



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Gabinete do Procurador Geral do Estado

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES, M.D. RELATOR
DA AÇÃO DIRETA DE INCONTITUCIONALIDADE N. 6.482**

Em um contexto de exaurimento da capacidade de financiamento do poder público, negar a possibilidade de “rentabilização” do seu patrimônio significa tolher a capacidade de o Estado financiar o cumprimento de políticas públicas e, assim, dificultar a promoção (e oferta) de várias possibilidades de “bens públicos”¹

O ESTADO DE SÃO PAULO, por sua Procuradora Geral, nos autos da AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 6.482, ajuizada pelo PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, vem à presença de Vossa Excelência requerer seu ingresso como *AMICUS CURIAE*, aduzindo os argumentos doravante assinalados a fim de auxiliar a formação do convencimento desta c. Suprema Corte.

¹ Citação do professor Floriano de Avezedo Marques Neto, com referência na doutrina do eminente administrativista italiano Sabino Cassese, em *Las Bases del Derecho Administrativo*, In: *Bens Públicos, Função Social e exploração econômica – O Regime Jurídico das Utilidades Públicas*, Ed. Fórum, 2009, p. 438-439.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Gabinete do Procurador Geral do Estado

SÍNTESE

Foi aforada a presente ação direta contra a norma expressa no artigo 12 *caput* da Lei federal nº n. 13.116, de 20 de abril de 2015 (Lei das Antenas), que assim dispõe:

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.

Aponta o Procurador-Geral da República (PGR) afronta aos “*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*”.

Sob a ótica da **inconstitucionalidade formal**, sustenta o PGR que o dispositivo legal em exame, ao argumento de concretizar competência normativa da União para dispor sobre telecomunicações e normas gerais de direito urbanístico, entabula, na verdade, **obrigação de não fazer** que repercute na esfera jurídica de todos os entes federados, em contrariedade à Constituição Federal.

Como premissa, a ação tem por base a qualificação dos serviços de telecomunicações como serviços prestados eminentemente em **regime de direito privado e concorrencial**, em que preponderam vínculos autorizativos com o poder concedente e maior liberdade tarifária, características que os distinguem dos demais serviços públicos prestados em regime jurídico de direito público e de exclusividade (estrutura monopolística).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Gabinete do Procurador Geral do Estado

Diante desse quadro, defende o PGR que “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).

Conclui, então, que, “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”.

Nessa perspectiva, a imposição por lei federal de vedação absoluta à exigência de contraprestação em razão do direito de passagem em bens públicos de titularidade de entes federados para a instalação de infraestrutura de serviços de telecomunicações consiste em gravame que viola: (i) a autonomia federativa, ao fazer renúncia à receita dos demais entes a título de subsidiar competência legislativa federal; (ii) o direito de propriedade, 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, atributo que decorre da própria titularidade desses bens; e (iii) a competência específica dos entes federados para modelar suas relações contratuais com base em normas gerais editadas pela União em matéria de contratos administrativos, notadamente em razão do dispositivo impugnado tornar o direito de passagem matéria impassível de disposição em contratos de concessão firmados pelos entes federados.

No que concerne à **inconstitucionalidade material**, pugna o PGR pela nulidade do dispositivo questionado por afronta aos princípios constitucionais da eficiência, da moralidade e da proporcionalidade e razoabilidade. No ponto, argumenta que “o impedimento a que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios cobrem



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Gabinete do Procurador Geral do Estado

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”.

Nesse sentido, a afronta aos mencionados princípios decorre da instituição de benefício que favorece exclusivamente prestadores de serviços prestados em larga medida sob regime de direito privado e concorrencial (*ofensa à impessoalidade e à moralidade*), **em detrimento da possibilidade de os entes federados disporem de seu acervo patrimonial para financiar suas atividades e serviços públicos**, sobretudo aqueles de interesse regional e local, num cenário de larga escassez de recursos para investimentos e serviços públicos (*ofensa à razoabilidade e à eficiência*).

I – DA INTERVENÇÃO

Prevista tanto no artigo 7º, § 2º, da Lei Federal n. 9.868/1999 como no artigo 138, do Código de Processo Civil, a intervenção de terceiro no controle concentrado de constitucionalidade tem o escopo de pluralizar e legitimar social e democraticamente o debate constitucional, com o aporte de informações fáticas e dados técnicos relevantes à melhor solução da controvérsia jurídica, de modo a auxiliar na interpretação da Constituição Federal.

Tal qual na aferição da legitimidade ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, deverá estar presente o requisito da pertinência temática, ou seja, a identificação do interveniente com o assunto em debate.

No presente caso, o juízo de constitucionalidade do dispositivo impugnado na presente ação possui relação direta com o regime de bens dos entes federados, notadamente no que concerne ao poder de gestão que os entes públicos possuem sobre os bens de sua titularidade, face à competência legislativa da União.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Gabinete do Procurador Geral do Estado

Com efeito, a proibição prevista no dispositivo questionado envolve diretamente o poder de disposição de todos os entes federados sobre infraestruturas (vias e faixas de domínio) e bens públicos de sua titularidade. Em perspectiva mais ampla, ademais, cabe ressaltar que a análise da constitucionalidade da disposição legislativa em questão possui especial **envergadura político-institucional no âmbito federativo**, porquanto serão definidos no caso parâmetros jurisprudenciais para o alcance das competências legislativas da União em matéria que reflete diretamente na forma como são geridos bens públicos e prestados serviços de titularidade dos Estados e Municípios.

Portanto, à luz da **relevância constitucional da matéria**, no que concerne às relações federativas, e da **representatividade adequada** do ESTADO DE SÃO PAULO como ente federado titular de bens e serviços sobre os quais repercute a norma impugnada, requer-se sua admissão na presente ação direta de inconstitucionalidade na qualidade de *amicus curiae*.

II – DA INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO – AUTONOMIA FEDERATIVA, DIREITO DE PROPRIEDADE E DE AUTO-ORGANIZAÇÃO DO ENTE FEDERATIVO – AS FAIXAS DE DOMÍNIO DAS RODOVIAS ESTADUAIS

Na esteira do pedido inaugural, entende o ESTADO DE SÃO PAULO ser incabível a vedação entabulada no dispositivo normativo inquinado e assim se manifesta com base (i) na autonomia federativa, (ii) no direito de propriedade, (iii) na liberdade contratual nos moldes definidos pelas normas gerais de contrato administrativo e (iv) no regime de competências estabelecido pela Constituição Federal.

À luz dos postulados constitucionais em referência, entende que a única leitura possível do dispositivo é no sentido de que a proibição ali prevista é válida apenas e tão-somente para bens e serviços da União.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Gabinete do Procurador Geral do Estado

Por se tratar de lei federal que impõe limitação ao exercício de competências inerentes ao direito de propriedade sobre bens públicos, ela não pode se revestir de caráter geral ou nacional, mas sim deve ser aplicável estritamente à esfera patrimonial da própria União.

De fato, em sendo a titularidade de bens públicos atribuída a todos os entes federados pela própria Constituição Federal (arts. 20 e 26, CRBF), **a supressão ou limitação dos poderes sobre esses bens não se mostra legítima pela via da legislação ordinária proveniente de ente político estranho**, sob pena de se franquear ilegítima ingerência patrimonial, e até mesmo política, de um ente na esfera de outro.

O patrimônio e o complexo de competências constitucionais compõem a própria dimensão política de autonomia dos entes federados no âmbito da organização político-institucional da Federação. Por conseguinte, permitir que a União estabeleça proibições de uso e disposição a Estados e Municípios de seus próprios patrimônios, **implica em suprimir parcialmente o poder de auto-organização² destes entes** no que tange especialmente **à capacidade de promoverem a gestão de seus bens com vistas à consecução das finalidades públicas a eles conferidas pela própria Constituição Federal**.

No ponto, releva destacar que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu configuração violação à autonomia dos Estados a edição de lei, pela União, que estabeleça ingerência em bens inseridos no domínio dos aludidos entes federativos. Com este fundamento, a Corte deferiu liminar na ADI 927-3 para conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 17, I, b, da Lei n. 8.666/93, que dispôs sobre a doação de bens imóveis, de modo que a expressão – “*permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de*

² É o que consta de forma precisa do parecer da lavra do procurador do Estado Mario Engler Pinto Jr., ao afirmar que “**os Estados são livres para dispor legislativamente sobre a forma de destinação do seu próprio patrimônio, não podendo a lei federal cercear-lhes tal faculdade**, salvo no que diga respeito a normas gerais de licitação e contratação, cuja observância obrigatória no âmbito interno decorre da regra impositiva prescrita na atual Carta Política (cf. art. 22, XXVII).” (PA-3 n. 79/1994) (g.n.).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Gabinete do Procurador Geral do Estado

governo” – somente tivesse aplicação no âmbito da própria União Federal³. Em seu voto, o Relator, Ministro CARLOS VELLOSO, consignou:

“(…) O Governador do Estado do Rio Grande do Sul sustenta, pois, em síntese, que o disposto na alínea b do inciso I do art. 17, que só permite a doação de imóvel para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo, é inconstitucional.

(…)

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

Tal qual no precedente acima colacionado, o artigo 12 *caput* da Lei federal n. 13.116/2015 deve ser tomado como dispositivo de lei aplicável estritamente

³Fundamento adotado no parecer PA 60-2019, da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, de lavra da procuradora Luciana Gasparini. O parecer versa precisamente sobre a matéria discutida na presente ação, e consolida o entendimento da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo quanto ao tema.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Gabinete do Procurador Geral do Estado

à União, não consubstanciando norma geral ou nacional de observância obrigatória para Estados e Municípios.

Aliás, a competência dos entes federativos para gestão de seu patrimônio é expressamente reconhecida no âmbito da própria legislação nacional que disciplina o regime jurídico dos bens públicos, vez que ao prever a possibilidade de uso oneroso de bens públicos, o artigo 103 do Código Civil condiciona tal faculdade à disciplina veiculada *“pela entidade a cuja administração pertencerem”*.

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

Portanto, a tese que se propõe, sob a ótica de ente federado cujos bens e serviços são afetados diretamente pela norma impugnada na presente ação, é a da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do dispositivo questionado, rechaçando-se a sua aplicação à esfera jurídica de Estados e Municípios.

A adoção da técnica decisória em questão permite a continuidade da vigência do dispositivo, mas com restrição de seu alcance normativo, de modo que bens e serviços estaduais e municipais não sejam abrangidos pela norma proibitiva ali insculpida.

O Supremo Tribunal Federal, em inúmeros precedentes, valeu-se da técnica da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, afastando interpretações e abrangência das normas impugnadas por afronta à Constituição Federal, a exemplo dos seguintes julgados: ADI 3278, Relator Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, DJe de 16-03-2016 e ADI 2866, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2010, DJe de 06-08-2010.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Gabinete do Procurador Geral do Estado

Especificamente no que concerne à posição do **ESTADO DE SÃO PAULO** em face do objeto da presente ação, é certo a norma impugnada repercute de forma especialmente gravosa no poder que o Estado detém de instituir **contraprestações pelo uso das faixas de domínio de rodovias estaduais** por agentes econômicos, de que são exemplo as companhias de telefonia, beneficiadas pela norma expressa no dispositivo impugnado na presente ação.

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, para a **promoção da modicidade tarifária**. Nesse último caso, a contraprestação paga em razão do uso das faixas de domínio ao concessionário que administra o complexo rodoviário, como receita acessória ao projeto de concessão, possibilita a redução do valor das tarifas de pedágio cobradas dos usuários ao ampliar a base econômica de financiamento do pacto concessório.

Assim, seja para garantir a modicidade tarifária, nos casos de rodovias concedidas, seja para permitir o desenvolvimento de ações voltadas à ampliação e melhoria da infraestrutura e dos serviços rodoviários, nos casos de administração direta pelo Poder Público, há **relevantes razões de ordem social e econômica na obtenção de receitas advindas da cobrança pelo uso de faixas de domínio**.

III – DA CONTRAPRESTAÇÃO DEVIDA PELO USO DE INFRAESTRUTURA PÚBLICA (FAIXAS DE DOMÍNIO DE RODOVIAS) POR AGENTES ECONÔMICOS – SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES PRESTADOS EM REGIME PRIVADO E CONCORRENCIAL – IMPOSSIBILIDADE DE APROPRIAÇÃO PRIVADA DE ATIVOS PÚBLICOS – AUTONOMIA PATRIMONIAL DO ESTADO

Inicialmente, é necessário expor as razões pelas quais não se sustenta a gratuidade da utilização das faixas de domínio de rodovias por companhias de telefonia para a instalação da infraestrutura necessária à prestação de seus serviços,



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Gabinete do Procurador Geral do Estado

ante a autonomia patrimonial do Estado e a impossibilidade de apropriação privada de ativos públicos.

Em que pese a indiscutível relevância social dos serviços públicos de telecomunicações, não há dúvidas de que **tais serviços estão inseridos em mercado competitivo e que são prestados com precípua finalidade lucrativa**. Nesse contexto, é certo que **os custos que compõem a implementação e gestão dos meios para a prestação do serviço devem ser arcados pelos próprios agentes que exploram economicamente o serviço**, aqui incluídos os custos concernentes à remuneração pelo uso faixas de domínio de rodovias.

É preciso esclarecer que as faixas de domínio integram efetivamente a **infraestrutura rodoviária**, pois, em razão de sua essencialidade à segurança das rodovias, nela são incorporados diversos serviços e obras a cargo do Poder Público, tais como como terraplanagem, aterro, drenagem, limpeza de vegetação, construção de cercas, fiscalização, etc. As próprias companhias de telefonia que utilizam essas estruturas se beneficiam das referidas obras e serviços realizados pelo administrador rodoviário, o que certamente também confere maior segurança às próprias linhas de transmissão de dados.

Nesse contexto, a infraestrutura necessária à prestação dos serviços, inclusive no que concerne à necessidade de utilização de bens de terceiro mediante indenização ou contraprestação (como ocorre com as servidões e, aqui, preços públicos pelo uso da infraestrutura pública rodoviária) **compõem a matriz econômica dos próprios serviços de telecomunicações**, sendo de responsabilidade da companhia que oferece tais serviços arcar com os respectivos custos e buscar estruturar seu negócio de modo a equacioná-lo economicamente com base nas possíveis receitas a serem auferidas (tarifas pagas por seus usuários).

Um exemplo é capaz de elucidar melhor o argumento. As leis que disciplinam o setor de telecomunicações estabelecem o dever de compartilhamento de infraestrutura pelos agentes setoriais, a fim de garantir o acesso a estruturas essenciais à prestação dos serviços. Com base em tais previsões normativas, o uso



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Gabinete do Procurador Geral do Estado

compartilhado da infraestrutura por companhias de telefonia é obrigatório, mas, frise-se, **sempre remunerado**. Assim, caso determinada companhia utilize a infraestrutura implementada por outra concorrente, obriga-se, por imposição legal, a remunerar o uso de tal infraestrutura.

De forma análoga, o mesmo raciocínio é válido na situação ora apresentada: trata-se, de igual modo, de utilização de infraestrutura pública (faixas de domínio) para se viabilizar a prestação de serviços por agentes econômicos, sendo devida, portanto, a respectiva contraprestação ao ente gestor da rodovia.

Diante desse cenário, deve-se **obstar a apropriação privada de lucros que decorram do uso de infraestrutura pública**. De se afastar a hipótese tratada na obra seminal de Garrett Hardin, em “*A Tragédia dos Comuns*”⁴, segundo a qual os bens públicos de uso comum, ao serem utilizados indistintamente em benefício de interesses privados, são expostos a progressivo esgotamento e inevitável colapso.

É fundamental frisar que a contraprestação pecuniária que decorre do uso remunerado das faixas de domínio administradas pelo Poder Público é revertida em favor dos próprios usuários das rodovias, em ações promovidas pelo ente gestor da malha rodoviária na melhoria da infraestrutura e dos serviços rodoviários. Assim, assegurar a prerrogativa do Estado em instituir cobrança pelo uso das faixas de domínio permite efetiva gestão da infraestrutura rodoviária visando à concretização de interesses públicos primários a cargo do ente estadual, **sobretudo num cenário de progressiva escassez de recursos públicos para investimentos e prestação de serviços de relevância social**.

Corroborando com os argumentos aqui esposados, destaque-se o posicionamento do professor Floriano de Azevedo Marques Neto, em obra paradigmática quanto ao tema (*Bens Públicos, Função Social e exploração econômica – O Regime Jurídico das Utilidades Públicas*, Ed. Fórum, 2009, p. 438-439):

⁴ HARDIN, Garrett. *The Tragedy of the Commons*. Science, New Series, Vol. 162, No. 3859 (Dec. 13, 1968), pp. 1243-1248.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Gabinete do Procurador Geral do Estado

O aproveitamento econômico dos bens públicos, de resto, não pode, nem deve, representar uma apropriação desigual das utilidades subjacentes aos bens públicos. Como ensina Philippe YOLKA, **não há contradição entre o interesse geral e o aproveitamento econômico**. Dede que este seja moldado em conformidade com a aplicação específica daquele, **há uma combinação, pois o produto desta exploração econômica se incorpora ao orçamento do poder público, seu titular, viabilizando também a consecução de finalidades públicas**.

Em um **contexto de exaurimento** da capacidade de financiamento do poder público, negar a possibilidade de “rentabilização” do seu patrimônio significa **tolher a capacidade de o Estado financiar o cumprimento de políticas públicas** e, assim, dificultar a promoção (e oferta) de várias possibilidades de ‘bens públicos’ (aqui no sentido econômico).

No mesmo sentido se firmam os fundamentos pelos quais o PGR sustenta a procedência do presente pedido, ao afirmar que *“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”*.

Nessa perspectiva, busca-se demonstrar que toda intervenção limitadora nessa esfera de competência do Estado configura óbice ilegítimo à plena consecução das finalidades públicas associadas à infraestrutura rodoviária e aos serviços prestados por seu intermédio, por afrontar o regime de competências definido na Constituição Federal.

Com base nos fundamentos expostos, o dispositivo questionado na presente ação extrapola a normatização relativa a telecomunicações (art. 22, IV, da CF/1988) ao fixar restrição absoluta à cobrança de contraprestação pelo uso de infraestrutura rodoviária gerida diretamente ou de forma delegada pelo Estado de São Paulo (art. 25, CRFB).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Gabinete do Procurador Geral do Estado

A prerrogativa do Estado de instituir cobrança pela utilização da faixa de domínio de rodovias de sua titularidade fundamenta-se na autonomia de que dispõem os entes federativos de auto-organização e gestão do respectivo patrimônio público. Esses poderes inerentes à auto-organização são corolários do princípio federativo (art. 1º c.c. art. 18, CRFB), cuja legitimidade se ampara na consecução das finalidades públicas atribuídas pela Constituição Federal aos entes federados, por meio do exercício de suas funções constitucionais e da prestação dos serviços de sua competência.

IV – DA IMPOSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA DA UNIÃO NA ESFERA CONTRATUAL DE SERVIÇOS PÚBLICOS ESTADUAIS – COMPETÊNCIAS PRÓPRIAS E EXCLUSIVAS DOS ESTADOS NA MODELAGEM E GESTÃO DE SEUS CONTRATOS DE CONCESSÃO – REMUNERAÇÃO DO USO DE FAIXAS DE DOMÍNIO COMO FATOR DE PROMOÇÃO DA MODICIDADE TARIFÁRIA

O dispositivo impugnado na presente ação estende a vedação nela prevista também às hipóteses em que os bens públicos ou instalações sejam explorados por meio de concessão ou outra forma de delegação. Quanto a esse aspecto, a norma padece de evidente vício de inconstitucionalidade por restringir indevidamente a esfera contratual de serviços públicos estaduais delegados.

A Constituição Federal atribui à União competência estrita para editar normas gerais em matéria de contratos administrativos (art. 22, XXVII, CRFB), o que por certo não abrange a exclusão específica e pontual do campo de deliberação e de modelagem contratual, por Estados e Municípios, da possibilidade de se dispor contratualmente acerca do aproveitamento de potenciais econômicos de seus bens e infraestruturas públicos.

Em preciso voto proferido no julgamento na ADI n. 4060/SC, Vossa Excelência apresentou sólidos fundamentos que vão ao encontro da posição argumentativa que aqui se defende:



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Gabinete do Procurador Geral do Estado

Então, a mim me parece que essa é uma questão importante no debate federativo. O próprio professor Konrad Hesse, chamando atenção para o modelo alemão, dizia: **legislar sobre normas gerais não pode permitir que a União use dessa competência de forma exaustiva.** E tem de deixar competência substancial para o estado-membro. Mas, infelizmente, até são poucos os casos em que os estados-membros vêm até a esta Corte. E me lembro de um em que o governador Mário Covas, salvo engano, de São Paulo, questionava a Lei de Licitação, **exatamente porque seriam normas gerais de licitação e acabou por exaurir todo o sistema.** (g.n.)

Portanto, também sob esse viés, a norma inquinada desborda das competências legislativas atribuídas pelo legislador constituinte à União, precisamente por ter o ente federal estabelecido proibição em hipótese dotada de evidente especificidade, **coarctando os poderes de Estados e Municípios quanto à disposição contratual de seu patrimônio e as possibilidades de organização de seus serviços.**

Em importantes julgamentos, o Supremo Tribunal Federal rechaçou a edição de legislação, por ente da Federação, que invada a esfera de competência de outros entes, mediante interferência em relações jurídico-contratuais estipuladas em contratos de concessão de serviços públicos. Por todos, eis o precedente firmado na ADI 2337, da lavra do Exmo. Ministro Celso de Mello:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS - INVASÃO, PELO ESTADO-MEMBRO, DA ESFERA DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO E DOS MUNICÍPIOS - IMPOSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA DO ESTADO-MEMBRO NAS RELAÇÕES JURÍDICO-CONTRATUAIS ENTRE O PODER CONCEDENTE FEDERAL OU MUNICIPAL E AS EMPRESAS CONCESSIONÁRIAS - INVIABILIDADE DA ALTERAÇÃO, POR LEI ESTADUAL, DAS CONDIÇÕES PREVISTAS NA LICITAÇÃO E FORMALMENTE ESTIPULADAS EM CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS, SOB REGIME FEDERAL E



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Gabinete do Procurador Geral do Estado

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

(ADI 2337 MC, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 20/02/2002, DJ 21-06-2002 PP-00096 EMENT VOL-02074-01 PP-00152)

É certo que a maior parte dos julgados dessa e. Suprema Corte concernentes à matéria envolvem a impossibilidade de Estados e Municípios editarem leis que interfiram na esfera de contratos de concessão da União. Não obstante, ante a necessária **isonomia entre os entes federados**, a mesma lógica aplicável a serviços delegados da União deve valer também para os casos em que **é o próprio ente federal que, pela via legislativa, estabelece ilegítima interferência no campo dos serviços estaduais e municipais que sejam objeto de concessão**, como ocorre na espécie.

Com efeito, não há ordem de preferência entre serviços prestados pelos entes federados, de modo que deve ser vedada no sistema federativo a prevalência econômica de um grupo de serviços a cargo de um determinado ente em detrimento dos bens ou serviços de outro. Nesse sentido, **não se pode admitir no âmbito do Estado federado a instituição de gratuidade em favor de serviços de**



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Gabinete do Procurador Geral do Estado

telecomunicações para o uso de bens e infraestruturas estaduais e municipais, em detrimento de serviços públicos prestados por Estados e Municípios, serviços esses que também possuem proteção constitucional.

Aplicando-se tal entendimento às rodovias estaduais, é inequívoco que, à luz do princípio federativo, não há como prevalecer a injusta preferência dos serviços telecomunicações, autorizados pela União, em face do serviço público vinculado à infraestrutura rodoviária estadual. Seja a gestão de rodovias realizada diretamente pelo Poder Público estadual, seja por intermédio de delegatários, deve ser resguardado o poder do Estado de gerir sua infraestrutura rodoviária, o que inclui a prerrogativa estadual de instituir cobrança pelo **uso anormal e específico** de tal infraestrutura por agentes econômicos.

De outro lado, cabe destacar que proibições como a prescritas pelo artigo impugnado, veiculadas por leis federais, retiram da esfera contratual de Estados e Municípios importantes meios de melhor gerir seus serviços por meio de concessões visando à concretização de relevantes interesses públicos. A título de exemplo, a legislação federal, no artigo 11 da Lei n. 8.987/95, autoriza o poder concedente a prever em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de obtenção de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, **com vistas a favorecer a modicidade das tarifas.**

A hipótese compreende justamente a **autorização para exploração econômica das faixas de domínio de rodovias concedidas**, sendo tal fonte de receita acessória prevista em diversos contratos de concessão de rodovias no **ESTADO DE SÃO PAULO**, como meio de ampliação da base econômica de financiamento do projeto.

A **definição da política tarifária** das concessões de rodovias estaduais é exclusiva do próprio Estado (Poder Concedente), de modo que interferências de outros entes federados nesse campo se revelam contrárias à Constituição Federal (art. 175, Parágrafo Único, III, CRFB).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Gabinete do Procurador Geral do Estado

A gratuidade conferida por lei federal às companhias de telefonia para instalação de infraestrutura nas faixas de domínio de rodovias estaduais concedidas é medida que **restringe de forma ilegítima a prerrogativa estadual própria e exclusiva de fixação da política tarifária das concessões nesse setor**, ao vedar a possibilidade de se considerar na formulação da política os potenciais econômicos decorrentes da exploração dos ativos (*patrimônio e serviços*) incorporados nas faixas de domínio dos complexos rodoviários abrangidos pelo objeto concessório.

Além disso, ao se impedir a cobrança de companhias de telefonia pela instalação de redes de transmissão de dados em faixas de domínio, está-se impactando diretamente a esfera jurídica dos usuários de rodovias estaduais concedidas, pois a vedação em questão reduz as fontes de receita dos projetos de concessão rodoviária, o que acarreta inevitável elevação das tarifas de pedágio.

Portanto, nada mais legítimo, à luz da ordem constitucional, que seja afastado o óbice legal à instituição de preços públicos pelo uso de faixas de domínio por companhias para a instalação de infraestrutura de telecomunicações, sob pena de se admitir indevida interferência da União na esfera contratual do Estado, a produzir prejuízos diretos não só ao Poder Público estadual, mas também aos usuários dos serviços rodoviários por este delegados por meio de contratos de concessão.

V – DA INAPLICABILIDADE DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 581.947 (TEMA 261 DA REPERCUSSÃO GERAL) À PRESENTE CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL – USO REMUNERADO DE BENS E INFRAESTRUTURA PÚBLICAS – COBRANÇA DE PREÇOS PÚBLICOS

Há de se afastar a aplicação do entendimento firmado no precedente firmado no RE n. 581.947 (Tema RG 261) à controvérsia constitucional posta na presente ação. Isso porque o precedente em questão diz respeito, especificamente, à impossibilidade de entes municipais instituírem taxas para a autorização de uso do solo, subsolo ou espaço aéreo de bens públicos por prestadoras de serviço público fornecedoras de energia elétrica. Tais taxas (espécies tributárias, portanto) foram



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Gabinete do Procurador Geral do Estado

declaradas ilegítimas por esse e. STF, em jurisprudência que se elasteceu para abranger concessionárias de outros serviços públicos.

Inicialmente, cumpre mais uma vez frisar que **os serviços de telecomunicações são prestados por agentes econômicos em mercado competitivo**, segundo os princípios constitucionais que regem as atividades econômicas em sentido estrito, em situação bastante distinta dos fornecedores de energia elétrica e de outros serviços públicos de estrutura monopolística. Conforme expõe o Procurador Geral da República nos fundamentos da ação proposta, preponderam nos serviços de telecomunicações vínculos próprios do regime de direito privado, o que os afasta do regime constitucional próprio dos serviços públicos.

Então, o precedente paradigma firmado no RE n. 581.947, ao se referir estritamente a prestadores de serviço público, não se aplica à discussão posta na presente ação, que abrange tão somente serviços de telecomunicações, que, frise-se, estão inseridos em regime concorrencial e eminentemente privado.

Em que pese a existência de julgados dessa e. Corte Suprema que aplicam o entendimento firmado no referido tema a prestadoras de serviços de telecomunicações (vide RE n. 1.211.802/SP), verifica-se que nesses casos aplicou-se estritamente a sistemática da repercussão geral, sem que se procedesse ao *distinguishig* existente em relação ao regime a que estão submetidas companhias de telefonia. Assim, **o tema está a comportar maior aprofundamento à luz das digressões expostas na presente ação, no que concerne ao regime e à estrutura de mercado próprios em que estão inseridos os agentes que exploram economicamente os serviços de telecomunicações.**

É o que sustenta o PGR ao asseverar que *“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*



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Gabinete do Procurador Geral do Estado

em serviços em regime privado por ato administrativo do Poder Público, circunstância não vislumbrada, técnica ou juridicamente, nos serviços públicos não concorrenciais”⁵.

De outro lado, no que tange à natureza da contraprestação, há clara distinção entre as contraprestações exigidas de companhias de telefonia pelo uso de bens e infraestrutura públicos e as taxas municipais declaradas inconstitucionais por esse e. STF.

No julgamento do tema 261/STF foi declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Lei n. 1.199/2002, do Município de Ji-Paraná, que instituíra taxa tendo como fato gerador o uso e ocupação do solo e espaço aéreo por postes, ou seja, a questão diz essencialmente com a incompatibilidade do fato gerador eleito pelo legislador municipal para a instituição do tributo taxa, visto não se tratar de exercício de poder de polícia ou utilização de serviços públicos (art. 145, II, CRFB).

Com contornos nitidamente diversos, a controvérsia posta na ação refere-se à instituição de contraprestação pelo uso de bens e infraestruturas públicas por companhias de telefonia, o que constitui na verdade cobrança de preço público, que se ampara usualmente em **instrumento de permissão de uso** aderido por aqueles agentes econômicos que requeiram o uso das infraestruturas e bens públicos para a instalação de suas redes de transmissão de dados e insumos.

Assim, diferem, quanto à natureza, a contraprestação pecuniária em cada uma das hipóteses analisadas, tanto em razão do **fundamento da cobrança** quanto da **compulsoriedade**, a qual caracteriza o recolhimento das taxas, espécie tributária que são, mas não dos preços públicos, nos quais vigora o regime de adesão voluntária.

⁵ Destaque-se o teor dos seguintes artigos da Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472/1997):

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



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Gabinete do Procurador Geral do Estado

Por sua vez, ao se examinar a questão das faixas de domínio de rodovias, está-se diante de **remuneração pelo uso de infraestrutura pública**, diretamente vinculada a um serviço público específico (serviços rodoviários). Não se trata, portanto, de contraprestação simplesmente pelo uso do solo, subsolo ou espaço aéreo, **mas especificamente pelo uso das faixas de domínio que integram a própria infraestrutura rodoviária**.

Nesse contexto, defende-se a exigência de contraprestação das companhias de telefonia que instalem suas linhas de transmissão na infraestrutura rodoviária preexistente, a qual está associada à prestação de outro serviço público também essencial, isto é, a implementação e gestão dos serviços rodoviários.

Oportuno frisar mais uma vez que as companhias de telefonia que utilizam as faixas de domínio de rodovias estaduais para a instalação de suas redes de transmissão de dados também beneficiam-se das obras e serviços incorporados pelo Poder Público em tais espaços, sobretudo no que concerne à manutenção das faixas de domínio e à fiscalização de seu uso adequado, o que certamente também confere maior segurança às próprias linhas de telefonia.

Portanto, à luz de tais circunstâncias, não há como confundir a tributação pelo uso de espaços públicos municipais, de um lado, e a remuneração pela utilização de **infraestrutura pública rodoviária** disponibilizada às companhias de telefonia, de outro lado. A controvérsia constitucional posta na ação, como visto, se conforma à última hipótese, de modo que a ela não devem ser aplicados precedentes desse e. STF quanto à tributação municipal pelo uso de espaços públicos.

PEDIDOS

Ante o exposto, requer o **ESTADO DE SÃO PAULO**:

i) sua admissão na qualidade de interveniente, definindo-se sua atuação nos termos do artigo 138, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil;



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Gabinete do Procurador Geral do Estado

ii) o acolhimento dos fundamentos aqui inscritos, com a procedência do pedido a fim de que seja declarada a inconstitucionalidade do artigo 12 *caput* da Lei federal n. 13.116, de 20 de abril de 2015, sem redução de texto, de modo a se afastar toda e qualquer interpretação no sentido de sua aplicação a bens e infraestruturas estaduais, sobretudo no que tange a rodovias inseridas no domínio estadual e suas respectivas faixas de domínio.

De São Paulo para Brasília, em 31 de julho de 2020.

MARIA LIA PORTO CORONA
PROCURADORA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

LEONARDO COCCHIERI LEITE CHAVES
PROCURADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO