



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

PETIÇÃO INICIAL AJCONST Nº 208617/2020

O **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**, com fundamento nos arts. 102, I, *a* e *p*, 103, VI, e 129, IV, da Constituição Federal de 1988; no art. 46, parágrafo único, I, da Lei Complementar 75, de 20.5.1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União); e na Lei 9.868, de 10.11.1999, propõe

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR**

contra o art. 12, “*caput*”, da Lei 13.116, de 20.4.2015, a qual estabelece normas gerais para implantação e compartilhamento da infraestrutura de telecomunicações¹.

1 Acompanham a petição inicial a cópia da lei ou ato normativo impugnado (art. 3º da Lei 9.868/1999).



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

1. OBJETO DA AÇÃO

Em destaque, o teor da norma questionada nesta ação:

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.

A norma questionada, como adiante se demonstrará, afronta os arts. 2º c/c 60, § 4º (divisão funcional de Poder e forma federativa de Estado); 5º, *caput* e XXII (direito de propriedade); 22, XXVII, c/c 24, § 2º (competência suplementar dos Estados para editar normas específicas de licitação e contratação); 37, *caput* (princípio da moralidade administrativa), bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, todos da Constituição Federal.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

2. BREVE HISTÓRICO DA NORMA IMPUGNADA

A Lei 13.116, de 20.4.2015, estabelece normas gerais² para implantação e compartilhamento da infraestrutura de telecomunicações e altera, em especial, a disciplina da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472, de 16.7.1997).

Os dispositivos da lei sob exame disciplinam o licenciamento, a instalação e o compartilhamento de infraestruturas de telecomunicações com o propósito de compatibilizar tais processos com o desenvolvimento socioeconômico do Brasil (art. 1º, *caput*), em prol de atender metas sociais, econômicas e tecnológicas estabelecidas nas políticas públicas do setor de telecomunicações (art. 1º, § 1º).

A lei intenciona promover e fomentar investimentos em infraestrutura de redes de telecomunicações³ mediante (i) uniformização, simplificação e celeridade de procedimentos e critérios para a outorga de

2 A norma resguarda, em seu art. 1º, § 3º, a atuação legislativa suplementar dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do art. 24, § 4º, da Constituição Federal. A seu turno, o art. 4º, inciso I, adota como pressuposto que a regulamentação e a fiscalização de aspectos técnicos das redes e dos serviços de telecomunicações é competência exclusiva da União, sendo vedado aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal impor condicionamentos que possam afetar a seleção de tecnologia, a topologia das redes e a qualidade dos serviços prestados. A norma estabelece, ainda, o pressuposto de aplicação de que “*aos entes federados compete promover a conciliação entre as normas ambientais, de ordenamento territorial e de telecomunicações*”, nos termos do art. 4º, VII.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

licenças pelos órgãos competentes; (ii) minimização dos impactos urbanísticos, paisagísticos e ambientais; (iii) 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; (iv) precaução contra os efeitos da emissão de radiação não ionizante, de acordo com os parâmetros definidos em lei e (v) incentivo ao compartilhamento de infraestrutura de redes de telecomunicações.

Com vistas a ampliar a capacidade instalada das redes (art. 2º, III) e a incentivar o compartilhamento de infraestrutura (art. 2º, IV c/c arts. 14 a 16), a lei, ao disciplinar o licenciamento e a instalação da infraestrutura e das redes de telecomunicações (arts. 5º a 13), confere a gratuidade do direito de passagem, o qual é definido pelo art. 3º, IV, nos seguintes termos:

(...) 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.

- 3 Art. 3º Para os fins desta Lei, adotam-se as seguintes definições: (...) X - rede de telecomunicações: conjunto operacional contínuo de circuitos e equipamentos, incluindo funções de transmissão, comutação, multiplexação ou quaisquer outras indispensáveis à operação de serviços de telecomunicações.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

A lei afasta de sua incidência bens e a atividades para os quais os serviços de telecomunicações ostentem interesse restrito⁴ ou estejam instrumentalmente devotados a questões de segurança⁵, nos termos do art. 1º, § 2º. Tal ressalva reforça o amplo alcance da norma questionada, ao reger os serviços de telecomunicações prestados nos regimes público e privado, nos termos da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472, de 16.7.1997).

A compreensão da incompatibilidade formal do art. 12, *caput*, da Lei 13.116, de 20.4.2015 com a Constituição Federal demanda o exame de pressupostos e limites constitucionais da competência da União para legislar sobre telecomunicações e direito urbanístico, em cotejo aos direitos e deveres dos demais entes federados quanto à ordenação de seu patrimônio e de seus respectivos serviços públicos.

A disposição federal, impositiva da gratuidade, ostenta caráter proibitivo e versa, de modo exauriente, sobre matéria de titularidade dos demais entes federativos.

- 4 A exemplo das infraestruturas de telecomunicações destinadas à prestação de serviços de interesse restrito em plataformas off- shore de exploração de petróleo
- 5 II - os radares militares e civis com propósito de defesa ou controle de tráfego aéreo, cujo funcionamento deverá obedecer à regulamentação específica;
III - as infraestruturas de radionavegação aeronáutica e as de telecomunicações aeronáuticas, fixas e móveis, destinadas a garantir a segurança das operações aéreas, cujo funcionamento deverá obedecer à regulamentação específica.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Constitui, nessa medida, norma específica sobre contratos administrativos que extrapola os limites da competência legislativa federal para edição de normas de caráter geral e da competência suplementar dos demais entes federativos, nos termos do art. 22, XXVII, da CF/88 c/c art. 24, § 2º, CF/88).

Ao depois, será demonstrada a incompatibilidade material da norma impugnada frente aos princípios da eficiência, da moralidade administrativa, da razoabilidade e da proporcionalidade.

3. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL

A competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações (art. 22, IV, CF/88⁶) confere ao legislador federal a possibilidade de disposição ampla quanto ao regime jurídico de ordenação de bens, sujeitos e atividades necessários à exploração desse ramo de atividade industrial e comercial dotado de relevante interesse coletivo.

A amplitude da disciplina jurídica das telecomunicações, por atuação do legislador infraconstitucional, encontra previsão expressa no

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



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

texto da Carta da República, que, no art. 48, XII, submete as matérias relativas ao tema à reserva de legislação:

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

(...)

XII - telecomunicações e radiodifusão;

O art. 21, incisos XI e XII, da Carta Federal assenta a competência material da União para exploração desses serviço de telecomunicações. Vejamos:

Art. 21. Compete à União:

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais

A abrangência de conformação do regime jurídico dos serviços de telecomunicação decorre, sobretudo, dessa redação conferida ao citado art. 21, da CF/88⁷ por efeito da Emenda à Constituição 8, de 1995, responsável pela retirada da qualificação necessária de serviço público aos serviços de telecomunicações.

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

Art. 21. Compete à União: (...) XI - explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

A disciplina legal do regime jurídico de exploração das telecomunicações, assim, pode adotar arranjos de direito público e de direito privado, conforme magistério de Márcio Iório Aranha⁸:

A Emenda Constitucional nº 8, de 1995, ao modificar o art. 21, XI, da Constituição Federal de 1988, trouxe para dito inciso o conjunto de serviços de telecomunicações sem expressa menção ao regime a que se submetiam, chancelando a antiga prática de submissão de parcela desses serviços ao regime privado.

O fato de se entender entretanto que a referência aberta pela Emenda Constitucional nº 8/95 aos serviços de telecomunicações implica convivência de regime jurídico público e privado no mesmo rol de atividade não significa opção pela inação estatal frente a serviços considerados essenciais. A presença de serviços públicos e privados no mesmo rol de atividades permite o tratamento jurídico compatível com a dinamicidade dos serviços e a mobilidade da evolução social.

Ao se permitir a prestação dos serviços de telecomunicações por concessão, permissão ou autorização, a Constituição Federal de 1988 remeteu à legislação infraconstitucional, ou a ponderações dogmáticas constitucionais, a definição do regime de prestação do serviço de telecomunicações.

Desde a entrada em vigor da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97), foram firmados os parâmetros para classificação dos serviços quanto ao regime jurídico: serviços no regime público e serviços no regime privado. (...)

A Lei Geral de Telecomunicações (LGT) estabelece o conceito de telecomunicação em seu art. 60, § 1º, como sendo “a transmissão, emissão ou

8 ARANHA, Márcio Iório. *Direito das Telecomunicações: Histórico Normativo e Conceitos Fundamentais* - Scotts Valley, CA: CreateSpace, 2013, p. 175.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”.

Tal conceituação revela a necessidade de infraestruturas físicas, públicas e privadas, para sua realização, o que pressupõe a existência de limitações ao direito de propriedade de pessoas jurídicas de direito público e privado, além de condicionamentos de índole urbanística e ambiental para a implantação e operação dos equipamentos e redes.

A lei impugnada, além de materializar a competência legislativa da União para dispor sobre telecomunicações, também encontra amparo na competência concorrente da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal para editar normas gerais sobre direito urbanístico (art. 24, I).

Tanto que a própria lei assenta, expressamente, em seu art. 1º, § 3º, que se aplicam de *“forma suplementar as legislações estaduais e distrital, resguardado o disposto no art. 24, § 4º, da Constituição Federal”*.

Isso se dá, em especial, no que respeita à governança do licenciamento, à ordenação do espaço urbano necessária ao compartilhamento de infraestruturas de telecomunicações (arts. 5º a 16 da lei), à instalação das estações transmissoras de radiocomunicação (arts. 17 a 20 da lei) e, ainda, à



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

proteção dos interesses e serviços de interesse local, que são de titularidade municipal, conforme o art. 30, V, CF/88.

Em todos esses casos, a norma estabelece um conjunto cogente de normas jurídicas aos órgãos e aos entes regionais e locais que sejam responsáveis legalmente pela execução do poder-dever de licenciamento e instalação da infraestrutura de redes de telecomunicações.

Tais disposições dizem respeito (i) aos objetivos da norma (art. 2º), (ii) aos princípios por ela eleitos (art. 5º), (iii) aos deveres positivos, de fazer (art. 7º) e (iv) aos deveres negativos, de não fazer (arts. 6º, 8º, 12), além de (v) cautelas formais e critérios de governança entre autoridades intervenientes (arts. 9º, 10, 13).

Posto isso, quanto ao objeto específico de impugnação (art. 12, *caput*), tem-se 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.

Em seguida, constatar-se-á a caracterização do dispositivo como norma específica de contratos administrativos, em contrariedade ao permissivo constitucional (art. 22, XXVII, c/c art. 24, § 2º, CF/88).



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Examine-se, primeiramente, a incompatibilidade constitucional do dispositivo à pretendida categoria de norma geral.

A definição do que pode ser considerado *normas gerais* ou *normas suplementares*, para fins de repartição de competência legislativa, é questão tormentosa, que reclama delimitação da outorga constitucional legislativa entre os distintos níveis de poder do modelo de federalismo brasileiro.

Segundo José Afonso da Silva, normas gerais “*são normas de leis, ordinárias ou complementares, produzidas pelo legislador federal nas hipóteses previstas na Constituição, que estabelecem princípios e diretrizes da ação legislativa da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*”⁹.

Marçal Justen Filho, ao discorrer sobre a abrangência das normas gerais no sistema constitucional de repartição de competência legislativa, ressalta tratar-se de conceito jurídico indeterminado cujo núcleo de certeza positiva compreende “*os princípios e regras destinadas a assegurar um regime jurídico uniforme (...) em todas as órbitas federativas*”¹⁰.

9 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 284.

10 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 15.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Diogo de Figueiredo Moreira Neto condensa estudos elaborados por diversos autores na tentativa de definir o que são “normas gerais” para o sistema constitucional de repartição de competência legislativa. Sintetizando-as, a partir dessas características, as normas gerais seriam institutos que:

- a) estabelecem princípios, diretrizes, linhas mestras e regras jurídicas (Bühler, Mauns, Burdeau, Pontes, Pinto Falcão, Cláudio Pacheco, Shaid Maluf, José Afonso da Silva, Paulo de Barros Carvalho, Marco Aurélio Grecco);*
- b) não podem entrar em pormenores ou detalhes nem, muito menos, esgotar o assunto legislado (Matz, Bühler, Maunz, Pontes, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Paulo de Barros Carvalho e Marco Aurélio Grecco);*
- c) devem ser regras nacionais, uniformemente aplicáveis a todos os entes públicos (Pinto Falcão, Souto Maior Borges, Paulo de Barros Carvalho, Carvalho Pinto e Adilson Abreu Dallari);*
- e) só cabem quando preencham lacunas constitucionais ou disponham sobre áreas de conflito (Paulo de Barros Carvalho e Geraldo de Ataliba);*
- f) devem referir-se a questões fundamentais (Pontes e Adilson Abreu Dallari);*
- g) são limitadas, no sentido de não poderem violar a autonomia dos Estados (Pontes, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Paulo de Barros Carvalho e Adilson Abreu Dallari);*
- h) não são normas de aplicação direta (Burdeau e Cláudio Pacheco)¹¹.*

Não há, portanto, consenso doutrinário nem jurisprudencial sobre o que sejam normas gerais, embora haja índices jurídicos de demonstração da violação das regras de repartição legislativa.

11 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada. *Revista de Informação Legislativa*, a. 25, n. 100, p. 145-150, out./dez. 1988.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

A identificação das normas gerais ou suplementares há de fazer-se caso a caso. Cármen Lúcia Antunes Rocha observa que, se a lei *“especializa e aprofunda questões que são de interesse predominante e tratamento possivelmente diferenciado de uma entidade federada [...], cuida-se de competência estadual e escapa-se do âmbito da norma geral”*¹².

É o que ocorre com a Lei 13.116, de 20.4.2015, em seu art. 12.

O dispositivo apontado vulnerou a autonomia dos entes federativos ao **proibir**, de forma peremptória e com aplicação direta, 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, ainda que esses bens ou instalações sejam explorados por meio de concessão ou outra forma de delegação federal, estadual, municipal ou distrital.

Ao argumento de estabelecer normas gerais aplicáveis ao processo de licenciamento, instalação e compartilhamento de infraestrutura de telecomunicações, a norma impugnada constituiu obrigação negativa (de não fazer) *específica* que ensejou violação direta da Constituição Federal, na medida em que:

12 *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 817.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

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

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

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

3.1 Quanto às violações do direito de propriedade (art. 5º, caput e XXII) e da autonomia federativa (art. 2º, c/c art. 60)

A União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios são entes federados dotados de direitos e obrigações previstos, em especial, no Título III da Constituição Federal de 1988.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

A Carta da República estabelece rol de bens integrantes do domínio público da União (art. 20) e dos Estados (art. 26), sem prejuízo da compreensão sistemática que confere a titularidade de bens aos Municípios (art. 30) e ao Distrito Federal (art. 32)¹³.

Tal compreensão decorre da circunstância de esses entes federativos serem titulares de serviços públicos (arts. 21; 25, § 1º e 30, V c/c art. 175, todos da CF/88) e habilitados ao exercício de atividades econômicas, para atender a relevante interesse coletivo ou aspectos de segurança nacional que a lei vier a definir (art. 173, CF/88).

Em ambas as hipóteses, o direito de propriedade, que é garantido pela Constituição enquanto direito fundamental (art. 5º, XXII), ostenta a condição de instrumento à realização de tais tarefas, também constitucionais.

A exploração de atividades econômicas e a prestação de serviços públicos por todos os entes públicos titulares de tais prerrogativas hão de estar voltadas ao atingimento dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, I a IV, CF/88), os quais não se circunscrevem apenas à órbita federal ou aos seus serviços:

13 A disciplina do Código Civil alinha-se ao molde constitucional, eis que considera os entes federativos pessoas jurídicas de direito público interno dotadas de patrimônio próprio (art. 41 c/c art. 98, CC/2002).



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

- (i) construir uma sociedade livre, **justa** e solidária;
- (ii) garantir o desenvolvimento **nacional**;
- (iii) erradicar a pobreza e a marginalização e **reduzir as desigualdades sociais e regionais**; e
- (iv) promover o bem **de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação**.

É sabido que o Código Civil disciplina e categoriza¹⁴ os bens públicos em bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais.

14 Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não disposto a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado. (...)

Art. 103. O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

A classificação infraconstitucional de bens públicos não é condição para a percepção da violação direta da Constituição, mas tão somente conformação jurídica que reforça a premissa ora defendida quanto à possibilidade e ao dever de cobrança por uso de bens públicos.

A possibilidade de fruição a título gratuito de bens de uso comum do povo decorre, em regra, do direito fundamental de ir e vir, bem como da ausência regular de destinação a um uso privativo ou exclusivo, decorrente de sua própria natureza e conformação, que não limita, no plano físico, acesso ou permanência. Segundo Hely Lopes Meirelles¹⁵,

(...) o uso comum do povo é todo aquele que se reconhece à coletividade em geral sobre os bens públicos, sem discriminação de usuários ou ordem especial para sua fruição. É o uso que o povo faz das ruas e logradouros públicos, dos rios navegáveis, do mar e das praias naturais. Esse uso comum não exige qualquer qualificação ou consentimento especial, nem admite frequência limitada ou remunerada, pois isso importaria atentado ao direito subjetivo público do indivíduo de fruir os bens de uso comum do povo sem qualquer limitação individual. Para esse uso só se admitem regulamentações gerais de ordem pública, preservadoras da segurança, da higiene, da saúde, da moral e dos bons costumes, sem particularizações pessoais ou categoriais sociais. Qualquer restrição ao direito subjetivo de fruição, como a cobrança de pedágio nas rodovias, acarreta a especialização do uso e, quando se tratar de bem

15 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39^a ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2013, p. 591. (V. 42^{ao} ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2016.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

realmente necessário à coletividade, só poderá ser feita em caráter excepcional.

A possibilidade de cobrança por uso de bens públicos de uso comum, uma vez fundada em lei (art. 5º, II, CF/88 ou art. 37, CF/88) e como decorrência de vantagem econômica conferida ao usuário, encontra amparo constitucional.

Os bens de uso comum do povo mencionados no dispositivo normativo impugnado podem ser objeto de retribuição, já que a Constituição Federal garante o direito de propriedade, do qual decorrem, em favor de seus titulares, as faculdades de usar, gozar, reivindicar e dispor da coisa.

Ademais, a Constituição não veda retribuição por uma vantagem econômica ofertada pelo poder público ao particular, seja a título privativo ou exclusivo, seja de modo coincidente com a vocação ou o uso regular do bem.

Caso o uso privativo do bem público seja empregado como elemento de atividade econômica ou comercial do usuário, a retribuição pecuniária tem sido a regra, eis que o princípio da eficiência e a faceta econômica do princípio da moralidade exigem a socialização dos benefícios advindos do domínio público.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Caso o detentor da propriedade seja pessoa jurídica de direito público e o impedimento a auferir retribuição pelo uso privativo ou exclusivo de seu domínio decorra de imposição normativa de outro ente público, além do condão expropriatório da medida, haverá violação ao princípio federativo.

É a lição de Floriano Azevedo Marques Neto, cujo magistério aponta para a circunstância de que a onerosidade pelo uso de bens públicos é a regra¹⁶:

A onerosidade somente não será possível quando o uso do bem corresponder à prestação de um serviço público que, por imposição legal ou constitucional, deva ser prestado de forma gratuita, como é o caso da saúde e da educação. Não se conteria nos limites da Constituição que se cobrasse do doente o uso de um quarto de hospital público, por exemplo. Note-se, porém, que a vedação à onerosidade neste caso atine específica e exclusivamente ao uso coincidente com a prestação do serviço público gratuito, não atingindo usos secundários que se possa dar a estes bens. A onerosidade, por sua vez, admite duas acepções. Normalmente, entende-se por uso retribuído aquele em que há cobrança diretamente do usuário final, mediante o pagamento de tarifa ou preço público pela fruição concreta do uso afetado. Porém, há um outro sentido para a onerosidade do uso, concernente à cobrança pelo poder público de um valor de outorga do direito de uso privativo de um bem público, mormente quando este uso privativo conferir ao particular a possibilidade de explorar economicamente o bem. Se a

16 MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Bens Públicos: Função Social e Exploração Econômica. O Regime Jurídico das Utilidades Públicas. Belo Horizonte: Forum, 2009 (tese de livre-docência apresentada à Faculdade de Direito da USP em outubro de 2008)



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

onerosidade do uso do bem indistintamente pelo administrado é possível, sua aplicação é excepcional, sendo regra o uso gratuito. Porém, na outorga do direito de uso privativo ao particular, a retributibilidade tem sido a regra. Este caráter oneroso deve ser analisado com cuidado porque a imposição de um preço público por um uso pode implicar numa oneração da atividade econômica que se serve do bem como suporte, levando a um aumento do custo da utilidade explorada pelo particular. Quando a atividade corresponder a um serviço público delegado ao particular, o caráter oneroso do uso pode importar em impacto na política tarifária do serviço, acarretando até mesmo a invasão de competências regulatórias de outro ente da Federação. (grifou-se)

A gratuidade do *direito de passagem* de infraestruturas de telecomunicações por bens públicos de uso comum do povo, em favor de qualquer prestador de serviço de telecomunicações – independentemente da natureza do título jurídico habilitante –, concedida pela norma federal impugnada, retirou dos entes federativos subnacionais a prerrogativa de dispor de bens públicos integrantes de seu patrimônio jurídico.

Ainda que tenha resguardado a proteção pelos custos atrelados à implantação, à operação e à remoção das infraestruturas e dos equipamentos e, ainda, protegido o direito à indenização pelo uso que imponha restrições ao uso e à fruição¹⁷, o dispositivo em testilha extinguiu a possibilidade

17 A norma assegura, no § 1º, retribuição pelos “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



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

jurídica de *disposição*¹⁸ do titular sobre direito de índole patrimonial¹⁹, 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 proprietário²⁰.

Nessa medida, o dispositivo impugnado vai de encontro ao núcleo de proteção qualificada do direito constitucional de propriedade, conforme a lição de Émerson Garcia²¹:

O rompimento da linha divisória entre a limitação e a extinção somente será evitado em sendo assegurado um conteúdo mínimo aos direitos fundamentais objeto de restrição. Daí se falar em “limites dos limites” (Schrankenschranke), “conteúdo essencial” ou em “núcleo essencial dos direitos fundamentais”, expressões que refletem o conjunto de interdições impostas ao legislador na produção

ou de restrição de uso significativa”.

- 18 O art. 1228 do Código Civil estatui os elementos nucleares da propriedade, definindo-a como a faculdade de usar, gozar e **dispor da coisa**, e o direito de reatê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. Nos termos do direito civil, em regra, é titular da propriedade em sua plenitude aquele que detém o poder para exercer todos os atributos definidos no preceito legal: *ius utendi, fruendi et abutendi*” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.p. 92).
- 19 HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- 20 Segundo o Ministro Carlos Velloso, em voto proferido na ADI no 1.715-3/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, in DJU de 30.04.2004. *“a disposição constitucional garantidora do direito de propriedade não fica somente no direito real, ou não deve ser interpretada em sentido estrito, abrangendo também, numa interpretação extensiva (...), a titularidade do crédito, ou o direito de crédito, dado que essa titularidade implica em ser, de certa forma, proprietário”*
- 21 GARCIA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

de obrigações ou de interdições no domínio dos direitos fundamentais. Reduzi-los a uma expressão jurídica inferior ao referido conteúdo mínimo, com a conseqüente desfiguração dos contornos essenciais de sua identidade, em nada destoará de sua própria extinção. A salvaguarda do núcleo essencial pode ser vista “como ultima ratio, derradeira válvula de segurança contra restrições destes mesmos direitos”. Além da preservação desse conteúdo mínimo, “barreira última na concretização do direito”, é imperativa a observação dos “limites dos limites” fixados pelo próprio texto constitucional e de um critério de proporcionalidade na imposição de limites aos direitos fundamentais, sendo injurídica qualquer retração em sua eficácia que ultrapasse o plano da estrita necessidade.

No mesmo sentido é a lição doutrinária de Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco e Inocêncio Mártires Coelho:

Ao legislador ordinário é conferida uma margem de ação para definir o conteúdo e impor limites ao exercício do direito, sempre com observância do núcleo essencial, constituído pela utilidade privada e, fundamentalmente pelo poder de disposição. As restrições impostas, em especial a exigência de cumprimento da função social, não autorizam seja a propriedade colocada, única e exclusivamente, a serviço do Estado e da comunidade²²

Posto isso, requer-se a declaração de inconstitucionalidade do art. 12, *caput*, da Lei 13.116, de 20.4.2015, por violação do direito constitucional de propriedade.

22 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Quanto à violação do princípio federativo, a norma impugnada impõe prejuízo à independência e harmonia de interação entre os poderes das distintas órbitas conformadoras do Estado Brasileiro (art. 2º, *caput*, c/c art. 60, § 4º, CF/88).

A União viola a igualdade jurídico-política desses entes ao limitar o exercício da faculdade de disposição inerente ao direito de propriedade que assiste aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal.

Em reforço da tese, traz-se entendimento explicitado pelo Ministro Celso de Mello na ADI 939, segundo o qual:

O legislador constituinte, ao reafirmar sua histórica opção pela forma federativa de Estado, pronunciou uma decisão política fundamental cuja essencialidade, na caracterização da fisionomia institucional do modelo consagrado pela Carta da República, levou-o a eleger o princípio da Federação como um dos núcleos imutáveis do nosso sistema constitucional (CF, art. 60, par. 4º, I). A Constituição do Brasil, ao institucionalizar o modelo federal de Estado, perfilhou, a partir das múltiplas tendências já positivadas na experiência constitucional comparada, o sistema do federalismo de equilíbrio, cujas bases repousam na necessária igualdade político-jurídica entre as unidades que compõem o Estado Federal.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de examinar a higidez do princípio federativo em algumas circunstâncias, as quais,



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

devidamente examinadas, haverão de reforçar a alegação de inconstitucionalidade do dispositivo impugnado.

Há que se destacar não haver similitude entre este caso e o quanto decidido no Recurso Extraordinário 581.947/RO, em que o STF entendeu que não assistiria razão ao Município de Ji-Paraná para cobrar pelo uso do solo e do espaço aéreo municipais, necessários à fixação de postes para distribuição de energia elétrica, que é competência material da União explorada sob regime de serviço público, em caráter monopolístico. O julgado foi assim ementado:

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.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

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

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

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

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

A prestação de serviços de telecomunicação em regime público, previsto na Lei Geral de Telecomunicações²³, assenta-se em premissas institucionais diversas dos serviços de distribuição de energia elétrica.

23 Art. 63. Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados.

Parágrafo único. Serviço de telecomunicações em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade.

Art. 64. Comportarão prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

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

É a própria LGT que assim estabelece:

Art. 6º Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.

Art. 18. Cabe ao Poder Executivo, observadas as disposições desta Lei, por meio de decreto:

I - instituir ou eliminar a prestação de modalidade de serviço no regime público, concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado;

Recentemente, a Lei Geral de Telecomunicações foi objeto de alteração relevante pela Lei 13.879, de 3.10.2019, que permitiu a adaptação de contratos da modalidade de outorga de serviço de telecomunicações de concessão para autorização, o que revela que o traço básico de distinção entre os dois títulos jurídicos, nesse setor específico da atividade econômica, está na existência ou não de deveres de universalização.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

A redação do art. 65, § 1º, da LGT, com a redação conferida pela Lei 13.879, de 3.10.2019, esclarece que “[p]oderão ser deixadas à exploração apenas em regime privado as modalidades de serviço de interesse coletivo que, mesmo sendo essenciais, não estejam sujeitas a deveres de universalização.”

É dizer: o critério de essencialidade, por si, não qualifica a atividade prestada como serviço público.

A doutrina abaliza a centralidade da competição mesmo em relação à prestação de serviços de telecomunicações em regime público²⁴:

O modelo institucional do setor prevê a organização dos serviços em regime de competição ampla, livre e justa, assegurando a eleição de modalidades de serviços para a prestação em regime público e a ampla liberalização do setor à exploração pela iniciativa privada.

O regime público de prestação dos serviços é caracterizado pelo estabelecimento de obrigações de universalização e continuidade, e a outorga de concessão ou permissão não exclusivas, nitidamente destinadas a permitir a máxima possibilidade de conformação da atividade segundo os objetivos da política econômica para o setor, garantida a proteção do equilíbrio econômico contratado com o concessionário. O caráter não exclusivo, em regra, das concessões e a determinação da organização geral do setor em regime de competição ensejaram a instituição de regras de financiamento dos custos associados às obrigações de universalização, para a concretização da vedação das práticas de subsídio cruzado entre as categorias de serviços ou classes de usuários, largamente empregadas para a redistribuição dos custos da universalização no regime de monopólio público.

24 RAMIRES, Eduardo Augusto de Oliveira Ramires. *Direito das Telecomunicações – A Regulação para a Competição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Salvo pela hipótese de modalidade de serviço eleita para a prestação em regime exclusivamente público, todas as modalidades de serviços de telecomunicações poderão ser prestadas em regime privado, caracterizado pela possibilidade do exercício da liberdade de empreendimento, condicionada ao atendimento de limites, encargos e sujeições previstas na lei e na regulamentação editada pela agência, mediante obtenção de prévia autorização regradada.

O *nomen juris* “concessão”, aplicado ao setor de telecomunicações, por sua própria conformação jurídica, mais se aproxima das atividades sujeitas a regimes de autorização de outros setores sujeitos à regulação setorial, em razão da presença de competição em qualidade e preço e, em especial, da liberdade tarifária.

Não bastasse, a própria LGT admite a transferência parcial ou total de concessões e, ainda, afasta, expressamente, a incidência da Lei Geral de Serviços Públicos (Lei 8.987/1995):

Art. 209. Ficam autorizadas as transferências de concessão, parciais ou totais, que forem necessárias para compatibilizar as áreas de atuação das atuais prestadoras com o plano geral de outorgas.

Art. 210. As concessões, permissões e autorizações de serviço de telecomunicações e de uso de radiofrequência e as respectivas licitações regem-se exclusivamente por esta Lei, a elas não se aplicando as Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 e nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e suas alterações.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Os títulos jurídicos habilitantes, no setor de telecomunicações, mais aproximam a autorização de conteúdo delegatório de outra: a autorização de polícia, em decorrência da qual, uma vez atendidos os requisitos legais, confere-se a prerrogativa de exploração da atividade privada, em linha com o que propugna a doutrina, verberada por Márcio Iório Aranha²⁵:

No Brasil, os serviços privados de telecomunicações estão, em regra, submetidos à necessidade de autorização estatal. Ao contrário do que normalmente ocorreria com atividades econômicas, todos os serviços privados de telecomunicações dependem de autorização, exceto se forem excluídos expressamente dessa exigência pela ANATEL (art. 131, § 2º da LGT). (...)

A regra para os serviços privados de telecomunicações é a da inexigibilidade de procedimento licitatório, a não ser quando o excesso de competidores puder prejudicar a prestação de modalidade de serviço de interesse coletivo (art. 136, da LGT). Essa exigência é esclarecedora, pois, a consideração de parcela dos serviços de telecomunicações em regime privado como de interesse coletivo indica a opção legislativa de entrega das questões pertinentes às interferências entre prestadoras de serviços de interesse restrito aos próprios interessados. Não caberá, no âmbito dos serviços de interesse restrito, interferência da ANATEL. Ela deve conceder a autorização, se cumpridas as condições objetivas e subjetivas, e deixar aos interessados a solução das interferências entre seus serviços, desde que sua atuação não atinja serviços públicos ou privados de interesse coletivo.

25 ARANHA, Márcio Iório. *Direito das Telecomunicações: Histórico Normativo e Conceitos Fundamentais* - Scotts Valley, CA: CreateSpace, 2013



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

O regime dos serviços de telecomunicações, fundado na liberdade de competição e na liberdade de definição de preços, não se reveste da **instrumentalidade estatal** que justifica, para seu exercício, a atração de proteções e privilégios típicos da Fazenda Pública, que assiste a prestadores de serviços públicos prestados em regime não competitivo, em par com a jurisprudência do STF (vide: Agravo em Recurso Extraordinário 892.727, Rel. Min. Alexandre de Moraes; Rel. para acórdão Min. Rosa Weber).

Em verdade, a instrumentalidade estatal a ser protegida está na pretensão de cobrança pela disposição da propriedade pública dos entes subnacionais, eis que as receitas decorrentes dessa exploração serão vertidas a propósitos de interesse público dos Estados, do DF e dos municípios, por vezes em seus próprios serviços públicos, enquanto receitas acessórias.

A doutrina jurídica acerca da concessão de exploração do domínio público, representada na voz do Professor Pedro Gonçalves, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, assim leciona²⁶:

Os bens públicos não são só susceptíveis de uso (ou aproveitamento), mas também de gestão ou exploração econômica por alguém que toma o lugar da pessoa colectiva de direito público.

26 GONÇALVES, Pedro. *A Concessão de Serviços Públicos*. Almedina: Coimbra, 1999.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Embora relacionadas com um bem público, o que caracteriza as concessões do domínio público é a atribuição do direito de exercer uma actividade que a lei reservou à Administração: o que está em causa não é a utilização do bem, mas a atividade de o explorar ou gerir – enquanto nas concessões de uso privativo, sendo indispensável para o exercício de uma dada atividade, o uso do bem é o direito que a autoridade administrativa concede, nas concessões de exploração ou gestão, o que a autoridade administrativa concede ou transfere para o interessado é um direito próprio, o direito de o explorar ou gerir.

A concessão de exploração do domínio público coloca por isso o concessionário na posição da Administração concedente.(...) Um dos sectores de aplicação desta modalidade concessória é constituído pela atribuição a particulares de poderes de exploração das riquezas naturais que se encontram no território do Estado e que a lei considera propriedade pública.

Posto isso, requer-se a declaração da inconstitucionalidade do art. 12, *caput*, da Lei 13.116, de 20.4.2015, por violação do princípio federativo.

3.2. Quanto à violação da competência legislativa suplementar dos Estados para dispor sobre normas específicas em licitações e contratos administrativos (art. 22, XXVII, c/c art. 24, § 2º, CF)

Ao argumento de estabelecer normas **gerais** aplicáveis ao processo de licenciamento, de instalação e de compartilhamento de infraestrutura de telecomunicações, no exercício da competência legislativa prevista no art. 22, inciso IV, da CF, a **norma impugnada estabeleceu obrigação negativa**



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

específica, cogente a todos os entes subnacionais, que frustrou a possibilidade de estabelecerem, em seus contratos administrativos, remuneração pelo direito de passagem.

A União não estabeleceu a restrição apenas aos serviços e atividades de sua própria competência e âmbito de regulação. Ao projetar diretriz de abstenção a todos os entes federativos, estabeleceu norma de caráter específico, não albergada pelo permissivo constitucional apontado.

Tanto que a redação do dispositivo desconsidera as normas setoriais que regem os diferentes serviços públicos dos entes subnacionais, ao vedar, de forma genérica, a presença de cláusula contratual remuneratória do direito de passagem, *“ainda que esses bens ou instalações sejam explorados por meio de concessão ou outra forma de delegação”*.

Há que se reconhecer, portanto, a violação da competência prevista no art. 22, XXVII, c/c art. 24, § 2º, da CF/88.

4. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL

O dispositivo impugnado **violou, de modo direto, os princípios constitucionais da eficiência e da moralidade** (art. 37, *caput*, CF/88) ao alijar



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

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.

Mais propriamente, **o impedimento a que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios cobrem pela disposição patrimonial de seu domínio, em razão da gratuidade do direito de passagem a si imposta pela União, impõe-lhes “subsídio cruzado”, não em favor da prestação de seus próprios serviços públicos, mas em prejuízo deles**, conforme sustenta a doutrina²⁷

Independentemente das normas em vigor, o uso da faixa de domínio tem custos reais. É equivocada a premissa de que o uso das faixas de domínio acarreta ônus a ninguém e, por isso, seria injusta. É necessário identificar os custos ocultos que estão por trás da utilização do bem público. A dificuldade, como já apontado, reside na tentativa de romper com a ideologia enraizada acerca da utilização de bens públicos como ativos sempre à disposição de forma não onerosa.

O bem público também está sujeito à escassez e, como tal, convém ao Poder Público estipular modelos que possam atender às necessidades sociais sem perder de vista as condições necessárias para a sua manutenção.

27 JURKSAITIS, Guilherme Jardim ; Figueroa, Caio Cesar. Concessão de rodovias e cobrança pelo uso da faixa de domínio por concessionária de serviço público. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo* , v. 26, p. 37-59, 2016.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

As concessionárias de rodovias necessariamente desfrutam dessa posição porque venceram processos de licitação pública, pelos quais assinaram contratos com o Poder Concedente, nos quais se comprometeram a realizar obras de difícil execução, o que inclui também a faixa de domínio, além de manter e conservar o trecho concedido em condições adequadas e seguras de uso. Para tanto, receberam do Estado o direito de explorar economicamente o bem público, cobrando pelo seu uso, nos termos fixados em contrato.

Essa cobrança onera apenas aqueles que utilizam efetivamente o bem público concedido e os serviços inerentes – trafegando na rodovia; utilizando seu entorno para a instalação de estabelecimentos comerciais; afixando painéis publicitários nas suas adjacências; ou instalando infraestrutura para a exploração de serviços públicos econômicos.

Os valores cobrados recaem única e exclusivamente sobre quem efetivamente utiliza o bem público, percebendo dele benefícios diretos muito claros, por exemplo, rodovia com condições adequadas de sinalização e segurança; estabelecimentos comerciais com público cativo que trafega pela via; e faixa de domínio em boas condições de uso e em condições de segurança, tudo em decorrência do cumprimento de obrigações contratualmente assumidas de manter todo o perímetro concedido em condições apropriadas.

Para cumprir suas obrigações contratuais, não raras vezes a concessionária executa inúmeras obras que interferem na faixa de domínio, razão pela qual tem o direito e o dever de controlar adequadamente seu uso por terceiros. A razão de ser da faixa de domínio é justamente para permitir a execução das obras e serviços inerentes ao serviço público concedido, como a instalação de canteiros de obras, de dispositivos operacionais (por exemplo, postos de pesagem de veículos pesados, áreas de descanso, telefones de emergência etc.).

Não faria sentido aceitar que a concessionária assumisse o risco de se ver impedida de executar dada obra, a que teria dever por força do contrato de concessão por ela assinado, em função do uso gratuito da



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

faixa de domínio por terceiros. Tampouco seria razoável admitir que a concessionária tivesse de administrar, gratuitamente, a ocupação de sua faixa de domínio por diversos agentes interessados em usá-la pelos mais variados pretextos. Há de se considerar, inclusive, que o uso da faixa de domínio por terceiros pode resultar, excepcionalmente, em danos ao serviço público concedido (por exemplo, em virtude do rompimento de uma adutora de água).

Todas essas circunstâncias acarretam custos à concessionária, que é responsável pela rodovia e pela faixa de domínio, frise-se, por força de um contrato firmado mediante prévia e regular licitação.

De forma objetiva, Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho identificam, enquanto fundamento de validade para a cobrança de tarifa de acesso à rodovia, o privilégio usufruído por aqueles que se valem da concessão rodoviária e das comodidades que oferecem para o exercício de suas atividades: “Há quem afirme que a cobrança de tarifa de acesso dos estabelecimentos comerciais deveria guardar estrita correlação somente com os custos diretos para sua implantação. Esta máxima é desdobramento da premissa segundo a qual o Estado – ou quem atue em nome seu – só poderia cobrar pelo acesso direto à rodovia na hipótese de, ele próprio, se responsabilizar pela construção, manutenção e fiscalização das vias de acesso a terrenos privados. Mas a cobrança pela conexão especial e direta com a rodovia, como visto, não tem origem somente em eventuais custos suplementares aos quais o Estado ou a concessionária ocasionalmente incorra para implantar, fiscalizar ou conservar as próprias vias de acesso. Ela deriva, mais que isso, de toda a prestação do serviço público de rodovia, do qual o proprietário de estabelecimento comercial lindeiro é beneficiário especial; deriva do custo global do serviço (SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. É viável cobrar pelo acesso direto e especial de estabelecimentos às rodovias? Revista de Direito Público da Economia – RDPE. ano 13. n. 51. Belo Horizonte, jul./set. 2015).

Embora a situação examinada por Sundfeld e Rosilho, consistente no direito de acesso à rodovia para instalação de estabelecimento



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

comercial, refira-se a questão distinta da que ora é examinada, o raciocínio aplica-se por identidade de razão. O que está em jogo é o uso privilegiado que o bem público concedido pode proporcionar a terceiros.

Tal preocupação vai ao encontro do magistério de Floriano de Azevedo Marques Neto²⁸, quando do exame da destinação das receitas patrimoniais ou comerciais acessórias ao uso do bem público ou à prestação de serviço público:

(...) no caso de um bem público rodovia, existe associado ao bem material (estrada), um bem intangível representado pelo potencial de negócio atrelado ao tráfego rodoviário. E este bem intangível, uma espécie de fundo de comércio, pode e deve ser explorado pelo Poder Público, ou por agente delegado seu, de modo a impedir que um excedente econômico criado com recursos da coletividade sirva para beneficiar apenas parcela da sociedade.

Como visto, a gratuidade do direito de passagem, por disposição da União dos bens dos demais entes federativos, tem condão de conferir **benefício a terceiros submetidos, em larga medida, a regime jurídico de direito privado, em regime de franca competição.**

28 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. "Algumas Notas Sobre a Concessão de Rodovias", in: *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, Ano XVII, n. 4, p. 255, abril 2001.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, “para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público e, não para o privado, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros”²⁹.

Para o autor, o tratamento discriminatório positivo vulnera não apenas o princípio da impessoalidade, mas também o da moralidade:³⁰

O princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense aos preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto. (...) A Constituição referiu-se expressamente ao princípio da moralidade no art. 37, caput. Embora o conteúdo da moralidade seja diverso do da legalidade, o fato é que aquele está normalmente associado a este. Em algumas ocasiões, a imoralidade consistirá na ofensa direta à lei e aí, violará, ipso facto, o princípio da legalidade. Em outras, residirá no tratamento discriminatório, positivo ou negativo, dispensado ao administrado; nesse caso, vulnerado estará também o princípio da impessoalidade, requisito, em última análise, da legalidade da conduta administrativa. (grifei)

29 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 21.

30 Op.cit., p. 22.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

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

A norma impugnada fere o núcleo do princípio da eficiência, definido por José dos Santos Carvalho Filho³¹ como *“a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir desperdícios de dinheiro público”*, o que, segundo o autor, *“impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional”*.

O dispositivo impugnado desrespeita, ainda, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, na medida em que sacrifica receita pública dos entes subnacionais, que poderia ser utilizada em favor dos serviços públicos de interesse regional e local, para, ao invés disso, fomentar atividades exploradas em regime de competição.

31 Op.cit. p. 31.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Esclarece Diogo de Figueiredo Moreira Neto³²:

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1989:37-40) dá maior realce a esse último aspecto ao afirmar que, pelo princípio da razoabilidade, “o que se pretende é considerar se determinada decisão, atribuída ao Poder Público, de integrar discricionariamente uma norma, contribuirá efetivamente para um satisfatório atendimento dos interesses públicos”. Ele realça o aspecto teleológico da discricionariedade; tem que haver uma relação de pertinência entre oportunidade e conveniência, de um lado, e a finalidade, de outro. Para esse autor, “a razoabilidade, agindo como um limite à discricção na avaliação dos motivos, exige que sejam eles adequáveis, compatíveis e proporcionais, de modo a que o ato atenda a sua finalidade pública específica; agindo também como um limite à discricção na escolha do objeto, exige que ele se conforme fielmente à finalidade e contribua eficientemente para que ela seja atingida”. (negritei)

Há que se reconhecer, portanto, a violação material dos princípios constitucionais da eficiência, da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, CF/88), bem como da razoabilidade e da proporcionalidade.

5. PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR

Estão presentes os pressupostos para a concessão de medida cautelar. A plausibilidade jurídica do pedido (*fumus boni juris*) está

32 Apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30^a ed, rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 111



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

suficientemente demonstrada pelos argumentos deduzidos nesta petição inicial, que encontram amparo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O perigo na demora processual (*periculum in mora*) decorre do fato de, enquanto não suspensa a eficácia das normas, poderem ser celebradas outorgas de concessão, permissão e autorização por Estados, Distrito Federal e Municípios sem a possibilidade de cobrança pela disposição da propriedade pública conferida à passagem de infraestruturas e equipamentos de redes de telecomunicações.

Há que se verificar que a possibilidade de frustração de receita pública dos entes federativos **agrava a crise fiscal e afeta negativamente as receitas públicas em uma conjuntura de queda de arrecadação tributária, em decorrência dos impactos econômicos do surto de epidemia nacional do novo coronavírus (Covid-19).**

No atual contexto de enfrentamento da epidemia da Covid-19, há queda substancial da arrecadação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, decorrente da paralisação de setores estratégicos para a economia, agravada pela necessidade de auxílio estatal para a população mais carente de recursos.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

A dispensa de pagamento pelo direito de passagem em favor de empresas que exploram atividades em regime de preços livres e franca competição afigura-se ainda mais prejudicial ao interesse público e **reclama a imediata censura por parte do Supremo Tribunal Federal.**

Roga-se, portanto, a concessão de medida cautelar, a fim de se suspender a eficácia do art. 12, *caput*, da Lei 13.116, de 20.4. 2015, até o julgamento final desta ação direta.

6. PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Em face do exposto, requer o PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA que esse Supremo Tribunal conceda medida cautelar para a suspensão da eficácia da norma impugnada (Lei 9.868/1999, art. 10, § 3º).

Em seguida, pleiteia que se colham as informações da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Presidência da República e, ainda, que se ouça a Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 103, § 3º, da Constituição Federal.

Superadas essas fases, pede prazo para a manifestação da Procuradoria-Geral da República.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Ao final, postula que se julgue procedente o pedido para declarar inconstitucional o art. 12, *caput*, da Lei 13.116, de 20.4.2015.

Brasília, data da assinatura digital.

Augusto Aras
Procurador-Geral da República
Assinado digitalmente

JPSC