

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.482 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
REQTE.(S)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: SINDICATO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TELEFONIA E DE SERVIÇO MOVEL CELULAR E PESSOAL - SINDITELEBRASIL
ADV.(A/S)	: MARCELO MONTALVAO MACHADO
AM. CURIAE.	: ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	: TELCOMP - ASSOCIACAO BRASILEIRA DAS PRESTADORAS DE SERVICOS DE TELECOMUNICACOES COMPETITIVAS
ADV.(A/S)	: LUIZ CARLOS BETTIOL
ADV.(A/S)	: LUIZ ALBERTO BETTIOL
AM. CURIAE.	: ASSOCIACAO NEO TV
ADV.(A/S)	: ADEMIR ANTONIO PEREIRA JUNIOR
ADV.(A/S)	: MARIO ANTONIO FRANCISCO DI PIERRO
ADV.(A/S)	: MARIANA DE AZEVEDO CASTRO CESAR
AM. CURIAE.	: ASSOCIACAO BRASILEIRA DOS PRODUTORES DE SOJA - APROSOJA - BRASIL
ADV.(A/S)	: EDUARDO MANEIRA
ADV.(A/S)	: LUCAS MAYALL MORAIS DE ARAUJO
AM. CURIAE.	: AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL
ADV.(A/S)	: PROCURADOR-GERAL DA ANATEL
AM. CURIAE.	: ASSOCIACAO BRASILEIRA DE PROVEDORES DE INTERNET E TELECOMUNICACOES
ADV.(A/S)	: PAULO HENRIQUE DA SILVA VITOR
ADV.(A/S)	: ALAN SILVA FARIA
ADV.(A/S)	: JORDANA MAGALHAES RIBEIRO
ADV.(A/S)	: GUSTAVO DE MELO FRANCO TORRES E GONCALVES
AM. CURIAE.	: ASSOC BRASILEIRA DE CONCESSIONARIAS DE RODOVIAS ABCR

ADI 6482 / DF

ADV.(A/S)	:GUSTAVO BINENBOJM
ADV.(A/S)	:ALICE BERNARDO VORONOFF DE MEDEIROS
ADV.(A/S)	:ANDRE RODRIGUES CYRINO
ADV.(A/S)	:RAFAEL LORENZO FERNANDEZ KOATZ

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Adoto o bem lançado relatório elaborado pelo i. Min. Gilmar Mendes.

Trata-se de ação direta ajuizada pela Procuradoria-Geral da República impugna o artigo 12, *caput*, da Lei nº 13.116/2015, diploma normativo que estabelece normas gerais para implantação e compartilhamento da infraestrutura de telecomunicações.

O dispositivo tem a seguinte redação:

“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.

Em apertada síntese, a PGR alega que o dispositivo, ao impor aos entes federados a gratuidade do direito de passagem referente à

infraestrutura de telecomunicações, viola 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.

As autoridades responsáveis pela edição do ato normativo questionado sustentam que a isenção do direito de passagem é parte fundamental da política de implementação da expansão de infraestrutura dos serviços de telecomunicação, e que se insere dentro da competência material e legislativa da União acerca do serviço público de telecomunicações, inscrita nos artigos 21, XI, e 22, IV, do texto constitucional, *in verbis*:

“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;”

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

(...)

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

A controvérsia da presente lide, portanto reside em saber se o exercício da competência material e legislativa da União sobre serviços de telecomunicações pode interferir na obtenção de receitas advindas dos bens de uso comum dos Estados e Municípios, impedindo-os de cobrar valores a título de preço público pelo direito de passagem da infraestrutura necessária à prestação do serviço.

Quanto ao tema, analisando-o de maneira aprofundada,

compreendo que a temática mostra-se diversa daquela analisada no Tema 261 da sistemática da repercussão geral, RE 581.947, que restou assim ementado:

“EMENTA: 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 Jiparaná.”

(RE 581947, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 26-08-2010 PUBLIC 27-08-2010 EMENT VOL-02412-05 PP-01113 RT v. 100, n. 904, 2011, p. 169-177)

Apesar de analisar aspectos da relação entre o domínio do Município sobre vias de uso comum e a utilização da estrutura por concessionária de serviço público, ressalto que toda a abordagem da Corte no caso deu-se considerando que se tratava de taxa, espécie tributária de requisitos específicos para sua cobrança, e que tais pressupostos não foram atendidos pelo ente municipal, como bem demonstram os trechos dos debates:

“O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, também estava comentando com o Ministro Ricardo Lewandowski que o caso longe me parece estar de um tratamento pacífico, porque os municípios acabam...

Talvez a lei não tenha conseguido apreender o objeto do serviço prestado, mas certamente há e pode haver o exercício de poder de polícia.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - De polícia, por exemplo, a fiscalização.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Em outros casos, o Tribunal aceitou até.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - O município tem de fiscalizar para saber.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Lembrávamos, inclusive, a distinção de postura.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Efeito de posturas municipais.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Altura dos fios, impedindo a circulação de caminhões muito altos, colocando aquelas placas que anunciam.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Arborização.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Arborização, principalmente.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Aquelas podas são serviços que devem, de certa maneira, ser ressarcidos.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Regras de trânsito.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Certamente o poder concernente fará isso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - É. Mas Vossa Excelência tem razão, no caso, a lei não contemplou essas hipóteses. O Ministro Peluso observou muito bem que aí está se taxando o uso e a ocupação do solo.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - A ocupação pura e simples.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Aqui é nitidamente taxa de uso e ocupação do solo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu concordo com Vossa Excelência, apenas quis manifestar esta minha preocupação no sentido de não fecharmos as portas para uma eventual hipótese de o município, mediante uma lei específica, em que discrimine esses serviços, possa cobrar uma taxa.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Noutras palavras, não vamos apagar as luzes para o município.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Pelo menos a pretexto da prestação dos serviços.”

A especificidade do precedente citado ficou evidenciada no julgamento dos Embargos de Declaração opostos em face do acórdão que apreciou o mérito do feito:

“Ementa: 1) Embargos de Declaração. Repercussão Geral. Cobrança de taxa pelo uso de bens municipais. Delimitação da

controvérsia jurídica. 2) In casu, todo o litígio travado nos autos gravitou em torno da lei do município de Ji-Paraná que instituiu a cobrança de taxa pelo uso do solo e subsolo. 3) Embargos de Declaração conhecidos e providos, sem efeitos infringentes, para esclarecer que o decisum dispõe sobre a impossibilidade de cobrança de taxa, espécie de tributo, pelos municípios em razão do uso do espaço público municipal.”

(RE 581947 ED, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-054 DIVULG 18-03-2014 PUBLIC 19-03-2014)

Há também precedente de minha lavra exaustivamente citado pelos *amici curiae* que colaboram com a ação, porém, também no caso se tratou de cobrança de taxa pelo ente municipal, à semelhança do paradigma acima descrito:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RETRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA. COBRANÇA. TAXA DE USO E OCUPAÇÃO DE SOLO E ESPAÇO AÉREO. CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO. INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS NECESSÁRIOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO EM BEM PÚBLICO. COMPETÊNCIA DA UNIÃO. 1. Invade a competência legislativa da União (art. 22, IV, da CF/88) o ente federativo que institui retribuição pecuniária pela ocupação do solo para a prestação de serviço público de telecomunicações. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(RE 811620 AgR-terceiro, Relator(a): EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 13/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-216 DIVULG 27-10-2015 PUBLIC 28-10-2015)

Tampouco compreendo que a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.110, de minha relatoria, trate do mesmo tema ora debatido na presente demanda.

Eis a ementa desse julgado:

“Ementa: 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. 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 3110, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 04/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-143 DIVULG 09-06-2020 PUBLIC 10-06-2020)

Nesse julgado, de fato, não se colocava em questão a Lei de Antenas, de nº 13.116/2015, ora impugnada, mas sim questionava-se acerca da possibilidade de prevalência dos limites à exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos dispostos em lei estadual, em face da clara e exaustiva delimitação realizada pela Lei Federal nº 11.934/2009.

Nesse caso específico, o conflito federativo verificado detinha feição exclusivamente legislativo, ou seja, de competência para a edição de leis em matéria de telecomunicações. O caso difere-se, portanto, daquele ora analisado, no sentido da impugnação dos limites da competência material e legislativa da União em face da competência que detêm os demais entes federados para a gestão dos bens públicos de sua titularidade.

É fato que muitas decisões tem utilizado referidos precedentes em casos semelhantes ao que ora se analisa, contudo, há peculiaridades que, em meu sentir, convidam o Tribunal a analisar a matéria sob a ótica do federalismo, como exponho a seguir.

De fato, *“vias públicas, em faixas de domínio e em outros bens públicos de uso comum do povo”* enquadram-se na categoria genérica de bens públicos, os quais, se não são geridos, a toda evidência, da mesma forma que os bens privados, funcionalizam-se para a realização dos direitos fundamentais descritos na Constituição Federal. Nas palavras de Marçal Justen Filho:

“(…) O Estado é um instrumento para promover e assegurar os direitos fundamentais. Os bens públicos são essencialmente um conjunto de instrumentos para que o Estado

desempenhe os seus deveres. Os bens públicos devem ser utilizados, de modo direto, para a realização dos interesses da comunidade e para a obtenção das necessidades essenciais à dignidade humana.”

(JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 1019)

Os bens de uso comum não são, necessariamente, acessados de modo gratuito pelos administrados, existindo a possibilidade de cobrança por sua utilização, como, por exemplo, nos casos de concessões para a realização de obras em rodovias, ou mesmo o pagamento de pedágios, o que se justifica pela geração de alguma riqueza em benefício da integralidade dos cidadãos.

Esta Corte já teve oportunidade de afirmar a competência legislativa e mesmo gerencial dos bens dos entes federados em face da União, quando glosou dispositivo da Lei nº 8.666/1993, por entender que desbordava da atribuição constitucional de estabelecer normas gerais em matéria de licitação:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA. Lei n. 8.666, de 21.06.93. I. - Interpretação conforme dada ao art. 17, I, "b" (doação de bem imóvel) e art. 17, II, "b" (permuta de bem móvel), para esclarecer que a vedação tem aplicação no âmbito da União Federal, apenas. Idêntico entendimento em relação ao art. 17, I, "c" e par. 1. do art. 17. Vencido o Relator, nesta parte. II. - Cautelar deferida, em parte.”

(ADI 927 MC, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/1993, DJ 11-11-1994 PP-30635 EMENT VOL-01766-01 PP-00039)

Assim, o que resta definir-se na presente demanda é se o alcance da competência plena da União na regulação de todo o serviço de telecomunicações pode, a pretexto de ordenar serviço público, interferir

na disponibilidade de bem público pelos Estados, Municípios e Distrito Federal.

Compreendo, a despeito do que alegou a petição inicial, que o serviço de telecomunicações não perdeu seu caráter de serviço público apenas pela circunstância de poder ser prestado pelo regime de direito público (quando delegado ao particular por meio de concessão ou permissão) ou pelo regime de direito privado (quando delegado por meio de autorização).

Foi a Constituição Federal, após a Emenda nº 8/95, que estabeleceu a possibilidade de prestação do serviço em distintos regimes, mas não retirou-lhe a característica de serviço público, colocando-o inclusive sob a regulação de uma agência estatal.

É definido da seguinte maneira pela Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997):

“Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º 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.

§ 2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis.”

O argumento central da defesa da constitucionalidade do dispositivo ora em análise é o de que o serviço público de telecomunicações, a fim de que sejam concretizadas as metas de expansão até as regiões de menor interesse de mercado, necessita de infraestrutura física, é o de que sua instalação não pode ficar ao alvedrio de contingências locais, sob pena de encarecimento do preço final ao usuário e de que as metas não sejam

atingidas.

No entanto, por mais nobres que sejam as intenções do legislador, compreendo que retirar dos demais entes federados as prerrogativas de utilização econômica de seus bens para permitir a passagem gratuita da infraestrutura de telecomunicações por vias e rodovias estaduais e municipais estabelece um gravame a esses entes, que não depreendo estar acobertado pela Constituição.

Ademais, a despeito de toda a argumentação no sentido de que a lei não destoaria do estabelecimento de normas gerais sobre licitação e contratos, depreendo que há clara intervenção nos instrumentos contratuais de delegação de serviços públicos pela União. E esta Corte já se manifestou acerca dessa impossibilidade:

“E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS (ENERGIA ELÉTRICA E FORNECIMENTO DE ÁGUA) – INVASÃO, PELO ESTADO DE SANTA CATARINA, DA ESFERA DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO E DOS MUNICÍPIOS – INDEVIDA INTERFERÊNCIA NAS RELAÇÕES JURÍDICO-CONTRATUAIS ENTRE O PODER CONCEDENTE FEDERAL OU MUNICIPAL E AS EMPRESAS CONCESSIONÁRIAS – COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE ENERGIA (CF, ART. 22, IV) E PARA DEFINIR AS POLÍTICAS SETORIAIS QUE ORIENTAM A ATUAÇÃO DAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA (CF, ART. 21, XII, alínea “b”) – EXISTÊNCIA DE REGULAMENTO SETORIAL ESPECÍFICO EDITADO PELA ENTIDADE REGULADORA COMPETENTE (A ANEEL, NO CASO), DISCIPLINANDO, DE MODO EXAURIENTE, AS REGRAS CONCERNENTES À SUSPENSÃO OU À INTERRUPÇÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA AO CONSUMIDOR INADIMPLENTE – VEDAÇÃO À INGERÊNCIA NORMATIVA DOS ESTADOS-MEMBROS NA

ORGANIZAÇÃO DO SETOR ENERGÉTICO, A SER EXERCIDA, COM ABSOLUTA EXCLUSIVIDADE, PELA UNIÃO FEDERAL, QUE DETÉM COMPETÊNCIA PRIVATIVA PARA FISCALIZAR A EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS, LEGISLAR SOBRE OS DIREITOS DOS USUÁRIOS, FIXAR A POLÍTICA TARIFÁRIA E DISCIPLINAR AS CONDIÇÕES DE REGULARIDADE, CONTINUIDADE, EFICIÊNCIA, SEGURANÇA, ATUALIDADE, GENERALIDADE E CORTESIA NA SUA PRESTAÇÃO (CF, ART. 175) –PAPEL CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDO À UNIÃO FEDERAL DE ASSEGURAR A TODOS OS USUÁRIOS, DE FORMA IGUALITÁRIA, AMPLO ACESSO AOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ENERGIA ELÉTRICA, SEM INDEVIDAS INTERVENÇÕES DISCRIMINATÓRIAS PROMOVIDAS POR PROGRAMAS E PLANOS DE CARÁTER REGIONAL INCOMPATÍVEIS COM AS POLÍTICAS E DIRETRIZES DE ÂMBITO NACIONAL DEFINIDAS PELA UNIÃO – INVIABILIDADE DA ALTERAÇÃO, POR LEI ESTADUAL, DAS CONDIÇÕES PREVISTAS NA LICITAÇÃO E FORMALMENTE ESTIPULADAS EM CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS, SOB REGIME FEDERAL OU MUNICIPAL – MEDIDA CAUTELAR ANTERIORMENTE DEFERIDA PELO PLENÁRIO DESTA SUPREMA CORTE – REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO TEMA – PRECEDENTES – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL IMPUGNADA – AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. – A competência da União Federal no domínio do setor energético reveste-se de caráter exauriente (CF, art. 21, XII, “b”, art. 22, IV, e art. 175). – A jurisprudência plenária do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a manifesta inconstitucionalidade de diplomas legislativos de Estados-membros que, a pretexto de exercerem a sua competência suplementar em matéria de “consumo” (CF, art. 24, V) ou de “responsabilidade por dano (...) ao consumidor” (CF, art. 24,

VIII), editam normas estaduais dirigidas às empresas prestadoras de serviços de energia elétrica, dispondo sobre direitos dos usuários e obrigações das concessionárias, usurpando, em consequência, a competência privativa outorgada à União Federal em tema de organização do setor energético (CF, art. 21, XII, “b”, art. 22, IV, e art. 175) e intervindo, indevidamente, no âmbito das relações contratuais entre o poder concedente e as empresas delegatárias de tais serviços públicos. Precedentes. – Os Estados-membros não podem interferir na esfera das relações jurídico-contratuais estabelecidas entre o poder concedente (quando este for a União Federal ou o Município) e as empresas concessionárias nem dispõem de competência para modificar ou alterar as condições que, previstas na licitação, acham-se formalmente estipuladas no contrato de concessão celebrado pela União (energia elétrica – CF, art. 21, XII, “b”) e pelo Município (fornecimento de água – CF, art. 30, I e V), de um lado, com as concessionárias, de outro, notadamente se essa ingerência normativa, ao determinar a suspensão temporária do pagamento das tarifas devidas pela prestação dos serviços concedidos (serviços de energia elétrica, sob regime de concessão federal, e serviços de esgoto e abastecimento de água, sob regime de concessão municipal), afetar o equilíbrio financeiro resultante dessa relação jurídico-contratual de direito administrativo. Precedentes.

(ADI 2337, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-252 DIVULG 16-10-2020 PUBLIC 19-10-2020)

Ademais, se por um lado não parece constitucionalmente adequada a asserção de que os serviços de telecomunicações não se enquadram na categoria de serviço público, de outra parte, é certo que os serviços de TV a cabo, internet banda larga fixa e móvel, telefonia móvel, são prestados por meio do regime de direito privado, ou seja, sem intervenção direta do poder concedente na definição dos valores cobrados dos usuários ou na política tarifária. Ainda, apesar de parte do serviço de telefonia fixa

comutado ainda ser prestado pelo regime de direito público, com a emergência da Lei nº 13.819/2019, há clara tendência de migração para o regime de direito privado, com a autorização de conversão das outorgas por concessão em autorizações de prestação do serviço.

Assim, não há garantias de que eventual economia das empresas prestadoras de serviço de telecomunicações com a instalação de infraestrutura sem o desembolso de valores pelo direito de passagem irá se reverter em valores mais baixos ao consumidor, pelo uso do serviço.

De outro lado, a previsão em edital e no contrato de concessão das rodovias, por exemplo, pode conter, no esteio do artigo 11 da Lei nº 8.987/1995, fontes alternativas de receita às concessionárias, em atendimento ao princípio da modicidade tarifária, ou ainda como parte do valor da outorga pago aos entes públicos, que poderão investir os valores na promoção de outros serviços públicos de que a população do Estado ou Município necessite.

Ainda, a retirada do dispositivo do ordenamento jurídico não obriga nenhum ente federado a promover a cobrança pelo direito de passagem da infraestrutura dos serviços de telecomunicações. Questões como a imperiosidade de expansão da rede, obtenção de tributos e desenvolvimento regional podem efetivamente mostrar-se mais relevantes que a cobrança pelo uso do bem público; no entanto, entendo que o princípio federativo entrega a cada ente a decisão sobre o tema.

Desta feita, pedindo vênias às compreensões diversas, entendo que a competência privativa da União em matéria de serviços de telecomunicações não tem o condão de obrigar Estados, Municípios e o Distrito Federal a deixar de obter remuneração pelo uso de infraestrutura pública para a instalação e expansão dos referidos serviços, razão pela qual julgo procedente a ação direta, declarando a inconstitucionalidade do artigo 12 da Lei nº 13.116/2015, por violar os arts. 2º c/c 60, § 4º (divisão funcional de Poder e forma federativa de Estado); 5º, caput e XXII (direito de propriedade); e 22, XXVII, c/c 24, § 2º (competência suplementar dos Estados para editar normas específicas de licitação e contratação), todos da Constituição Federal.

ADI 6482 / DF

É como voto.

Cópia