósito do legislador foi resolver de uma vez por todas as assimetrias regulatórias nacionais.

O art. 2º, incisos I e III, do diploma estabeleceu como seus objetivos (i) a uniformização, simplificação e celeridade de procedimentos e critérios para a outorga de licenças pelos órgãos competentes; e (ii) a

ADI 6482 / DF

ampliação da capacidade instalada de redes de telecomunicações, tendo em vista a atualização tecnológica e a melhoria da cobertura e da qualidade dos serviços prestados.

A edição desta lei ressignificou profundamente o espaço de conformação dos legisladores municipais para editar normas que versassem sobre a implantação e compartilhamento da infraestrutura de telecomunicações. Não é sem razão que em decisão recente, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.110, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, declarou inconstitucional lei do Estado de São Paulo que divergia dos condicionamentos fixados na Lei 13.116, de 2015, no tocante às restrições para instalação de antenas na área urbana.

No julgamento, o STF reconheceu com absoluta clareza que a edição da Lei Geral das Antenas não só se insere no âmbito da competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações, mas também materializa uma decisão evidente de afastar a possibilidade de os Estados e Municípios legislarem sobre a matéria.

Como bem destacado no voto-relator do Min. Edson Fachin: *“ao estabelecer condições para a instalação de antenas transmissoras de telefonia celular no Estado de São Paulo, a Lei Estadual n. 10.995/2001, a pretexto de proteger a saúde da população, adentrou na esfera de competência privativa da União. Dessa forma, a presunção de que gozam os entes menores para, nos assuntos de interesse comum e concorrente, legislarem sobre seus respectivos interesses (presumption against preemption) foi nitidamente afastada por norma federal expressa (clear statement rule)”*. Transcreve-se a ementa do acórdão:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL 10.995/2001 DE SÃO PAULO. INSTALAÇÃO DE ANTENAS TRANSMISSORAS DE TELEFONIA CELULAR. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE TELECOMUNICAÇÕES. NORMA ESTADUAL EDITADA NO ÂMBITO DA COMPETÊNCIA ESTADUAL DE PROTEÇÃO À SAÚDE. LEI FEDERAL QUE CLARAMENTE REGULAMENTA A MATÉRIA. INCONSTITUCIONALIDADE. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO DIRETA.

ADI 6482 / DF

1. Nos casos em que a dúvida sobre a competência legislativa recai sobre norma que abrange mais de um tema, deve o intérprete acolher interpretação que não tolha a competência que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria (*presumption against preemption*).

2. Porque o federalismo é um instrumento de descentralização política que visa realizar direitos fundamentais, se a lei federal ou estadual claramente indicar, de forma necessária, adequada e razoável, que os efeitos de sua aplicação excluem o poder de complementação que detêm os entes menores (*clear statement rule*), é possível afastar a presunção de que, no âmbito regional, determinado tema deve ser disciplinado pelo ente maior.

3. A União, no exercício de suas competências (art. 21, XI e art. 22, IV CRFB), editou a Lei 9.472/1997, que, de forma nítida, atribui à Anatel a definição de limites para a tolerância da radiação emitida por antenas transmissoras.

4. A União, por meio da Lei 11.934, fixou limites proporcionalmente adequados à exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos. Precedente.

5. Dessa forma, a presunção de que gozam os entes menores para, nos assuntos de interesse comum e concorrente, legislarem sobre seus respectivos interesses (*presumption against preemption*) foi nitidamente afastada por norma federal expressa (*clear statement rule*).

6. É inconstitucional a Lei n. 10.995/2001 do Estado de São Paulo, pois, a pretexto de proteger a saúde da população, disciplinando a instalação de antenas transmissoras de telefonia celular, adentrou na esfera de competência privativa da União.

7. Ação direta julgada procedente". (ADI 3.110, Relator EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 4.5.2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-143 DIVULG 9.6.2020 PUBLIC 10.6.2020).

Cabe destacar que, após o julgamento da referida ADI, o entendimento de que leis municipais deveriam respeitar os limites estabelecidos na Lei Geral de Antenas foi corroborado tanto pelas duas

ADI 6482 / DF

turmas do STF quanto novamente pelo Plenário.

Destaca-se, por exemplo, o julgamento recente do ARE 929738 AgR, de relatoria do eminente ministro Luiz Fux, em que o voto-relator assentou que *“as competências municipais para legislar sobre assuntos de interesse local; promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; e promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local não autorizam que os municípios disponham sobre matérias que a própria Constituição Federal reserva as competências legislativa e material da União, como é o caso dos serviços de telecomunicações.”*. Transcreve-se a ementa do acórdão:

Ementa: AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DEMOLITÓRIA. INSTALAÇÃO DE ANTENA DE TELEFONIA MÓVEL. LEI 10.995/2001 DO ESTADO DE SÃO PAULO. LEI 224/2002 DO MUNICÍPIO DE ESTÂNCIA TURÍSTICA DE ITU. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO. ARTIGOS 21, INCISO XI, E 22, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.902 E 3.110. A PROMOÇÃO DO ADEQUADO ORDENAMENTO TERRITORIAL, MEDIANTE PLANEJAMENTO E CONTROLE DO USO, DO PARCELAMENTO E DA OCUPAÇÃO DO SOLO URBANO E A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO-CULTURAL LOCAL, NÃO AUTORIZAM OS MUNICÍPIOS A DISPOR SOBRE MATÉRIAS QUE A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL RESERVA ÀS COMPETÊNCIAS LEGISLATIVA E MATERIAL DA UNIÃO. AGRAVO INTERNO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. ARTIGO 85, § 11, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. (ARE 929738 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 24/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-221 DIVULG 03-09-2020 PUBLIC 04-09-2020).

ADI 6482 / DF

Entendimento equivalente foi adotado pela Segunda Turma do STF no julgamento do RE 1.095.733, de minha relatoria, assim ementado:

Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Direito Constitucional. **3. Competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações. Art. 22, inciso IV, da Constituição Federal. 4. Lei municipal que regulamentou a instalação de antenas transmissoras.** 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Negado provimento ao agravo regimental, sem majoração da verba honorária. (RE 1095733 AgR-quarto, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 21/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-007 DIVULG 15-01-2021 PUBLIC 18-01-2021)

Também merece destaque o recentíssimo julgamento da ADPF 731, em que o Plenário, por 10 votos a 1, declarou a inconstitucionalidade do inc. VIII e do § 1º do art. 23 da Lei n. 6.060/2017 do Município de Americana/SP, que proibia a instalação de sistemas transmissões ou receptores a menos de cinquenta metros de residências.

Ao reconhecer que a lei municipal não poderia ter desbordado dos condicionamentos previstos na Lei Geral das Antenas, o voto-relator da eminente Ministra Carmen Lúcia esclareceu que *“a disciplina das telecomunicações com os seus aspectos técnicos e reflexos sobre a saúde humana e o meio ambiente é matéria outorgada ao desempenho normativo da União, nos termos do inc. XI do art. 21 e do inc. IV do art. 22 da Constituição da República. Não se trata de matéria de interesse predominantemente local ou concernente aos lindes do planejamento urbano”*. Transcreve-se a ementa do acórdão publicado em 10.02.2021:

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. INC. VIII E § 1º DO ART. 23 DA LEI N. 6.060/2017 DO MUNICÍPIO DE AMERICANA/SP. **PROIBIÇÃO DE INSTALAÇÃO DE SISTEMAS TRANSMISSORES OU RECEPTORES A MENOS DE**

**CINQUENTA METROS DE RESIDÊNCIAS. AFRONTA À
COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR
SOBRE TELECOMUNICAÇÕES.** PRECEDENTES DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARGUIÇÃO JULGADA
PROCEDENTE. (ADPF 731, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA,
Tribunal Pleno, julgado em 21/12/2020, PROCESSO
ELETRÔNICO DJe-025 DIVULG 09-02-2021 PUBLIC 10-02-
2021)

É nesse contexto de reconhecimento da validade de uma regra nacional uniformizadora que o art. 12 da lei impugnada dispôs a respeito da não onerosidade do direito de passagem em vias públicas, em faixas de domínio e em outros bens públicos de uso comum do povo para a implantação e compartilhamento da infraestrutura de telecomunicações. Transcreve-se mais uma vez o dispositivo impugnado:

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

§ 1º O disposto no *caput* não abrange os custos necessários à instalação, à operação, à manutenção e à remoção da infraestrutura e dos equipamentos, que deverão ser arcados pela entidade interessada, e não afeta obrigações indenizatórias decorrentes de eventual dano efetivo ou de restrição de uso significativa.

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

A disciplina do direito de passagem na Lei Geral das Antenas divisou necessária uniformização nacional desta matéria. A instrução

realizada na presente ADI permite-nos entender com clareza que, mesmo após a edição da Lei federal de 2015, **a atuação descoordenada dos entes subnacionais tem gerado graves problemas de segurança jurídica que, ao fim e ao cabo, minam os incentivos de investimento em infraestrutura de telecomunicações no país.**

Sobre esse ponto, destaca-se a manifestação exarada pelo Departamento de Banda Larga do Ministério das Comunicações, na qual se esclarece que, atualmente, *“salvo no caso do Estado do Espírito Santo, não há legislação em qualquer outro estado que esteja adequada ao art. 12 da Lei Geral das Antenas. Os departamentos de estrada e rodagem estaduais cobram, por exemplo, pelo uso da faixa de domínio das rodovias estaduais, salvo quando há medidas jurídicas pontuais em favor de uma ou de outra empresa de telecomunicações. As leis estaduais são criativas ao criarem taxas de análise e taxas de fiscalização para sustentarem cobranças anuais pelo uso da faixa de domínio”* (eDOC).

Salienta-se que, mesmo no âmbito federal, o Departamento Nacional de Infraestrutura e Transportes (DNIT), após a edição da Lei de 2015, adotou postura contrária ao posicionamento da Advocacia-Geral da União (AGU) e editou a Súmula 1/2018, fixando que *“a desoneração prevista no art. 12 da Lei 13.116/2015 em decorrência do uso da faixa de domínio pelo setor de telecomunicações atinge exclusivamente a zona urbana”*. Tal entendimento só restou superado no final do ano passado, com a edição da Resolução 9 do DNIT, que finalmente incorporou a disposição do art. 12 da Lei Geral das Antenas.

Esses entendimentos são frontalmente contrários à extensão da competência legislativa da União sobre telecomunicações. A compreensão de que existe claro descompasso com o espírito constitucional de consagração da competência legislativa da União sobre a matéria se torna ainda mais evidente quando se examinam situações concretas de conflitos federativos relativos ao direito de passagem.

Ainda da manifestação técnica do Departamento de Banda Larga do Ministério das Comunicações colhe-se exemplo prático muito interessante. No Estado do Paraná, considerando as disposições da lei

ADI 6482 / DF

estadual que estabelece o valor da taxa de fiscalização cobrada pelos detentores de redes de telecomunicações, o custo anual por quilômetro de rede de telecomunicações instalada nas margens das rodovias do estado seria da ordem de R\$ 11.679,40 por quilômetro.

Em termos práticos, se uma empresa de telecomunicações decidisse levar uma rede de fibra óptica do município de Cascavel (PR) para o distrito de Juvinópolis, por exemplo, a cobrança feita pelo Estado somente pelo uso das faixas de domínio seria 50% superior ao faturamento potencial com a prestação dos serviços, já que se trata de município com estimativa de 500 domicílios. Ou seja, apenas o custo de pagar pelo uso da faixa de domínio já seria 50% maior do que a renda esperada pelas empresas, o que torna proibitiva a ampliação da rede neste e em muitos outros pequenos municípios.

Por esses motivos, resta evidente que, sobretudo em um setor econômico como o de telecomunicações, em que a interconexão e a interoperabilidade das redes afiguram-se essenciais, é ínsita à própria atuação regulatória que o legislador federal e a agência reguladora fixem normas jurídicas que se voltem a uma prestação universalizada dos serviços em âmbito nacional.

Esse mesmo raciocínio pode ser depreendido de decisão recente do Ministro Luís Roberto Barroso em que Sua Excelência firmou o impedimento de contraprestações pelo direito de passagem a que se refere o art. 12 da Lei 13.116/2015, inclusive. Como destacado pelo eminente Ministro: *“as faixas de domínio público de vias públicas constituem bem público, inserido na categoria dos bens de uso comum do povo e que sujeitam-se aos efeitos da restrição decorrente da instalação, no solo, de equipamentos necessários à prestação de serviço público”* (ARE 1.238.187/RS, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 25.11.2019, DJe 27.11.2019).

Assim, por todo o exposto, não parece haver dúvidas de que a edição do art. 12 da Lei 13.116/2015 se insere no âmbito da competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações (art. 22, inciso IV, CF).

2.2. Competência legislativa privativa da União para editar normas gerais de licitação e contratação administrativa

Demonstrado que a matéria regulamentada na lei federal se reveste de um inequívoco interesse público geral, seria ainda possível argumentar, como feito pela PGR, que o art. 12 da Lei 13.116, de 2015, violaria a competência suplementar dos Estados para dispor sobre normas específicas em licitações e contratos administrativos. Nesse ponto, argumenta a PGR que *“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 (art. 22, inciso XXVII, c/c art. 24, § 2º, CF)”*.

Entender se o preceito impugnado extravasou, ou não, a dimensão *geral* do jogo de competências legislativas em matéria de contratos administrativos requer que examinemos se o exercício do Poder Concedente pelos Estados e Municípios nas suas contratações foi de alguma maneira restringido pela norma e se essa restrição é, afinal, adequada, necessária e proporcional.

Sobre esse ponto, a previsão normativa da gratuidade do direito de passagem visou claramente ao estabelecimento de uma regra geral para a matéria, que se insere na competência legislativa privativa da União prevista no art. 22, inciso XXVII, da CF:

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...] XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”.

ADI 6482 / DF

A interpretação sistemática da Lei 13.116, de 2015, sobretudo naquilo que complementada pelo seu regulamento, revela, na realidade, extremo zelo do legislador de, ao mesmo tempo, uniformizar a gratuidade do direito de passagem e respeitar o exercício das competências administrativas dos poderes concedentes locais.

Veja-se, por exemplo, que o *caput* o art. 12 tem sua aplicação restrita aos contratos que serão licitados após a edição da norma. Além disso, nos termos do § 1º, a lei prevê que são os próprios órgãos reguladores sob cuja competência estiver a área a ser ocupada ou atravessada que serão os responsáveis pela autorização do direito de passagem.

De forma ainda mais clara, o art. 11 do Decreto 10.480/2020 dispõe que a gratuidade do direito de passagem, além de não retirar a competência dos órgãos reguladores locais para expedição das licenças, também não impede que esses órgãos cobrem taxas pela análise das propostas técnicas de instalação de infraestrutura de redes de telecomunicações.

O decreto estabelece que os órgãos reguladores locais podem indeferir as licenças de instalação e podem ainda cassar as licenças em casos de descumprimento das condições estipuladas no requerimento ou na legislação. Em todas essas passagens, o regulamento procura compatibilizar a norma geral de direito de passagem com o exercício das competências administrativas dos poderes concedentes locais.

Ademais, a título de reforço argumentativo, é importante salientar que, nas ações judiciais em que se controverte a possibilidade de cobrança de direito de passagem nas vias públicas, as concessionárias de rodovias locais comumente invocam como fundamento legal dessa cobrança a previsão contida no art. 11 da Lei 8.987/1995.

Referido dispositivo dispõe que *“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”*.

ADI 6482 / DF

Ou seja, se o fundamento jurídico para a cobrança do direito de passagem é uma norma federal – que se presume constitucional ao estabelecer normais gerais do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos – com ainda maior razão parece que o legislador federal pode conferir disciplina diversa à matéria, também por meio de lei ordinária.

Assim, por todos esses motivos, rejeitam-se as alegações de inconstitucionalidade formal.

3. Alegações de inconstitucionalidade material

Sob a ótica de inconstitucionalidade material, a PGR sustenta que a norma impugnada teria frustrado (i) os princípios constitucionais da eficiência, da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, CF/88), bem como da razoabilidade e da proporcionalidade e ainda (ii) teria violado a prerrogativa de disposição imanente ao direito constitucional de propriedade dos demais entes federados (5º, *caput* e inciso XXII). Conforme será examinado a seguir, essas alegações não comportam provimento.

3.1. Respeito aos princípios constitucionais da eficiência, da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, CF/88)

Para fundamentar a presença de inconstitucionalidade material, a PGR parte da premissa que o dispositivo impugnado teve por efeito *“alijar os Estados, os Municípios e o Distrito Federal de fonte de remuneração dos serviços públicos estaduais, distritais e municipais prestados em áreas públicas pelas quais o direito de passagem das infraestruturas de telecomunicações seja requerido”* (eDOC 1, fl. 33).

De posse dessa premissa, advogou que o dispositivo em referência incorreu em violação aos princípios (i) da moralidade e da impessoalidade (ii) da eficiência e, por fim, (iii) aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

As alegações não procedem. A inicial sugere que a gratuidade do direito de passagem de infraestrutura de telecomunicações, enunciada pelo art. 12 da Lei 13.116/2015, seria informada pela nota da **imoralidade**.

A alegação, com as vênias de estilo, não procede. Mesmo que se empreenda leitura alargada do princípio da moralidade administrativa, mostra-se imprecisa a imagem de que a lei em causa beneficia terceiros que desempenham atividades lucrativas, por delegação da União, em prejuízo dos delegatários de serviços públicos estaduais e municipais, operando verdadeira expropriação de receita destes e correspondente transferência desse ativo para aqueles.

Fundamental recobrar que o trecho final do art. 12 ressalva de sua incidência a cobrança realizada por delegatário do poder público **“cujos contratos decorram de licitações anteriores à data de promulgação desta Lei”**.

Ao renunciar a qualquer pretensão de retroatividade (ainda que mínima), a norma extraída do art. 12 **prestigia, portanto, a garantia constitucional do direito adquirido e do ato jurídico perfeito** (art. 5º, XXXVI, CF/88). Igualmente, observa o dever de impessoalidade e tece homenagem ao princípio da moralidade. Afinal, consoante preclara lição da eminente Ministra Cármen Lúcia: *“A moralidade administrativa desempenha, então, um papel preponderante e diretivo na garantia dos direitos subjetivos dos administrativos no exercício do poder manifestado pela função administrativo”* (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro. In: **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 209. Rio de Janeiro: FGV, julho-setembro de 1997, p. 197).

Tampouco o dispositivo normativo impugnado lesa o princípio da eficiência. A Lei 13.116/2015 traduz solução racionalizadora, apresentada em face de problema que desafiava a federação: a pulverização descoordenada de condicionamentos jurídicos à instalação da infraestrutura de telecomunicações cujo efeito econômico mais pronunciado foi o de incrementar o custo regulatório.

Por fim, também não promove, o dispositivo impugnado, qualquer

ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. O dispositivo é razoável, por consubstanciar ato estatal que não desborda do quanto necessário para atingir o objetivo público a que se propõe (CASSESE, Sabino. Istituzioni di Diritto Amministrativo. 5ª Ed. Milão: Giuffrè, 2015, p. 19).

3.2. Restrição ao direito de propriedade dos Estados voltada à garantia da prestação de serviço público federal

A autora defende que a norma impugnada usurpou o direito fundamental de propriedade dos Estados, uma vez que o art. 12 da Lei 13.116/2015 *“extinguiu a possibilidade jurídica de disposição do titular sobre o direito de índole patrimonial, isto é, o aproveitamento privado de um direito de valor patrimonial, capaz de ser expresso em moeda, constituir-se enquanto fonte de receita pública, pertencente ao patrimônio do proprietário”*.

Inicialmente, cumpre advertir que é controversa na doutrina a possibilidade de se invocar a proteção do direito fundamental à propriedade sobre bens públicos. Isso porque, por definição, a teoria dos direitos fundamentais identifica posições jurídicas que operam a favor do indivíduo e contra o Estado.

Em tradições jurídicas como a francesa, por exemplo, entende-se que a propriedade é regime exclusivo das relações privadas, sendo, portanto, incompatível com a ideia de generalidade do bem público, cuja titularidade pertenceria ao Estado de forma somente mediata, e à coletividade de forma imediata. (PROUDHON, M. **Traité du Domaine Public ou de la Distinction des Biens**. Tome Troisième. Paris: Bibliolife. Original de 1834).

Entre nós, no entanto, a doutrina administrativista ecoada por vezes como JOSÉ CRETTELLA JUNIOR (CRETTELLA JUNIOR, José. **Tratado do Domínio Público**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 42) chancela a possibilidade de se apreender o regime jurídico de bens públicos como uma relação de propriedade, ainda que pautada em um regime jurídico especial, que se diferencia da propriedade privada pura e apresenta

ADI 6482 / DF

características administrativas próprias.

Essa incorporação seletiva da teoria privada dos direitos reais, no entanto, torna dificultosa a definição do regime jurídico dos bens públicos. Aqui, há uma evidente dificuldade metodológica de estruturação de uma ciência jurídica do regime do direito de propriedade que integra os fundamentos do Direito do Estado.

Uma das grandes dificuldades, sem dúvida, consiste em conciliar a noção de afetação ou vinculação ao interesse público com os cânones tradicionais do direito à propriedade que, por essência, marcam cláusulas de livre disposição dos bens e não intervenção estatal.

A esse respeito, é de peculiar valor a crítica de **OTTO MAYER** no direito alemão ao diagnosticar que a principal vulnerabilidade da teoria dos bens públicos tal qual desenvolvida é que ela sempre enxerga o uso ou a afetação a uma utilidade pública como uma forma de restrição à propriedade em si, o que se mostra como um contrassenso já que é da própria finalidade da propriedade pública servir ao interesse coletivo. Destacam-se as palavras do autor:

“De que adianta os nossos romanistas dizerem: essa propriedade deve ser julgada de acordo com o direito público se não se sabem dizer, com precisão e exatidão, no campo do direito público, o que significa propriedade? A Ciência do Direito sólida prefere permanecer no terreno seguro e familiar e ajudar a si mesma com o reconhecimento de que algo especial, incomum, se projeta aqui, mesmo não podendo explicar nada mais. É assim que surge a fórmula frequentemente usada: a propriedade estatal de coisas públicas é uma simples propriedade privada, apenas limitada pelo uso público. A indiferença e inadequação deste meio de informação são óbvias. Afinal, a própria justificativa do uso comum não é uma disposição do proprietário por meio da qual ele usa sua propriedade exatamente para seus próprios fins? Como você pode dizer que isso é uma restrição à propriedade! E então: um uso comum não ocorre em muitas coisas públicas ou apenas de uma forma muito fraca. O que então caracteriza a

propriedade?" (tradução livre) (MAYER, Otto. **Deutsches Verwaltungsrecht**. Bd. 2. Leipzig, 1896, p. 69-70).

No direito brasileiro, essas dificuldades conceituais se irradiam para a prática administrativa, seja para acomodar os conflitos que surgem da interferência entre regimes jurídicos dos bens de titularidade de diferentes entes federativos, seja para acomodar os desafios que decorrem de conciliar o uso de bens públicos ou privados com a prestação de serviços públicos federais (energia, telecomunicações) e estaduais (gás canalizado), por exemplo – que demandam instalação de infraestruturas em bens de outros entes federativos.

No caso em tela, o art. 12 institui **verdadeiro ônus real** sobre vias públicas, faixas de domínio e outros bens públicos de uso comum do povo, independentemente da titularidade do bem pelo ente público.

Não se olvida, nesse aspecto, que a norma imponha uma restrição ao direito de propriedade de bens que ostentam a feição de propriedade pública, ainda que provisoriamente ocupados por empresas privadas que titularizam a exploração de serviços públicos estaduais, como a exploração de rodovias.

Essa restrição assume relevância na medida em que a instituição de preços públicos em razão do uso de faixas de domínio de rodovias administradas pelo ente público ou por seus delegatários constitui relevante fonte de receita para a ampliação e aprimoramento da infraestrutura viária e, no caso de rodovias concedidas, pode ter impactos para a promoção de modicidade tarifária.

Do ponto de vista meramente material, todavia, **não é compatível com a ordem constitucional vigente o entendimento de que o direito de propriedade – mesmo que titularizado por ente político – revista-se de garantia absoluta**. Principalmente nos casos de bens públicos de uso comum e, em algumas situações, de bens públicos de uso especial, a possibilidade de a pessoa jurídica de direito público explorar economicamente o bem deve se sujeitar à finalidade pública da afetação.

O conceito constitucional de proteção ao direito de propriedade transcende à concepção privatística estrita, abarcando outros valores não

ADI 6482 / DF

só de índole patrimonial.

Essa orientação permite que se confira proteção constitucional não só à propriedade privada em sentido estrito, mas, fundamentalmente, às demais relações daí advindas, pois o direito de propriedade acaba por ter relação com outros direitos, tais como o direito adquirido, a liberdade de construir, e, no caso em análise, também com a prestação de serviços públicos essenciais à coletividade.

O princípio da continuidade dos serviços públicos nos informa que a sua prestação deve ser regular e sem interrupção. Isso porque, o serviço público tem sua razão de ser na satisfação do interesse público da coletividade, o qual é indisponível.

Nesse sentido, a jurisprudência do STF reconhece, por exemplo, o regime de direito público da impenhorabilidade dos bens afetados à prestação de serviço público, em razão dos princípios da preponderância do interesse público e da continuidade dos serviços, dentre outros. (RE 627.242, Rel. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 25.5.2017, e RE-AgR 852.302, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 29.2.2016, grifo nosso).

A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada, mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.

Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a necessidade de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*).

Assim, convém examinar se, no caso em tela, o ônus real advindo da gratuidade do direito de passagem estabelecido no art. 12 da Lei 13.116/2015 é adequado, necessário e proporcional em sentido estrito,

considerando o direito de propriedade restringido.

3.2.1. Teste de Proporcionalidade da restrição ao direito de propriedade pública

a) Adequação da norma à finalidade almejada

O subprincípio da adequação (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos. A Corte Constitucional examina se o meio é simplesmente inadequado (*schlechthin ungeeignet*), objetivamente inadequado (*objektiv ungeeignet*), manifestamente inadequado ou desnecessário (*offenbar ungeeignet oder unnötig*), fundamentalmente inadequado (*grundsätzlich ungeeignet*), ou se com sua utilização o resultado pretendido pode ser estimulado (*ob mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann*),

No caso em tela, do ponto de vista da **adequação** do meio utilizado, cabe avaliar se se afigura adequada a edição de uma lei federal que uniformize a gratuidade do direito de passagem.

Nesse ponto, as dificuldades históricas de harmonização da disciplina normativa que rege a implantação da infraestrutura de telecomunicações, aliada à extensão da competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações parecem convergir para o juízo de que a edição de uma lei federal sobre o tema é a medida mais adequada para tanto.

À primeira vista, a questão poderia atrair uma interpretação simplista do art. 103 do Código Civil, o qual define que “*o uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem*”. Sob essa ótica, somente o próprio ente público detentor da titularidade do bem poderia dispor sobre a sua retributividade por meio de lei da própria esfera federativa.

No presente caso, porém, essa interpretação da legislação civilista dissociada do espírito constitucional não merece ser acolhida. A presente

discussão, em verdade, extravasa a aplicação literal do Código Civil por envolver hipótese em que **a restrição do uso do bem público decorre da necessidade de prestação de serviço público no interesse da coletividade**. Como bem apontado por Floriano Azevedo Marques Neto, em parecer juntado aos autos,

A principal exceção à regra da onerosidade do uso privativo de bens públicos não demanda muita reflexão. Trata-se da hipótese de a lei ou até mesmo a Constituição determinar a gratuidade do uso tendo em vista a fruição de um serviço público. Sob essa perspectiva, esta não onerosidade pode se dar em função de um serviço público que a lei ou mesmo a própria Constituição impôs que fosse prestado de forma gratuita.

Em outras palavras, **o que é relevante discutir é se o direito de propriedade de um ente subnacional pode ser restringido por norma orientada à prestação de serviço público federal**. Posta nesses termos, a discussão aqui enfrentada dificilmente poderia ser reputada como inédita.

A ocupação do domínio público de um ente federativo para a exploração de serviço público titularizado por outro remonta à disciplina normativa das primeiras legislações federais de concessão de serviços públicos do direito administrativo brasileiro nas décadas de 1930 e 1940. Sobre o tema, colhem-se as lições cristalinas da clássica obra de THEMISTOCLES BANDRÃO CAVALCANTI ao advertir que:

“Aos concessionários de serviços públicos garante necessariamente o Estado **facilidades para ocupação do seu domínio** (...). A ocupação concedida aos que executam serviços públicos tem caráter mais constante e pressupõe a sua utilização para os fins relacionados com o objeto da concessão. Não exclui, entretanto, esta ocupação, a necessária autorização, quando não esteja expressa na concessão, ou quando depende de outra pessoa pública a quem cabe o domínio do imóvel.

Em nossa legislação temos diversas disposições

reconhecendo expressamente este princípio. A última lei sobre terrenos de marinha reconhece aos concessionários de serviços portuários e de transporte preferência para o aforamento quanto aos terrenos julgados necessários a esses serviços. É apenas de lamentar que este direito não tivesse sido reconhecido a concessionários de qualquer serviço de utilidade pública, sem a restrição e limitação contida naquele artigo.

De maneira mais explícita ainda o Código de Águas baixado com o Decreto 24.643, de 19 de julho de 1934, dispõe em seu artigo 151 que os concessionários de quedas d'água e outras fontes de energia hidráulica terão além de outras regalias e favores o direito de *'utilizar os terrenos de domínio público e estabelecer as servidões nos mesmos e através das estradas, caminhos e vias públicas, com sujeição aos regulamentos administrativos'*

(...) Este privilégio ainda se reveste da maior importância quando se trata de ocupação de bens públicos de qualquer natureza quando esta ocupação for indispensável à própria exploração do serviço". (CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**, vol. IV. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1943, p. 404-405).

A bem da verdade, dada a própria transversalidade dessa matéria, **a tese de que nenhum bem público de ente subnacional poderia sofrer oneração real por legislação que orienta a prestação de serviço público federal dificilmente seria defensável.**

Basta imaginar que, se verdadeira essa tese, todo o regramento federal que disciplina a exploração de serviços públicos como os de energia elétrica, transporte ferroviário e aquaviário e exploração de infraestruturas aeroportuária e portuária jamais poderia estabelecer qualquer restrição ao exercício dos direitos de propriedade dos bens dos estados ou dos municípios.

Virtualmente, poderiam ser reputados inconstitucionais todos os atos normativos federais de decretação de utilidade pública para fins de desapropriação voltada à exploração de concessões federais ou quaisquer leis federais passíveis de impor limitações administrativas aos usos de

ADI 6482 / DF

bens dos estados.

Sobre esse tema, a Advocacia-Geral da União (AGU) e parte dos *Amicci Curiae* defensores da improcedência da ação afirmam que o STF possuiria jurisprudência sólida quanto à impossibilidade de cobrança pela instalação de equipamentos destinados à prestação de serviços públicos por concessionária federal em faixas de domínio de rodovias estaduais.

O *leading case* na matéria referenciado é o Recurso Extraordinário 581.947/RO, Tema 261 da repercussão geral, em que o STF entendeu que não assistiria razão ao Município de Ji-Paraná para cobrar pelo uso do solo e do espaço aéreo municipais, necessários à fixação de postes para distribuição de energia elétrica, que é competência material da União, explorada sob regime de serviço público, em caráter monopolístico. Destaca-se a ementa do acórdão:

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

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

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

3. **Os bens de uso comum do povo são entendidos como propriedade pública. Tamanha é a intensidade da participação**

do bem de uso comum do povo na atividade administrativa que ele constitui, em si, o próprio serviço público [objeto de atividade administrativa] prestado pela Administração.

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

5. A Constituição do Brasil define a competência exclusiva da União para explorar os serviços e instalações de energia elétrica [artigo 21, XII, b] e privativa para legislar sobre a matéria [artigo 22, IV]. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com a declaração, incidental, da inconstitucionalidade da Lei n. 1.199/2002, do Município de Ji-Paraná". (RE 581.947, Relator EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 27.5.2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 26.8.2010 PUBLIC 27.8.2010 EMENT VOL-02412-05 PP-01113 RT v. 100, n. 904, 2011, p. 169-177).

Sobre esse ponto, no entanto, deve-se reconhecer que o precedente referenciado, embora apresente fundamentação compatível com a que é acolhida no presente voto, não possui similitude fática integral com o caso em tela. Isso porque, no Tema 261 da repercussão geral, o que se discutia na realidade era a 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 STF reconheceu a inconstitucionalidade da legislação local que previa a cobrança do tributo, adotando o entendimento de que o Município de Ji-Paraná não poderia cobrar taxa pelo uso de bem comum do povo por prestadoras de serviços públicos de energia elétrica.

Bem examinada a questão, a matéria controvertida no precedente dizia respeito, portanto, ao poder de tributar do município, por meio de

taxa, pelo uso da faixa de domínio.

Não se debateu a possibilidade de cobrança de remuneração (preço) pelo uso de faixas de domínio de rodovias concedidas a pessoas de direito privado. Justamente por não ser possível ampliar demasiadamente o objeto da controvérsia fixado no paradigma, ao julgar os Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 581.947/RO, o Plenário decidiu que *“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”*.

Por outro lado, é inegável que parte dos fundamentos utilizados no precedente se estende à hipótese em exame, sobretudo no ponto em que se reconhece que *“ainda que os bens do domínio público e do patrimônio administrativo não tolerem o gravame das servidões, sujeitam-se aos efeitos da restrição decorrente da instalação, no solo, de equipamentos necessários à prestação de serviço público. A imposição dessa restrição não conduzindo à extinção de direitos, dela não decorre dever de indenizar”*.

Como consignado de forma expressa no voto-relator do Min. Eros Grau, cabe reconhecer que *“há, na ocupação do solo e espaço aéreo dos bens de uso comum de que se cuida, um direito restritivo em benefício do prestador de serviço público, direito restritivo que lhe possibilita, instrumentando sua atuação, o pleno cumprimento do dever-poder, que o vincula, de prestar o serviço”*.

Cabe destacar ainda que o debate aqui travado se aproxima em muito àquele veiculado na ADI 3.763/RS, de relatoria da eminente Ministra Cármen Lúcia, ainda pendente de julgamento nesta Corte. Nesse caso, a Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica (Abradee) impugna Lei estadual 12.238/2005, do Estado do Rio Grande do Sul, e respectivo decreto regulamentador, Decreto 43.787/2005, no ponto em que autorizam *“exploração da utilização e comercialização, a título oneroso, das faixas de domínio e das áreas adjacentes às rodovias estaduais e federais delegadas ao Estado”*. Ou seja, trata-se de examinar a constitucionalidade de lei estadual que expressamente autoriza, para todo e qualquer caso, a cobrança do uso das faixas de domínio de concessionárias de energia elétrica.

ADI 6482 / DF

Malgrado ainda pendente de julgamento, a relatora Min. Cármen Lúcia e os eminentes Ministros Luiz Fux e Ricardo Lewandowski já notaram no sentido de julgar parcialmente procedente a ação direta para: *“a) atribuir interpretação conforme à Constituição à Lei 12.238/2005 e ao Decreto 43.787/2005, do Rio Grande do Sul, excluindo da incidência de ambos os diplomas as concessionárias de serviço público de energia elétrica; e b) declarar a inconstitucionalidade da expressão ‘de energia’, contida no inc. IV do art. 6º, e da tarifa básica prevista no tipo II do item 1 do anexo I do mencionado decreto”*.

Provavelmente cientes dos riscos da amplitude da tese de que uma lei federal não poderia restringir o uso de bens estaduais, nem mesmo o autor desta ADI ou os *amici curiae* defensores da procedência da demanda foram tão longe.

Para restringir a arguição de inconstitucionalidade, entidades admitidas nos autos como *amici curiae*, tais como o Estado de São Paulo e a Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias (ABCR), buscaram diferenciar a situação do setor de telecomunicações daquela que é verificada em outros setores reguladores pela legislação federal, como por exemplo no setor de energia elétrica, em que a exploração da cadeia de transmissão ocorre por meio de contratos de concessão.

Esses *amici curiae* alegam que a gratuidade do uso das faixas de domínio não seria compatível com a Constituição Federal principalmente porque as atividades de telecomunicações autorizadas seriam regidas *“pelo direito privado, em regime de liberdade de preços, o qual não se confunde com o regime do serviço público”*.

A afirmação de que os serviços de telecomunicações não seriam serviços públicos propriamente ditos, no entanto, não sobrevive a uma análise mais adensada do ordenamento constitucional.

Apenas para que fique claro, toda a polêmica surge por conta da previsão contida no art. 62 da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.742/1997), a qual define que *“quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados”*. Nos termos da referida lei, somente o serviço de telefonia fixa comutado (STFC) seria prestado em regime público, por meio de concessão. Todos os demais

serviços de telecomunicações de relevante interesse coletivo, como o Serviço Móvel Pessoal (SMP- telefonia móvel e internet móvel) e o Serviço de Comunicação Multimídia (SCM – internet banda larga), são prestados no regime de direito privado.

A opção feita em sede legal, porém, não esgota o debate. A Emenda Constitucional 8, de 15 de agosto de 1995, ao conferir nova redação ao inciso XI do art. 21 da Constituição Federal de 1988, passou a permitir que a União explorasse indiretamente os serviços de telecomunicações “*mediante concessão, permissão ou autorização*”.

A partir desse comando normativo, fica claro que, embora tenha-se admitido a delegação dessas atividades a terceiros, o fato de o Poder Constituinte de Reforma ter mantido sob a responsabilidade da União a titularidade da prestação dos serviços de telecomunicações **torna incontroverso que esses serviços apresentam natureza de serviço público.**

De fato, **a essência de serviço público não foi desconstituída pela simples previsão legal de que os serviços de telecomunicações podem ser prestados por meio de autorização.** É que, partindo de uma perspectiva essencialista, a forma de prestação do serviço não é o fator unicamente determinante à definição de sua natureza econômica. A respeito, é válido destacar as lições precisas do professor ALEXANDRE DOS SANTOS DE ARAGÃO, no sentido de que:

“Não é pelo fato de a lei ou o regulamento se referir nominalmente a ‘autorização’ que, como em um passe de mágica, a atividade deixa de ser serviço público (ou monopólio público), para ser uma atividade privada. Se o regime jurídico da atividade indicar os traços da titularidade estatal, o instrumento que legitima sua prestação por particulares terá necessariamente natureza contratual. É a natureza estatal ou privada do serviço que determina a forma, e não vice-versa”. (ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **O Direito dos Serviços Públicos**. 3ª Ed. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2013, p. 695).

ADI 6482 / DF

Além do mais, é necessário compreender que, em setores regulados federais, o instituto dos contratos de autorização se diferencia muitíssimo das lições clássicas do direito administrativo que ombreiam as autorizações a atos administrativos vinculados.

Percebe-se que, em diversos setores regulados, os contratos de autorização têm sido empregados na prestação de serviços públicos. Como exemplos podem ser citadas (i) a exploração de instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado (art. 1º, § 2º, da Lei 12.815/2013) e (ii) a prestação não regular de serviços de transporte terrestre coletivo de passageiros (art. 13, inciso V, da Lei 10.233/2001).

As autorizações de serviços de telecomunicações afiguram-se muito mais próximas daquilo que a Doutrina Administrativista espanhola cunhou de “*Autorizações Administrativas Operativas*” ou “*Autorizações de Funcionamento*”. Diferentemente das autorizações administrativas tradicionais, aquelas não se esgotam na simples emissão unilateral do ato, mas marcam “*uma vinculação permanente com a administração, com a finalidade de tutelar o interesse público*”. (CASSAGNE, Juan Carlos. **La Intervención Administrativa**, 2ª Ed. Editora Abeledo-Perrot: Buenos Aires, 1994, p. 81).

Diante do caráter público dos serviços de telecomunicações, tem-se que a **finalidade expressa da norma impugnada nesta ADI é a de garantir a exploração de um serviço público de interesse da coletividade.**

Nesse aspecto, fica claro que a edição de uma lei federal nacional sobre o tema é medida adequada à finalidade a ser perseguida, até mesmo para evitar as distorções regulatórias que historicamente têm obstado um tratamento uniforme da matéria a nível nacional.

b) Necessidade do meio utilizado

O subprincípio da necessidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Em outros termos, o meio não

ADI 6482 / DF

será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele, a um só tempo, adequada e menos onerosa. Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado.

A discussão que se coloca aqui é se a Lei Geral das Antenas poderia ter previsto um meio menos gravoso na instituição do ônus real. Uma hipótese, por exemplo, poderia ser a de se autorizar alguma forma de cobrança limitada pelo uso das faixas de domínio, afastando-se o regime de gratuidade integral.

O grande problema de uma solução nesse sentido, no entanto, seria mais uma vez o de deixar ao poder dos Estados a fixação de um valor pelo uso da faixa de domínio, o que poderia geraria distorções na política regulatória do serviço federal.

A rigor, em cada estado da federação, o valor a ser fixado deveria considerar fatores econômicos que nem são do conhecimento e nem estão ao alcance dos governos Estaduais ou Municipais, tais como o custo da implantação da rede, a expectativa da receita das concessionárias de telecomunicações, entre outros.

Na realidade, existe uma forte lógica econômica na extensão nacional da gratuidade: evitar que custos pela utilização da faixa de domínio sejam repassados aos consumidores de telecomunicações sem que isso tenha sido idealizado pelo poder concedente deste serviço. Como bem destacado em estudo econômico juntado aos autos por um dos *amicus curiae*:

A cobrança do Direito de Passagem mesmo que de maneira uniforme pelas diferentes esferas da administração pública e concessionárias já elevaria o custo ao consumidor final dificultando o acesso aos serviços e iria na contramão da política nacional de telecomunicações. A existência da não uniformidade da cobrança, por sua vez, traz uma dificuldade a mais, uma vez que passa a interferir na decisão alocativa das

empresas, podendo resultar na expansão ineficiente da rede, assim como cria maior necessidade de supervisão e acompanhamento das diferentes legislações, que se reflete em maior custo com recursos humanos nas empresas (LCA Consultoria. **Impactos esperados da cobrança de Direito de Passagem para instalação de infraestrutura de telecomunicações**).

Assim, parece-me que não haveria meio menos gravoso igualmente eficaz para assegurar a finalidade da norma impugnada.

c) Proporcionalidade em sentido estrito

Do ponto de vista da proporcionalidade em sentido estrito, cumpre avaliar se a norma trouxe salvaguardas para permitir um controle de sintonia fina (*Stimmigkeitskontrolle*), indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão.

No caso concreto, verifica-se que tanto a lei federal quanto o seu regulamento previram salvaguardas de modo a evitar o total aniquilamento do direito real em jogo. Observa-se, por exemplo, que a instituição do direito de passagem, nos termos do § 1º do art. 12, não abrange “*os custos necessários à instalação, à operação, à manutenção e à remoção da infraestrutura e dos equipamentos, que deverão ser arcados pela entidade interessada, e não afeta obrigações indenizatórias decorrentes de eventual dano efetivo ou de restrição de uso significativa*”.

Resta assegurada, portanto, a eventual reparação por danos gerados a partir do uso dos bens. Além disso nos termos do § 2º do art. 12, o direito de passagem será autorizado pelos próprios órgãos reguladores sob cuja competência estiver a área a ser ocupada ou atravessada.

É também muito importante que se entenda que o § 1º do art. 12, especialmente na sua parte final, prevê que a gratuidade do direito de passagem “*não afeta obrigações indenizatórias decorrentes de eventual dano efetivo ou de restrição de uso significativa*”. No mesmo sentido, o § 5º do art. art. 6º do Decreto 10.480/2020 prevê que “*os danos decorrentes da*

ADI 6482 / DF

não adequação das obras e serviços de instalação de infraestrutura de redes de telecomunicações de que trata o §4º serão passíveis de indenização ao órgão ou à entidade gestora".

Essas previsões, ao meu ver, já deixam claro que o direito de passagem previsto na lei federal não representa qualquer tipo de extinção da propriedade dos bens dos estados e municípios, já que **a previsão abstrata da norma não impede que, em casos individuais, desde que comprovado o dano advindo da restrição significativa do uso da faixa de domínio, seja pleiteada uma eventual reparação, seja em face da concessionária de telecomunicações, seja em face da própria União.**

É importante recordar, ainda, que, considerando que os efeitos do art. 12 se aplicam apenas aos contratos que decorram de licitações posteriores à data de promulgação da Lei, o dispositivo encontra-se plenamente alinhado ao princípio da segurança jurídica e à proteção do ato jurídico perfeito, o que igualmente corrobora a proporcionalidade em sentido estrito da norma.

Assim, examinando com afinco o complexo normativo impugnado, verifica-se que a restrição imposta ao direito de propriedade dos bens estaduais e municipais foi feita de forma adequada, razoável e proporcional.

3.2.2 Alcance do entendimento firmado nesta ADI

Por fim, apenas para que fique claro o alcance do entendimento veiculado no presente voto, é oportuno ressaltar que não se está aqui a julgar nem mesmo a se estabelecer tese que afirme ou negue a possibilidade de cobrança, pelo uso de faixas de domínio, fundamentada na Lei Geral de Concessões (Lei 8.987/95).

No âmbito das relações privadas entre concessionárias, há um entendimento jurisprudencial majoritário do STJ no sentido de que *"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*

ADI 6482 / DF

associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas” (REsp 975.097/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Redator do acórdão Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 9.12.2009, DJe 14.5.2010).

Os ministros desta Suprema Corte, por sua vez, principalmente por meio de decisões monocráticas, têm aplicado tal entendimento a **lides privadas** em que se disputa a licitude da retribuição onerosa pelo uso das faixas de domínio.

Citam-se como exemplo nesse sentido: o RE 1.181.353 (Companhia Jaguari de Energia vs. Renovias Concessionária S.A.), de relatoria da Min. Cármen Lúcia; o ARE 1.252.137 (Companhia de Gás de São Paulo – Comgás vs. NovaDutra – Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S.A.), de relatoria do Min. Edson Fachin; o ARE 1.204.820 (Cia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP vs. Autopista Fernão Dias S.A.), de relatoria do Min. Alexandre de Moraes; o RE 1.163.302 (Copel Geração e Transmissão S.A. vs. Concessionária de Rodovias do Interior Paulista S/A), de relatoria do Min. Marco Aurélio; o ARE 1.235.415 (Companhia Paulista de Força e Luz vs. Via Rondon Concessionária de Rodovia S.A.), de relatoria do Min. Dias Toffoli e da Min. Rosa Weber; e a Rcl 40.986 (Companhia Paulista de Força e Luz vs. Concessionária Rodovias do Tietê S.A.), de relatoria do Min. Roberto Barroso).

Salienta-se que decisões recentes tanto do STJ quanto do próprio STF têm indicado possibilidade de reversão desse entendimento, sob o argumento de que a utilização de solo, subsolo ou espaço aéreo se reverte em favor da sociedade, razão pela qual não cabe a fixação de preço público. Destaca-se, nesse sentido, julgado de 2019 da Segunda Turma do STJ e ainda julgado de 2020 da Segunda Turma do STF de relatoria do eminente Ministro Ricardo Lewandowski:

“ADMINISTRATIVO. BENS PÚBLICOS. USO DE SOLO, SUBSOLO E ESPAÇO AÉREO POR CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. COBRANÇA. IMPOSSIBILIDADE.
(REsp 1.790.875/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN,

SEGUNDA TURMA, julgado em 21.3./019, DJe 23.4.2019).

“(…) AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REITERAÇÃO DA TESE DO RECURSO INADMITIDO. SUBSISTÊNCIA DA DECISÃO AGRAVADA. FAIXAS DE DOMÍNIO PÚBLICO. BEM DE USO COMUM DO POVO. INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS DESTINADOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO POR CONCESSIONÁRIA. INDEVIDA A RETRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA À CONCESSIONÁRIA DIVERSA. PREPONDERÂNCIA DO INTERESSE PÚBLICO. TEMA 261 DA REPERCUSSÃO GERAL. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(…) II - **Ainda que se trate de trecho de rodovia, objeto de concessão de serviço público, é indevida a retribuição pecuniária por utilização de faixa de domínio público de vias públicas, por constituir bem de uso comum do povo. Precedente.**

(…) (RE 1.074.418 AgR, Relator RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 31.8.2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-221 DIVULG 3.9.2020 PUBLIC 4.9.2020).

De todo modo, independentemente do que se passa nos litígios privados em que é controvertida a aplicação do art. 11 da Lei 8.987/1995, **o que se discute na presente ADI é se o Legislador Federal, para garantir a universalização e a prestação eficiente dos serviços de telecomunicações, poderia – por exceção normativa explícita – impedir a cobrança de preço público pelo uso das faixas de domínio.** Por isso, no presente caso, especificamente, parece aqui ser plenamente aplicável a lógica de que *lex specialis derogat legi generali*.

A *contrário sensu*, o argumento de que a cobrança pelo uso da faixa de domínio seria sempre permitida pelo art. 11 da Lei 8.987/1995 equivaleria a atribuir à Lei Geral de Concessões *status* supralegal, a conduzir o art. 12 da Lei 13.116/2015 à inconstitucionalidade.

ADI 6482 / DF

Aqui, há a concretização clara de um conflito federativo entre a competência do Estado-membro para a gestão e tutela do seu patrimônio e a competência da União para legislar sobre telecomunicações. Em situações como a ora em tela, a possibilidade de um ente público (como o ente estadual) cobrar pelo uso de seus bens não pode impor ônus demasiadamente excessivo à prestação de serviços públicos de outra esfera da federação.

Nesse ponto, entendo que o Legislador Federal, para garantir a universalização e a prestação eficiente dos serviços de telecomunicações, poderia – por exceção normativa clara – impedir a cobrança de preço público pelo uso das faixas de domínio de rodovias.

Assim, por todos esses motivos, não antevejo qualquer violação constitucional ao direito de propriedade.

4. Dispositivo

Ante o exposto, voto pelo conhecimento da presente ação direta de inconstitucionalidade e, no mérito, pela sua **improcedência**.