



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Yan Araujo Vitoriano

**Direito de passagem em bens públicos para
infraestrutura de telecomunicações: fundamentos e
consequências da ADI 6.482/2020**

Brasília, DF
2025

Yan Araujo Vitoriano

**Direito de passagem em bens públicos para
infraestrutura de telecomunicações: fundamentos e
consequências da ADI 6.482/2020**

Monografia apresentada à Banca Examinadora
na Faculdade de Direito da Universidade de
Brasília, como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Mariana
Devezas Rodrigues Murias De Menezes

Brasília, DF
2025

Yan Araujo Vitoriano

Direito de passagem em bens públicos para infraestrutura de telecomunicações: fundamentos e consequências da ADI 6.482/2020

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel, na Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Aprovada em ____ de _____ de 2025.

BANCA EXAMINADORA

**Professora Dr. Mariana Devezas Rodrigues Murias De Menezes –
Orientadora**
Universidade de Brasília

Professora Dr. Jéssica Amanda Fachin
Avaliadora – Universidade de Brasília

Professora Ma. Kaliane Wilma Cavalcante De Lira
Avaliadora – Universidade de Brasília

Brasília – DF

2025

Agradecimentos

A finalização desse ciclo é mérito das pessoas que me apoiaram incondicionalmente, seja dentro ou fora da Universidade.

Agradeço aos meus pais, Madalena e Valdir, às minhas avós, Nasaré e Maria do Carmo (in memorian), ao meu tio, Thiago, à minha irmã, Luana, ao Gerson, à Priscila, à Pietra e à Liv. Eu não poderia ser mais feliz em ter vocês como família.

Agradeço especialmente à querida Veida, minha companheira de vida e personificação do que é a felicidade. Nenhuma conquista seria possível sem você. E, como compôs Andrew Hozier, “não há nada mais doce que você, seu amor é tão doce quanto pode ser e quando minha hora chegar, nenhum túmulo poderá segurar meu corpo.”

Agradeço aos meus amigos de infância e do CEMI, pessoas geniais que conquistaram o mundo e me incentivam a ser melhor.

Sou grato também à Carolina Caputti, à Renata Magalhães e ao GMDT por todas as conversas sobre os mais diversos temas, pelos textos, pelas possibilidades de desenvolver habilidades que pareciam impossíveis antes de tentar e pela ajuda nessa reta final. Foi um privilégio poder ser parte dessa equipe.

Aos amigos e advogadas do Piquet, Magaldi e Guedes Advogados, pelas tardes e conversas. O Escritório foi uma verdadeira escola sem a qual não teria conseguido alcançar meus objetivos.

Agradeço à Conexis, em especial à Maria Eliza, Natasha, Guilherme, Jonathan e Thays, pela oportunidade de me permitir conhecer mais sobre esse mundo tão complexo quanto o das telecomunicações.

Agradeço à ASIBAMA, especialmente à Thalyssa e Lindalva pela primeira oportunidade e confiança.

Todos vocês são pessoas muito importantes e me permitiram ter novas perspectivas sobre minha realidade.

Agradeço também à Universidade de Brasília e suas políticas de inclusão e permanência, tão necessárias a fim de promover o desenvolvimento de uma sociedade mais justa, bem como ao corpo docente e técnicos da Faculdade de Direito.

A todos que pisaram em espinhos e fizeram-se de tapete para que meus pés não fossem furados.

-Kelvin B. Freitas (okaelikelvin).

Resumo

O objetivo do presente trabalho será a análise das consequências jurídicas da instituição do direito de passagem trazido pelo artigo nº 12 lei nº 13.116/2015, bem como a declaração de sua constitucionalidade feita pelo Supremo Tribunal Federal. Será verificado se as premissas utilizadas pelo STF estão compatíveis com a racionalidade legislativa vista a partir da Teoria da Legislação de Manuel Atienza, com a justificação jurídica dos critérios criados por Matheus Monteiro e em que medida a afetação dos bens públicos importa para a concessão da gratuidade de passagem. Por fim, será visto em que medida esses reflexos jurídicos são repercutidos sobre o tema, com destaque para a interpretação realizada pelo Superior Tribunal de Justiça baseada no julgamento do recurso especial nº 1.990.245. O método utilizado será o dedutivo para pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras chave: Infraestrutura de telecomunicações; direito de passagem; justificação jurídica e legislativa.

Abstract

The objective of this paper is to analyze the legal consequences of the institution of the right of passage brought about by article 12 of law 13.116/2015, as well as the declaration of its constitutionality made by the Supreme Federal Court. It will be verified whether the premises used by the STF are compatible with the legislative rationality seen from the Theory of Legislation of Manuel Atienza, with the legal justification of the criteria created by Matheus Monteiro and to what extent the affectation of public assets matters for the granting of free passage. Finally, it will be seen to what extent these legal reflections are repercussed on the subject, with emphasis on the interpretation made by the Superior Court of Justice based on the judgment of special appeal no. 1.990.245. The method used will be the deductive one for bibliographic and jurisprudential research.

Keywords: Telecommunications infrastructure; right of way; legal and legislative justification.

Sumário

1. Introdução	9
2. Conceitos fundamentais e a problemática no compartilhamento da infraestrutura	11
2.1. O regime jurídico e titularidade dos bens públicos e a infraestrutura de telecomunicações enquanto meio para prestação de serviços públicos	14
3. A justificação legislativa e jurídica ao direito de passagem e os reflexos jurídicos da ADI nº 6.482/DF	16
3.1. Histórico de tramitação dos Projetos de Lei nºs 293/2012 e 5.013/13	16
3.2. A Justificação Legislativa	19
3.3. A Justificação judicial	22
3.4. O Superior Tribunal de Justiça e o caso do REsp nº 1.990.245/SP	28
4. Conclusão	33
5. Referências bibliográficas	36

1. Introdução

Após as crises e superação dos paradigmas dos Estados liberal e social, se observou na iniciativa privada a possibilidade de melhor prestação dos serviços públicos, que não deixariam de ser de titularidade do Poder Público, mas haveria a opção de serem prestados por particulares sob diversos regimes de delegação, dentre os quais se destacam a concessão, a permissão, a autorização e as parcerias público-privadas.

No Brasil essa tendência passou a ter força com a redemocratização e foi traduzida na Constituição da República de 1988 e na legislação subsequente. Já nos caputs dos artigos 173, 174 e 175 da Constituição Federal foi determinada essa mudança no entendimento do Estado para acabar com a figura do “Estado Empresário” para compreendê-lo como Estado subsidiário, ou seja, deixando que a iniciativa privada atue com mais liberdade nos serviços públicos e onde sua intervenção não é estritamente necessária, destacando seu papel coordenador, fomentador e fiscalizador dessa iniciativa privada (Di Pietro, 2015).

Com o setor de telecomunicações não foi diferente. Desde o surgimento das primeiras tecnologias no País em meados de 1880, o Estado participava muito pouco e inúmeras empresas prestavam o serviço de forma descompassada e muitas vezes sem seguir padronizações mínimas que possibilitassem uma maior eficiência do setor. A partir da década de 1960, a estagnação dos meios de comunicação ensejou a centralização do serviço pelo Estado na figura da União, passando a ser vista como ponto crucial à segurança e soberania nacional e que gerou considerável avanço na melhoria da infraestrutura e integração nacional, mas que não se sustentou e teve seu declínio marcado pela promulgação da Emenda Constitucional nº 8/95, que possibilitou a prestação do serviço por meio de empresas privadas (ARANHA, 2024).

Segundo dados de 2024 da ANATEL ¹, 99,70 % dos moradores de áreas urbanas do Brasil estavam cobertos pelos serviços de telecomunicações em 5.565 (cinco mil e quinhentos e sessenta e cinco) municípios. Ainda, Segundo a Conexis Brasil Digital, entidade que reúne as empresas de telecomunicações e de conectividade, até o primeiro semestre de 2023 o setor realizou investimentos de

¹ <https://informacoes.anatel.gov.br/paineis/infraestrutura>

cerca de 585 bilhões de reais desde 1998². Isso demonstra a importância que tem o setor de telecomunicações não só para o avanço da universalização dos serviços, mas também para a economia nacional e para o desenvolvimento tecnológico.

Em razão de sua importância, em 2015 foi promulgada a Lei nº 13.116, fruto dos Projetos de Lei nºs 293/2012 e 5.013/2013, que instituiu a gratuidade do direito de passagem da infraestrutura de telecomunicações como se vê no caput do art. 12:

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.

Mas em que pese existir a gratuidade do direito de passagem desde 2015 e decisão em sede de controle concentrado exarada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 6.482/2020, que julgou a constitucionalidade da norma, persiste insegurança na garantia deste direito, especialmente a partir da classificação que se dá quanto a natureza jurídica e titularidade de determinados bens públicos, o que, via de regra, pertence ao campo da interpretação do julgador (Rosa, 2022).

Sendo assim, o presente trabalho buscará compreender como o julgamento da constitucionalidade do direito de passagem se justifica a partir dos aspectos legislativos e jurídicos, bem como estabelecer confronto dessa decisão com o estudo do mérito de julgado recente do Superior Tribunal de Justiça, que afastou a incidência da norma a partir da interpretação da natureza e titularidade do bem público envolvido³. Se pretende esmiuçar a justificação legislativa a partir da teoria da legislação de Manuel Atienza e, por fim, a justificação jurídica da decisão seguindo os critérios elaborados por Matheus Monteiro⁴.

² https://conexis.org.br/wpcontent/uploads/2023/10/DESEMPENHO_SETOR_TELECOM_2T23-1.pdf.

³ No REsp nº 1.990.245/SP (também indicado como informativo de jurisprudência nº 827), o STJ criou exceção à gratuidade por conta da releitura da natureza jurídica de bem público.

⁴ Monteiro, Matheus Vidal Gomes. **Legitimidade Jurisdicional e Fundamentação Da Decisão Judicial**. In: MONTEIRO, Matheus: Desafios e Perspectivas Do Direito Processual Civil Contemporâneo. Belo Horizonte: Ed. Dialética, 2020. p. 103 – 137.

Visto isso, o trabalho será estruturado em 3 partes, sendo a primeira responsável por trazer a definição de conceitos fundamentais para a contextualização do problema existente, a segunda por delinear os métodos de justificação legislativa e judicial do direito de passagem da infraestrutura de telecomunicação e a questão da afetação dos bens públicos no direito ou não à gratuidade e o último capítulo responsável por trazer as constatações e principais problemas decorrentes trazidos pela norma.

2. Conceitos fundamentais e a problemática no compartilhamento da infraestrutura

As redes de telecomunicações constituem o meio físico que viabiliza a atividade de telecomunicação em si, que foi definida da seguinte forma pela lei nº 9.472/97:

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.

Embora a atividade telecomunicações possa ter uma maior margem interpretativa em razão da redação da norma, fazendo compreender que todo serviço de transmissão de informação poderia ser considerado como serviço de telecomunicação, o que não ocorre, devendo ser interpretado somente como os serviços de transmissão de processos elétricos, luminosos e eletromagnéticos (Aranha, 2024), o conceito trazido é suficiente para a compreensão da problemática do compartilhamento de infraestrutura.

É importante salientar também que como o enfoque deste trabalho é analisar os reflexos jurídicos da ADI nº 6.482 e considerando que existem diversas modalidades de prestação dos serviços de telecomunicações e, conseqüentemente, de regimes jurídicos aplicáveis a eles, todos serão tratados da mesma forma, uma vez que o recorte de pesquisa gira em torno dos bens públicos, e na medida necessária, dos serviços públicos com o fito de destrinchar a justificação do direito de passagem da infraestrutura incorporado pela legislação analisada.

A lei nº 13.116/2015, conhecida como lei geral de antenas, significou grande avanço para o setor de telecomunicações porque garantiu a gratuidade da passagem da infraestrutura pautada principalmente na integração das redes e eficiência dos

recursos empenhados a fim de cumprir com seu papel econômico e social. Sem essa estrutura da rede física os meios digitais ficam impossibilitados, tendo em vista a dinâmica do funcionamento da rede altamente dependente.

Também é importante compreender o conceito de infraestrutura de telecomunicações, que pode ter diversas definições, mas para o escopo desse trabalho serão tratados como idênticos os conceitos de infraestrutura de suporte e redes de telecomunicação que formam a infraestrutura de telecomunicação e tem suas definições concebidas respectivamente no artigo 3º, incisos VI e X da lei geral de antenas:

Art. 3º Para os fins desta Lei, adotam-se as seguintes definições:

VI - infraestrutura de suporte: meios físicos fixos utilizados para dar suporte a redes de telecomunicações, entre os quais postes, torres, mastros, armários, estruturas de superfície e estruturas suspensas;

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.

A diferença pode parecer sutil entre os conceitos, mas se tem nela a repartição de competência dos municípios para legislar sobre o direito urbanístico aplicável à infraestrutura de suporte e da União para legislar sobre telecomunicações. Ainda, a lei nº 13.116/15 também conceitua o direito de passagem em seu artigo 3º, inciso IV, como sendo a:

“prerrogativa de acessar, utilizar, atravessar, cruzar, transpor e percorrer imóvel de propriedade alheia, com o objetivo de construir, instalar, alterar ou reparar infraestrutura de suporte, bem como cabos, sistemas, equipamentos ou quaisquer outros recursos ou elementos de redes de telecomunicações”

A referida lei foi regulamentada por meio do decreto nº 10.480/20, que igualmente buscou definir o que são as infraestruturas de outros setores econômicos que deveriam tolerar o direito de passagem bem como as condições para sua existência, sendo:

Art. 3º Para fins do disposto no art. 16 da Lei nº 13.116, de 2015, consideram-se obras de infraestrutura de interesse público:

I - a implantação, a ampliação e a adequação da capacidade de rodovias federais, estaduais e distritais e de vias municipais; e

II - a implantação ou a ampliação:

a) da capacidade de ferrovias;

b) de sistemas de transporte público sobre trilhos ou subterrâneos;

- c) de linhas de transmissão de energia elétrica;
- d) de gasodutos, de oleodutos ou de outros dutos para a movimentação de hidrocarbonetos fluidos e de biocombustíveis; e
- e) de redes de esgotamento sanitário e de drenagem urbana.

[...]

Art. 9º Não será devida contraprestação em razão do direito de passagem para a instalação de infraestrutura de redes de telecomunicações em faixas de domínio, em vias públicas e em outros bens públicos de uso comum do povo, incluídas as obras de que trata o art. 3º que estiverem concluídas, ainda que os referidos bens ou instalações sejam explorados por meio de concessão ou outra forma de delegação.

§ 1º O interessado reparará dano causado à faixa de domínio, às vias públicas e a bens de uso comum do povo decorrente da instalação, da manutenção, da remoção ou da realocação da infraestrutura de redes de telecomunicações.

§ 2º O disposto no caput não abrange os valores cobrados pelo órgão ou pela entidade gestora da faixa de domínio, da via pública ou de outro bem público de uso comum do povo para custear a análise das propostas técnicas de instalação de infraestrutura de redes de telecomunicações.

§ 3º O disposto no caput aplica-se às áreas urbanas e rurais.

Fixadas esses primeiros conceitos, se tem no Brasil a problemática do uso e compartilhamento da infraestrutura. Desde seu advento o setor de telecomunicações, com o objetivo de otimizar recursos, passou a usar da infraestrutura de outros setores instalando e perpassando seus próprios sistemas. Isso ocorreu porque era o Estado o principal agente econômico e mantedor dos nascentes serviços públicos, de forma que era mais racional promover a construção das infraestruturas concentradas o tanto quanto possível. Um exemplo clássico do compartilhamento de infraestrutura é uso dos postes de transmissão e distribuição de energia pelas operadoras de telecomunicações que usam para a hospedar as redes de fios (Assis, 2024).

Para tornar ainda mais complexa a problemática em torno da gratuidade do direito de passagem é importante destacar que a lei nº 8.987/95, conhecida como lei geral de concessões, em seu artigo 11, permitiu aos particulares prestadores de serviços públicos explorarem atividades econômicas acessórias aos contratos de concessão com o objetivo de aumentar seu retorno financeiro e a modicidade tarifária. De alguma maneira a Lei Geral de Antenas anteviu essa possibilidade e ressalvou o direito de cobrança pelo compartilhamento de infraestrutura nos casos pretéritos ao advento da lei e também sem prejuízo ao acordo firmado entre as partes, mas sem descaracterizar o direito nascente em 2015.

Nesse sentido, considerando que a racionalidade que permeia a relação dos particulares que executam os serviços públicos e que possibilita sua existência é a empresarial para maximização de seus ganhos, surge uma disputa em torno na classificação dos bens públicos a fim de incluí-los no rol de “uso comum do povo” para os prestadores de serviços de telecomunicações e nas demais classificações para os prestadores de serviços públicos diversos.

Antes de adentrar no capítulo sobre os fundamentos da ação direta de inconstitucionalidade nº 6.482 é necessário tecer algumas considerações sobre bens e serviços públicos enquanto institutos disputados que garantem e fundamentam (ou não) o direito à gratuidade de passagem.

2.1. O regime jurídico e titularidade dos bens públicos e a infraestrutura de telecomunicações enquanto meio para prestação de serviços públicos

O setor de telecomunicações é um dos serviços públicos que normalmente são prestados a título precário por meio de permissão ou autorização a depender da modalidade de telecomunicação de que se trata, o que permite maior liberdade para esses agentes nos mercados em que participam. Até mesmo serviços que costumavam ser prestados sendo submetidos ao regime jurídico de direito público, como o serviço telefônico fixo comutado (STFC) estão sendo flexibilizados para serem prestados por outros meios⁵, vista a evolução tecnológica e mudança no comportamento dos usuários.

De outro modo, as infraestruturas listadas no artigo 3º do decreto nº 10.480/2020, geralmente, são prestados por concessão e são submetidos ao regime instituído pela lei nº 8.987/95. Mas então se estas infraestruturas são consideradas bens públicos afetados à prestação de serviços públicos o direito à gratuidade de passagem não deveria incidir e não gerar maiores discussões?

A resposta não é tão intuitiva. Os administrativistas não são uníssomos quanto ao regramento aplicável aos bens públicos. A noção de bem público está atrelada à coisa destinada à fruição da coletividade e a concretização dos direitos e garantias fundamentais (Filho, 2024) de modo que alguns incluem todos os bens afetados à

⁵ A lei nº 13.879/19 alterou a lei nº 7.472/97 para permitir que as concessionárias de telefonia fixa realizem a migração de regime: <https://www.gov.br/anatel/pt-br/assuntos/noticias/anatel-publica-regras-para-a-adaptacao-de-concessao-para-autorizacao-da-telefonia-fixa>

essa destinação, mesmo os bens particulares, ao abranger tudo no conceito de domínio público, como faz Celso Antônio Bandeira de Mello⁶, mas que encontra resistência, por exemplo, no entendimento firmado por José dos Santos Carvalho Filho ao definir que o uso de um bem particular utilizado pelo Estado não o transmuda automaticamente em público⁷.

Esses estudiosos classicamente costumam classificar os bens públicos conforme sua destinação, nos moldes trazidos pelo Código Civil em seu artigo 99, como sendo de uso comum do povo, de uso especial e bens dominicais da administração pública submetidos a um regime de direito público que pode ter diversas gradações conforme sua destinação (Filho, 2024).

Interessa neste momento os dois primeiros tipos de bens, que no entendimento de Marçal Justen Filho podem ser definidos respectivamente como: (i) os bens necessários ou úteis e que não devem ser submetidos ao uso exclusivo de ninguém passíveis de serem identificados a partir da conjugação de sua natureza e destinação; e (ii) os bens aplicados ao desempenho das atividades do Estado configurando estas um serviço público ou não e sendo afetados para a prestação de um serviço público se caracterizando pela satisfação de necessidade externa ao ente estatal (Filho, 2024).

Nessa linha, levando em consideração que os bens públicos, considerados de forma abrangente, se prestam a concretizar direitos fundamentais e a possibilidade de afetá-los para a prestação de serviços públicos mesmo que pertencentes à esfera privada de particulares prestadores de serviços públicos, seria possível interpretar a norma para estender o direito à gratuidade do direito de passagem à todas as infraestruturas que também são destinadas a este fim.

Desdobrando essas formulações para explorar qual seria a natureza dos serviços de telecomunicações, se tem a definição de que se trata de toda atividade que pode ser usufruída pelo administrado e assumida como pertinente por parte do Estado submetida a um regime jurídico de direito público a fim de proteger os

⁶ Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 36ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 813.

⁷ Filho, José dos Santos C. Manual de Direito Administrativo - 38ª Edição 2024. 38. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2024. E-book. p.1001. ISBN 9786559776078. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559776078/>. Acesso em: 02 jan. 2025.

interesses transindividuais de condutas comissivas ou omissivas de terceiros ou da própria Administração (Gomes; Silva, 2012).

Não se trata então de mera atividade prestada a uma coletividade indeterminada, mas também uma atividade reconhecida como relevante e passível de ser incluída expressamente no texto constitucional no rol de direitos e garantias fundamentais, caso venha ser aprovada a proposta de emenda à Constituição nº 47/2022⁸ e digna da proteção que deve ser conferida a todos os serviços públicos.

3. A justificação legislativa e jurídica ao direito de passagem e os reflexos jurídicos da ADI nº 6.482/DF

3.1. Histórico de tramitação dos Projetos de Lei nºs 293/2012 e 5.013/13

O embrião da Lei nº 13.116/2015 foi o projeto de lei nº 293 de 2012 de autoria do senador Vital do Rêgo (MDB/PB), que inicialmente dispunha sobre normas gerais referentes a aspectos da política urbana, ambiental e de saúde associada às infraestruturas de telecomunicações. Da leitura do texto inicial se percebe que o compartilhamento da infraestrutura estava condicionado à retribuição pecuniária por parte da prestadora de serviço de telecomunicações (art. 2, inciso II)⁹.

O projeto de lei foi então enviado à Comissão de Desenvolvimento Regional e Turismo (CRD), onde recebeu a relatoria do Senador Eduardo Braga e onde foi solicitada audiência pública, por meio do requerimento nº 23/2012-CDR, para discussão da matéria com diversas autoridades e especialistas, dentre os quais destacavam-se representantes dos ministérios das comunicações, das Cidades, do Meio ambiente, ANATEL, Confederação Nacional dos Municípios, da Associação Brasileira de Telecomunicações dentre outras em razão dos problemas que se tinha à época com a qualidade da prestação dos serviços, demonstrando que a infraestrutura existente não estava comportando o número de acesso, colocando em xeque a qualidade dos serviços¹⁰, tendo ocorrido em 08/11/2012.

⁸ A PEC nº 47/2021, de autoria da Senadora Simone Tebet e outros, propõe a inclusão ao direito de conectividade como inciso LXXX do artigo 5º da Constituição Federal. A proposta segue em tramitação, conforme é possível conferir no site do Senado Federal: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/151308>

⁹ Texto original disponível no site do Senado Federal e acessível por meio do seguinte link: <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=3714777&ts=1630417759886&dispositivo=inline>.

¹⁰ Em meados de 2012 a Anatel expediu medida cautelar para impedir a venda de novos serviços de telecomunicações em razão do número de reclamações dos usuários quanto a qualidade dos serviços. Informação disponível em:

Durante o trâmite no Senado Federal, agentes envolvidos no mercado de telecomunicações puderam contribuir com o texto e em 12/12/2012 o relator votou pela aprovação do projeto nos termos do texto substitutivo apresentado per si. O senador Eduardo Braga em seu parecer destacou os diversos interesses inicialmente conflitantes, mas ressaltou sua concatenação com os princípios da ordem econômica impostos pela Constituição Federal, destacando a necessidade de emenda substitutiva a partir das contribuições recebidas.

No que toca o compartilhamento de infraestrutura ressaltou que contribuem para uma melhor alocação dos recursos físicos das redes e melhoram a competitividade entre as prestadoras e, conseqüentemente, com a qualidade dos serviços. Desse modo, o texto substitutivo passou a contar com o que seria a primeira versão do artigo nº 12, *in verbis*:

Art. 12. Não será exigida qualquer 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.

Parágrafo único. O disposto no caput não abrange os custos operacionais comuns ou gerados pela infraestrutura e equipamentos para redes de telecomunicações, bem como as verbas indenizatórias decorrentes de dano efetivo ou restrição de uso significativa.

Na sequência e nos termos do voto do relator, o novo texto proposto foi aprovado em deliberação conjunta¹¹ pelas Comissões de Assuntos Sociais (CAS), de Meio Ambiente (CMA), Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática (CCT) e foi enviado para apresentação de eventuais emendas ou recursos no plenário, o que não ocorreu. Finalmente, em 20/02/2013, o texto aprovado foi enviado para revisão da Câmara dos Deputados.

Na Casa Revisora, o projeto de lei recebe a numeração 5.013/2013, é apensado aos PL nºs 4.107/12, 5.507/13, 4.571/12 e 5.833/13, que tratam de temáticas semelhantes, e é enviado para análise das comissões de Constituição e Justiça (CCJC), de Desenvolvimento Urbano (CDU) e Ciência e tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI), recebendo a relatoria do deputado Sérgio Moraes na CDU. Por requerimento do deputado Sarney Filho, foi incluída a Comissão

<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=3714786&ts=1630417759940&disposition=inlin>
e

¹¹ Aprovação do requerimento para deliberação conjunta das comissões temáticas: <https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/50/reuniao/890>.

de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (CMDAS) para análise do texto e, apesar de requerimento dos presidentes das comissões de Integração Nacional, Desenvolvimento Regional e da Amazônia e de Seguridade Social, Família e de Viação e Transportes, o pedido para análise foi indeferido pela mesa diretora.

Em razão do número de comissões que discutiriam a matéria, em 13/08/2013, foi criada comissão especial destinada a dar parecer sobre o PL nº 5.013 e diversos requerimentos foram criados para convocar autoridades e especialistas, incluindo os diretores-presidentes das maiores empresas prestadoras dos serviços de telecomunicações no país à época, a participar de audiências públicas para discussão da matéria.

Em 27/11/2013, após a realização de audiências e seminários para debater o projeto de lei, foi redigido parecer¹² em que se acordou pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa da proposição, havendo mudanças na redação de artigos para que pudessem estar com suas redações mais adequadas.

Em relação a seu mérito, apesar de ter havido divergência quanto a outros tópicos da legislação (como o prazo para o licenciamento ambiental), no que toca o tema de interesse desse trabalho – o artigo 12 – restou acordado que seria excetuado a gratuidade do direito de passagem nas concessões de serviços públicos com contratos já vigentes até a data de promulgação da lei¹³. Como previsto pelo regimento interno, foi dada oportunidade de novas emendas, que foram apresentadas, mas não atinentes ao direito de passagem.

Em 07/05/2014 ocorreu uma nova reunião deliberativa ordinária para tratar das emendas apresentadas, que foram em sua maioria rejeitadas e o parecer foi aprovado por unanimidade¹⁴, sendo aprovado o 2º substitutivo ao projeto de lei nº 5.013/13 e que passou a contar com a redação final do artigo 12º (Brasil, Câmara dos Deputados). O único recurso à tramitação conclusiva do projeto de lei, apresentada pelo deputado Júlio Delgado (PSB/MG), foi retirado e o texto foi enviado à CCJC para

¹² Parecer de relatoria do Deputado Edson Santos (PT/RJ), disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1200155&filename=Tramitacao-PL%205013/2013. Os áudios da reunião da comissão especial estão disponíveis em: <https://imagem.camara.gov.br/internet/audio/Resultado.asp?txtCodigo=46745>.

¹³ Ibidem página 06

¹⁴ Ata da sessão, disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/ordemdodia/integras/1251276.htm>

redação final e onde ficou sob a relatoria do deputado Onofre Santo Agostini (PSD/SC) e aprovado na sessão deliberativa de 04/06/2014.

Em 31/03/2015 o projeto foi devolvido ao senado e em seguida, em 20/04/2015 foi transformado em lei cujo texto foi vetado em alguns pontos e mantido pelo Congresso nacional.

3.2. A Justificação Legislativa

A norma jurídica não é um fim em si mesmo, mas nasce (ou pelo menos deveria nascer) do debate com qualidade no bojo do poder legislativo. Manuel Atienza então formula uma teoria da legislação que busca analisar se a norma produzida enfrenta três problemas, quais sejam, a busca pela unidade do direito, a diferença entre técnica e teoria e a superação ou encobrimento da crise identificada (Atienza, 2022).

Para isso, o autor desenvolve cinco níveis de racionalização que devem estar presentes de alguma forma no momento da atividade legislativa, sendo elas: a racionalidade comunicativa ou linguística (R1), onde o legislador deve ser capaz de formular uma legislação compreensível e clara aos destinatários; a racionalidade jurídico-formal (R2), onde a legislação deve ser coerente com o sistema já vigente; a racionalidade pragmática (R3), onde a conduta dos receptores deve ser espontaneamente adequada ao que está prescrito na lei; a racionalidade teleológica (R4), onde a legislação alcança os objetivos para os quais foi criada; e uma racionalidade ética (R5), em que as condutas prescritas e as finalidades da lei devem ser morais (Atienza, 2022).

O ponto de partida de criação da lei geral de antenas foi o exponencial aumento no número de acessos às redes (o que dentre diversos fatores, pode ter sido ocasionado pelo aumento no poder de compra e barateamentos dessas tecnologias¹⁵) sem que a infraestrutura física pudesse ser capaz de suportar o tráfego, gerando assim uma insatisfação generalizada por parte dos usuários. A Anatel, inclusive,

¹⁵ Relatório produzido pela ANATEL em que se aponta o número de acessos nas modalidades banda-larga e serviço móvel celular, o número de estações rádio base (ERB), competição entre as prestadoras, plano nacional de ação de melhoria do SMP (que ocorreu em municípios com mais de 300 mil habitantes) e a qualidade dos serviços, disponível em: <https://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=296023&pub=principal&filtro=1&documentoPath=296023>

suspendeu a venda de novas linhas sem que antes as prestadoras de serviços não comprovassem o aumento no investimento das redes físicas.

É válido ressaltar também que o problema na qualidade dos serviços era gerado pela esparsa legislação a respeito do licenciamento ambiental e seus procedimentos burocráticos que encareciam e não contribuíam para a integração dos sistemas e que também foi levado em consideração pelo legislador no momento de gestação da lei nº 13.116/15.

Delineado o contexto da proposição, bem como sua tramitação, será possível identificar se há o adensamento dos níveis de racionalização da atividade legislativa, que devem ser minimamente compatíveis entre si para que se tenha gerado um bom resultado.

No nível de racionalidade linguística (R1) é preciso analisar se há alguma falha no ato de comunicação estabelecido entre os emissores e os receptores da mensagem, a lei. Da tramitação legislativa e dos debates publicados é possível extrair que o texto atende de boa forma esse primeiro requisito, uma vez que seus conceitos estão trazidos em outros dispositivos. No entanto, há a alocação de um rol exemplificativo no que se trata de um bem de uso comum do povo quando o legislador utilizou o conector “e” gerando a problemática trazida na introdução desse trabalho.

O decreto 10.480/20 tenta contornar de alguma maneira a vagueza da norma ao definir o que seriam obras públicas de interesse público que deveriam comportar a infraestrutura de telecomunicações, mas isso não vem sendo tão bem aceito quando se leva a disputa ao poder judiciário.

O nível de racionalidade jurídico-formal (R2) busca compreender se a legislação não corrompe o sistema jurídico formando algum vício de redundância ou contradição e contribui com a segurança do sistema e, conseqüentemente, dos seus usuários (Atienza, 2022). No que toca a racionalidade jurídico-formal também é possível dizer que há problemas em relação a contradição formada a partir da leitura do artigo 11 da lei geral de concessões com o artigo 12 da lei geral de antenas, como exposto em linhas anteriores.

Uma das soluções usadas pelo STF para superar esse problema foi a interpretação a partir do princípio da especialidade, de modo que a lei de concessões

não poderia induzir à inconstitucionalidade da lei geral de antenas, no entanto, não é incomum que o próprio poder concedente ao delegar determinado serviço público deixe de observar essa gratuidade ao permitir que seja explorada toda e qualquer receita alternativa prevista no artigo 11 da nº 8.987/95.

A racionalidade pragmática (R3) visa analisar se a legislação influencia o destinatário a ponto de fazê-lo adotar determinado comportamento ativo ou passivo (Atienza, 2022). Nesse ponto, é possível dizer que R2 e R3 são consequências lógicas porque houve a criação de uma contradição no sistema jurídico que minou a imposição legal à gratuidade do direito de passagem. Como resultado, com exceção das concessionárias de rodovias que expressamente tem a vedação de cobrar pelo direito de passagem nas faixas de domínio administradas per si, há serviços públicos que cobram a contraprestação, como é o caso do transporte subterrâneo de passageiros. Dos diversos casos concretos que poderiam ser citados sobre a mesma temática, a gratuidade do direito de passagem, vale destacar as disputas trazidas no RE nº 889.095; ARE nºs 1.356.137, 1.344.620, 1.272.334, 1.322.682, 1.243.23, 1.461.944; RE nºs 1.358.995, 1.242.513, 1.81.353 dentre diversos outros.

A racionalidade teleológica (R4) diz respeito aos fins que a lei pretende alcançar e se são fins legítimos. Nesse caso, o intuito é verificar se de fato houve uma promoção dos objetivos almejados. Para que R4 fosse verificada seria necessário um estudo empírico com a análise de dados, o que não é o recorte desse trabalho. A respeito do direito de passagem insculpido no artigo 12, pode-se dizer que há a racionalidade teleológica por força da premissa econômica porque o aumento e barateamento da conectividade depende de alguma forma da não oneração do consumidor final com a instituição de um subsídio cruzado quando se impõe a retribuição pela passagem. Esse fenômeno ocorre quando o poder público permite que um serviço público dependente da infraestrutura de outro tenha que pagar uma contraprestação pelo seu uso, favorecendo assim os usuários que não necessariamente utilizam o serviço acessório, o que acontece no caso da passagem da infraestrutura de telecomunicações.

A racionalidade ética (R5) busca perceber se a o comportamento imposto aos destinatários é ético na medida que contribuem para a um comportamento pautado em valores morais buscados pelo ordenamento jurídico (Atienza, 2022). Em última análise a lei geral de antenas persegue o aumento da conectividade que acaba

desaguando na concretização de outros direitos garantidos pelo ordenamento jurídico pátrio e por isso, na leitura deste trabalho, se diz que há racionalidade ética na norma analisada. A título de exemplo, o avanço da conectividade permitiu que mais pessoas pudessem exercer seus direitos e garantias fundamentais assegurados pela constituição Federal, como sua liberdade de expressão, intelectual, artística, de consciência e crença, acesso à educação, saúde e trabalho de modo que a tecnologia atravessou e maximizou de forma substancial o acesso a esses direitos.

De uma maneira geral, se percebe então que a instituição da gratuidade foi até bem teorizada no âmbito do poder legislativo quando se considera que existem diversos interesses contrapostos que foram negociados e costurados na mensagem legislativa, fazendo com que se aproxime mais de um modelos de argumentação pragmático (Atienza, 2022), mas que não está produzindo seus efeitos práticos desejados, o que deveria impor a rediscussão da matéria a partir da experiência empírica obtida em quase dez anos da promulgação da norma.

Atienza explica que a lógica que permeia a racionalidade jurídica é a da subsunção, em que os juízes tentam traduzir se determinados fatos se amoldam ou não à determinada norma, mas que por vezes simplifica problemas que são naturalmente complexos, o que pode ter ocorrido no julgamento do caso paradigma do informativo nº 827 do STJ, ou ainda, a da ponderação onde princípios que tutelam direitos opostos precisam ser sopesados a fim de que se faça sobressair aquele que protege um interesse mais legítimo que possa concretizar outros direitos, como feito pelo STF no julgamento da ADI nº 6.482/20 (Atienza, 2022).

3.3. A Justificação judicial

Em 21/05/2021, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade nº 6.482/2020, nos termos do voto do Ministro Gilmar Mendes, relator, tendo sido vencido apenas o Ministro Edson Fachin, que dava procedência à ADI.

Naquela oportunidade os Ministros do STF enfrentaram impugnação formulada pela Procuradoria Geral da República (PGR) em relação à gratuidade do direito de passagem trazido pelo art. 12 da lei nº 13.116/15. A PGR entendia que a norma violava a forma federativa de Estado, o direito de propriedade, a competência suplementar dos Estados para legislar sobre licitações e contratos administrativos e os princípios

norteadores da administração pública insculpidos no artigo 37 da Constituição Federal.

No que toca a violação da forma federativa de Estado, compreendeu que a imposição de não fazer impedindo o pagamento da contraprestação pelo uso dos bens públicos, incluídos aqueles explorados sob forma de delegação, ia de encontro ao direito fundamental de propriedade, que instrumentalizaria outros direitos-deveres que são atribuídos aos entes subnacionais por determinação constitucional, subtraindo receitas dos cofres públicos, além de ferir os atributos inerentes a posse de bens, quais sejam, usar, gozar, reivindicar e dispor da coisa, impondo-lhes espécie de subsídio cruzado em favor do setor de telecomunicações, o que também macula o princípio da moralidade (PGR, 2020).

Instados a participar, a Advocacia Geral da União, o Senado Federal e a Câmara dos deputados se manifestaram pela improcedência da ADI sob as alegações de que os projetos de lei que originaram a norma foram amplamente debatidos respeitando o rito legislativo e que a opção política privilegia o desenvolvimento e integração das redes de telecomunicações, o que é fundamental para o desenvolvimento nacional.

O voto condutor do Ministro relator rechaçou o entendimento da PGR reforçado também pelo Estado de São Paulo e pela Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias (ABCR) e seu entendimento pode ser resumido em dois argumentos principais, sendo: (i) a titularidade da União para prestação dos serviços de telecomunicações evidencia o reconhecimento de uma federalização das relações jurídicas dos agentes envolvidos¹⁶ e que é comum a setores econômicos com abrangência nacional e neste caso até mundial, não subsistindo uma violação do pacto federativo; e (ii) o direito de propriedade, que surge enquanto uma proteção do indivíduo em face do Estado e não o contrário porquanto o domínio público, embora de titularidade do Estado, não é compatível com a aplicação de um regime puro de direito privado e nesse sentido serve para a concretização do interesse coletivo¹⁷. Neste ponto, exprime o cerne do voto a explicação dada pelo Ministro, como se vê:

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6482. Relator: Gilmar Mendes. Publicado em 21 de maio de 2021, p. 19. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346485833&ext=.pdf>.

¹⁷ Ibidem, p. 38.

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

No entanto, apesar de tecidas considerações a partir do sopesamento de diversos princípios como adequação, necessidade, proporcionalidade, o voto também não deixou claro se estaria afirmando ou negando a possibilidade de cobrança fundamentada no artigo 11 da lei de concessões, especialmente visto o posicionamento dominante do Superior Tribunal de Justiça em relação ao tema, mas que poderia significar a hipótese de reversão desse entendimento¹⁸.

Em seguida, o voto divergente do Ministro Edson Fachin expõe o que ele chama de dúvidas em relação à gratuidade trazida pelo artigo 12 da lei geral de antenas. A primeira dúvida tange a interpretação conforme a constituição, que não permitiria a coerência lógica da gratuidade por conta da sua expressa irretroatividade, ou seja, segundo a Constituição Federal, a gratuidade deve se aplicar a todas as situações ou não deve se aplicar a nenhuma, não havendo possibilidade de irretroatividade deliberada. A segunda dúvida diz respeito aos precedentes que versam sobre o pagamento de uso e ocupação do solo ou espaço aéreo, emissão de campos eletromagnéticos, já enfrentados pela Corte (cita-se como exemplos o RE 581.947, RE 811.260, ADI 3110) que não possuiriam as mesmas razões de decidir que deve ser usada na resolução da ADI 6.482 porquanto essa última apresenta distinção ao não tratar do pagamento de taxa pelo uso do espaço.

Para Fachin, a atribuição da competência para legislar sobre telecomunicações não poderia servir de salvo-conduto para interferir na disponibilidade dos bens públicos de titularidade dos demais entes federativos mesmo quando delegados porquanto a riqueza gerada se reveste em prol da integralidade dos cidadãos¹⁹. O Ministro também pontua que mesmo que exista uma redução no custo para a implantação e expansão da infraestrutura, não há garantia de que essa redução será repassada aos consumidores. A afirmação, apesar de legítima, necessitaria de estudos empíricos para se comprovar e poderia ser mitigada tendo em vista a

¹⁸ Ibidem, p. 52.

¹⁹ Ibidem, p. 95.

exigência do cumprimento de metas regulatórias por parte da ANATEL impostas às prestadoras.

Os outros Ministros acompanharam o voto do Ministro Gilmar Mendes pela improcedência da ADI tecendo algumas contribuições ao debate como o Ministro Nunes Marques, que expendeu a importância da infraestrutura para a economia e para o desenvolvimento tecnológico; Ministro Barroso, que trouxe considerações pela opção do legislador e sua legitimidade além do perigo de fragmentação do regime jurídico aplicado a telecomunicações; Ministra Rosa Weber, que a partir da leitura da função social da propriedade entende a imposição do direito de passagem como espécie de servidão administrativa, guardadas as devidas proporções, com o fim de atender a necessidade pública; Ministra Cármen Lúcia, que rememorou que telecomunicações e internet foram elevadas ao rol dos serviços essenciais com o advento da lei nº 13.979/2020, promulgada para enfrentar a pandemia de Covid-19, e em como o setor é fundamental para concretizar o direito de liberdade de expressão dos indivíduos²⁰.

Visto como analisar a legislação e os argumentos expendidos no julgamento da ADI 6482, com as considerações feitas a partir dos níveis de racionalidade legislativa, será feita a análise da justificação jurídica a partir dos critérios elaborados por Matheus Monteiro.

A decisão tomada pelo STF ao retirar a constitucionalidade presumida e conceder a constitucionalidade expressa do normativo em comento significou uma estabilização das relações sociais, mas o debate posto e sua fundamentação se justificam a partir da leitura de uma perspectiva judicial? Nas palavras de Streck, citado por Monteiro, existe então um “dever fundamental de justificar as decisões e um direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada em relação à Constituição”²¹.

A discussão evidencia de plano interesses contrapostos dos representantes dos setores de telecomunicações, personificados principalmente nas empresas de telecomunicações e de infraestrutura especializada, e de outros serviços públicos

²⁰ Ibidem, p. 132.

²¹ MONTEIRO, Matheus Vidal Gomes. Legitimidade Jurisdicional e Fundamentação da Decisão Judicial. In: JÚNIOR, Getúlio Nascimento Braga et al. Desafios e Perspectivas do Direito Processual Civil Contemporâneo. Volume 1. Belo Horizonte: Ed. Dialética, 2020, p. 131

detentores da infraestrutura que suportaria esse ônus em prol de valores primados pelo legislador e que podem ser exemplificados como energia, transporte de passageiros e cargas sob trilhos, óleo e gás, saneamento básico, dentre outros.

Nesta linha, há parcela considerável dos pesquisadores e juristas que entendem, diversamente do defendido por esse trabalho. O ministro Mauro Campbell Marques, ao tecer considerações sobre o entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema, dialoga com os comentários de Tércio Sampaio e Eros Grau sobre o direito de passagem da infraestrutura de energia elétrica, que por conta de sua similitude em alguns aspectos também pode ser equiparada à de telecomunicações, no sentido de que o artigo 11 da lei nº 8.789/98 promove a eficiência da prestação dos serviços públicos porque está imbuído de uma lógica eminentemente privada para a alocação dos recursos (Marques, 2021).

Assim, a justificação da decisão judicial se mostra como a primeira face do Estado democrático de direito porque evidencia uma ausência de arbitrariedade por parte do julgador e, por conseguinte, torna o pronunciamento passível de algum controle, evitando assim que o magistrado se utilize do que se chama de “uso estratégico da jurisdição” para fazer prevalecer suas preferências (Monteiro, 2020).

Neste ponto, Monteiro também alerta que a decisão judicial não possui legitimidade por si só pois pode estar imbuída de argumentos falsos que escondam a discricionariedade do juiz²². Por isso a decisão judicial para ser considerada suficientemente fundamentada precisa percorrer um iter que perpassa a verificação de dois critérios que se subdividem em subcritérios de justificação.

O primeiro critério preceitua que a fundamentação estabeleça um processo argumentativo dialógico: (i) limitando o pronunciamento pelo contraditório e ampla defesa no caso concreto; (ii) analisando todas as alegações fático-jurídicas produzidas durante o processo; (iii) explicando o porquê se considerou os argumentos dessa ou daquela parte para formação do convencimento; e (iv) impedindo que se deixe de analisar questões que possam infirmar a decisão do julgador para tomar caminho diverso ao decidido (Monteiro, 2020)

²² Ibidem, p. 123.

A formação desse primeiro critério permite que o discurso desague em um segundo que recomenda que o pronunciamento seja claro, coerente, adequado, aceitável, completo e redigido em linguagem simples, sendo os subcritérios: (i) a inteligibilidade do discurso; (ii) a objetividade no desenvolvimento das razões; (iii) o abarcamento de todas as questões relevantes; (iv) a qualidade dos argumentos expendidos; e (v) a acessibilidade da linguagem que deve prezar pela tecnicidade ao mesmo tempo que preza pela linguagem simples (Monteiro, 2020).

De pronto é possível destacar que o processo argumentativo dialógico nem sempre é utilizado como parâmetro não só por parte do Supremo Tribunal Federal, mas também por todo o judiciário, especialmente no que toca o dever de pôr o direito em evidência sobre todos os fatos e fundamentos trazidos pelas partes. Isso porque por mais que as partes tenham um direito-dever de arguir tudo o que for possível e que possa corroborar seu pedido, há uma clara limitação de recursos humanos, materiais e temporais para a análise de milhões de processos que tramitam na justiça brasileira.

Segundo dados da 21ª edição do programa Justiça em Números, iniciativa do Conselho Nacional de Justiça que mapeia a atuação do judiciário no Brasil e dados do programa Datajud, até o fim do ano de 2023 estavam em tramitação cerca de 83,4 milhões de processos que aguardavam alguma solução definitiva²³. O trabalho destaca também a atuação dos grandes litigantes no número elevado de processos, o que sugere e evidencia ainda a necessidade de meios alternativos para a resolução dos conflitos.

Não por isso o STF fixou tese no julgamento do agravo de instrumento nº 791.292 para obrigar a jurisdição, nos termos do art. 93, IX da Constituição Federal, a fundamentar seus pronunciamentos sem que precise rebater detalhadamente todos os argumentos trazidos pela parte²⁴.

No entanto, como as ações do controle concentrado tendem a impactar muito mais os indivíduos e o ordenamento jurídico em razão da sua amplitude e abstração

23 Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2024, disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf>

24 Tema 339 da repercussão geral: O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas.

ao colocar a lei no banco dos réus, além da soma do inegável fator midiático que as decisões da Suprema Corte tomam, foi possível perceber que os ministros do STF ao julgar a ADI nº 6.482 procuraram não só tocar cada um dos argumentos da parte autora da ADI, a PGR, mas também como dos *amicus curiae* atuantes no feito que trouxeram contribuições para reforçar o discurso de procedência da ação, quanto daqueles que vieram ao debate para corroborar sua improcedência, especialmente por informações trazidas pela ANATEL e disponibilizadas pelo Poder Executivo na figura do Ministério das Comunicações.

A Corte não só fundamentou a improcedência da ação enfrentando os argumentos postos na ação direta, como também travou debate acerca de outros possíveis caminhos que o legislador poderia ter tomado no momento de elaboração da lei nº 13.116/15, mas que não o foram por uma legítima opção política na qual não incumbe ao Poder Judiciário fazer substituir a atividade legiferante.

Tendo isso em vista, é possível perceber que houve o cumprimento do primeiro critério e suas subdivisões na medida que percorreu todo o iter de estabelecimento do contraditório, enfrentamento dos argumentos trazidos pelas partes, inclusive aqueles de decorrência lógica, evidenciando uma resposta constitucionalmente adequada.

Ora, o STF ao declarar a constitucionalidade expressa do artigo 12, o fez a partir de uma análise dos preceitos constitucionais, em especial ao da não violação do pacto federativo reconhecendo que a competência da União, e, por conseguinte sua legitimidade, para legislar sobre telecomunicações decorre da própria natureza do serviço; da proporcionalidade da medida que visou assegurar direitos e garantias fundamentais; e a afetação dos bens públicos enquanto meios de concretização desses direitos fundamentais.

Do ponto de vista estrito da análise do pronunciamento judicial, se mostra adequada a decisão em relação ao segundo critério e suas subdivisões uma vez que é suficientemente clara aos seus destinatários, não foram usadas expressões alheias à compreensão do texto e sua extensão se explica em razão do contexto histórico, regulatório, institucional e jurídico que fizeram os ministros seguir por determinada orientação.

3.4. O Superior Tribunal de Justiça e o caso do REsp nº 1.990.245/SP

Na origem, o caso trata de ação ajuizada pela Tim S.A em face da Companhia do Metropolitano de São Paulo (Metrô) a fim de compelir a parte ré a não interromper o funcionamento do sistema de fibra óptica que atravessa a infraestrutura de túneis para a prestação de serviços de telefonia e internet.

O objeto da lide é a permanência de ocupação dos espaços disponíveis do sistema metroviário para o sistema de fibra utilizado pelas Tim e outras empresas de telecomunicações e que havia sido firmado de forma onerosa para a ocupação do espaço, mas que se pleiteava o uso gratuito conforme estabelece o artigo 12 da lei nº 13.116/15, além da continuidade de ocupação de salas técnicas para a manutenção das redes, mas que não se objetivava a gratuidade, portanto, se tem a gratuidade para permanência da infraestrutura de telecomunicações e contraprestação para o uso das salas técnicas.

Ainda, de forma subsidiária a parte autora requereu o pagamento de um valor inferior ao pleiteado pelo Metrô, que girava em torno de 30 milhões de reais em um contrato de 20 anos, em decorrência da assimetria de mercado que a infraestrutura cria, ou seja, para o uso das faixas de domínio ferroviárias não haveria grande impacto na atividade fim, mas a interrupção dos sistemas de fibra óptica significaria a paralisação dos serviços de telecomunicações²⁵.

A sentença julgou parcialmente procedente a lide para declarar a inexigibilidade de cobrança pelo direito de passagem fundamentado no artigo nº 12 da Lei nº 13.116/15 e por consequência condenar o Metrô SP a restituir os valores pagos e não prescritos a partir da promulgação da referida lei²⁶. O pronunciamento foi recorrido por ambas as partes.

Já no Tribunal de Justiça do Estado São Paulo a sentença foi reformada para determinar a incidência da contraprestação pelo uso da infraestrutura. A 5ª Câmara de Direito Público do TJSP acolheu tese do Metrô para afirmar que a infraestrutura ferroviária não está disponível ao uso indiscriminado de qualquer pessoa e por isso não pode ser considerada bem de uso comum do povo afeita às regras desta categoria

²⁵ Petição de pedido principal em tutela cautelar em caráter antecedente. Tim S.A contra Companhia do Metropolitano de São Paulo. Processo nº 1036450-62.2020.8.26.0053. Petição de Id. 80ab2a64 na Rcl nº 72048.

²⁶ Sentença. Tim S.A contra Companhia do Metropolitano de São Paulo. Processo nº 1036450-62.2020.8.26.0053. Petição de Id. dc3519ef na Rcl nº 72048.

de bens e, portanto, não sofre a incidência da lei geral de antenas. Dessa forma, essa infraestrutura especificamente seria mais semelhante a um aeroporto do que uma faixa de domínio rodoviária ou ferroviária.

O cerne da decisão do TJSP reside na classificação doutrinária de que os bens públicos para se enquadrarem na condição de uso especial precisam estar afetados a prestação de serviços públicos e não estão sujeitos a fruição indeterminada de uma coletividade. Desse modo, mesmo com a redação expressa do decreto 10.480/20 que regulamentou a lei geral de antenas para incluir a infraestrutura metroviária, não poderia o poder executivo federal ter incluído bem que não se considera como de uso comum²⁷.

Interposto recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, a Segunda Turma conheceu apenas parcialmente do recurso, nessa extensão negando seu provimento, nos termos do voto do ministro Afrânio Vilela. Atendo-se apenas aos aspectos do direito material pertinente para este trabalho, o Tribunal da Cidadania ratificou que a norma suscitada se aplica unicamente a bens públicos de uso comum do povo, situação que não abarca o espaço subterrâneo do Metrô, fazendo incidir assim a necessidade de pagamento de um preço pelo uso da infraestrutura aplicando-se as disposições do artigo 11 da lei geral de concessões²⁸. Igualmente, também foi reafirmado o entendimento de que o decreto nº 10.480/20 ultrapassou os limites impostos pela própria lei geral de antenas, que não havia incluído de forma expressa os bens de uso especial à hipótese de gratuidade.

No dia 24 de setembro de 2024 foi proposta reclamação constitucional nº 72.048 perante o STF apontando a inobservância do julgamento da ADI nº 6.482. Sorteada a relatoria do ministro Edson Fachin, foi exarada decisão que negou seguimento à reclamação e posteriormente impugnada via agravo regimental. Até a

²⁷ Acórdão. Tim S.A contra Companhia do Metropolitano de São Paulo. Processo nº 1036450-62.2020.8.26.0053. Petição de Id. Id. eeb53c83 na Rcl nº 72048. Sobre esse acórdão é de bom tom destacar também que não só foi declarada a não incidência da onerosidade pelo uso da infraestrutura, mas também a existência do direito de propriedade da rede de fibra óptica por parte do Metrô por interpretação de cláusula do contrato de concessão de uso firmado pelas partes anteriormente.

²⁸ Brasil. Superior tribunal de Justiça. 2º Turma. Relator: Afrânio Vilela. REsp nº 1.990.245. Tim S.A v. Companhia do Metropolitano de São Paulo. Julgado em 17 de setembro de 2024. Publicado em 19 de setembro de 2024. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=271738877®istro_numero=202200682070&peticao_numero=&publicacao_data=20240919&formato=PDF. Acesso em 30 de janeiro de 2025.

data de fechamento deste trabalho tanto o recurso especial nº 1.990.245 quanto a reclamação constitucional citada não transitaram em julgado, de modo que a aferição da procedência das teses só poderá ser feita posteriormente.

A partir da leitura das discussões no bojo do poder legislativo, em especial as exposições de motivos, da legislação em comento e das razões de decidir da decisão exarada pelo plenário do STF no julgamento da ADI nº 6.482 é possível depreender que a questão de fundo na existência do direito de passagem da infraestrutura de telecomunicações está formação e opção de uma política pública que privilegia a conectividade em detrimento da arrecadação de valores por outros serviços públicos.

Como o direito de passagem incide sobre a capacidade ociosa da infraestrutura, a instituição de um preço, ou seja, o afastamento da incidência do artigo nº 12 da lei nº 13.116/15 faz com que, incidentalmente, se negue a aplicação da política pública desenhada pelo Poder Legislativo e fiscalizada pelo Poder Executivo. Retomando as considerações vistas no início desse trabalho, se a função de um bem público é a concretização de um direito fundamental, não parece fazer sentido enclausurar o alcance da norma a uma classificação estanque dos bens.

Sobre a formação da política pública, no caso analisado foi arguida ainda a incidência da lei nº 12.587/2013, que trata da lei de mobilidade urbana e define expressamente a infraestrutura metroviária como bens públicos²⁹, cujo regime aplicável é o de bens de uso comum do povo. Há então hipótese definição legal que não poderia ter sido afastada pelo judiciário, considerando que foi a escolha feita em respeito aos princípios da legalidade, publicidade e eficiência. Parece claro, portanto, que a intenção legislativa aponta para a formação de um sistema de não oneração do recíproca dos serviços e sempre que isso for possível.

Ainda, considerando que os bens públicos afetados à prestação de serviços públicos são abrangidos pelo domínio estatal e que o objetivo é maximizar os ganhos potenciais, causa estranheza que seja permitida essa cobrança. No caso, o STJ acaba

²⁹ Art. 3º O Sistema Nacional de Mobilidade Urbana é o conjunto organizado e coordenado dos modos de transporte, de serviços e de infraestruturas que garante os deslocamentos de pessoas e cargas no território do Município.

[...]

§ 3º São infraestruturas de mobilidade urbana:

I - vias e demais logradouros públicos, inclusive metroferrovias, hidrovias e ciclovias;

por permitir que empresa pública estadual³⁰ controlada e vinculada à administração pública deste ente federativo realize cobrança fazendo com que exista algo semelhante a um subsídio cruzado.

Conforme assinala Floriano Marques, a afetação de um bem público pode ser múltipla, de forma que mais de um tipo de uso não caracteriza sua desnaturação, porque embora não se configure uso extraordinário são semelhantes ao uso afetado e compatíveis com o uso principal (Marques Neto, 2014). O autor ainda destaca que a afetação múltipla de um bem público deve ser sempre a opção mais privilegiada porque concretiza o princípio da eficiência na gestão desses ativos. Nesta mesma linha, Diogo de Freitas do Amaral citado por Floriano Marques, expõe que a regra aplicável às coisas públicas é a de servir ao máximo de usos possível, satisfazendo outras necessidades que constituem o fundamento de sua dominialidade (Amaral apud Marques Neto, 2014).

A respeito da imposição de remuneração constituir uma espécie de subsídio cruzado de serviços públicos, Flavio Amaral Garcia e Rafael Vêras de Freitas, expondo o posicionamento já antigo de Maria Sylvia di Pietro, responderam que o artigo 11 da lei de concessões ao permitir a exploração de receitas acessórias, alternativas ou complementares deixou claro que o objetivo é o de favorecer a modicidade das tarifas, portanto, vai de encontro à intenção do legislador permitir que a remuneração de determinado serviço público elevasse os custos de outro que necessite de sua infraestrutura (Garcia; Freitas apud Di Pietro, 2015).

Embora os defensores da necessidade de retribuição pelo uso da infraestrutura remetam a possibilidade do que se chama de tragédia dos comuns, cuja explicação sintetizada foi muito bem exposta por João Pedro Ribeiro Assis³¹ em sua dissertação de mestrado já citada neste trabalho, a lei geral de antenas e a gratuidade pleiteada pela passagem da infraestrutura de telecomunicações não trata de uma benesse

³⁰ Estatuto social da Companhia do Metropolitano de São Paulo. Disponível em: https://transparencia.metrosp.com.br/sites/default/files/Estatutos%20Sociais%2%20Aprovados%20em%2025%20de%20abril%20de%202019_0.pdf.

³¹ A "tragédia dos comuns" refere-se ao colapso inevitável dos recursos compartilhados devido à exploração excessiva e à dificuldade de excluir alguém de usar o bem comum, mesmo quando seu uso está claramente levando ao esgotamento do recurso. Hardin argumenta que a solução para evitar a tragédia dos comuns envolve o reconhecimento de limites à liberdade de uso dos bens comuns e sugere que a regulação ou a adoção de algum mecanismo de controle (como a propriedade privada ou a gestão coletiva) são necessárias para gerir de forma sustentável os recursos compartilhados.

irrestrita e sem qualquer limite, o que faz com que não se aplique esse fenômeno com exatidão no caso do setor. Isso porque mesmo que exista a depreciação do ativo infraestrutura é assegurada indenização com o fito de cobrir esses custos.

4. Conclusão

A leitura dos argumentos expostos nesse trabalho sugere que o direito de passagem da infraestrutura de telecomunicações está atrelado a uma política pública que visa fomentar a conectividade e o desenvolvimento nacional. A dependência das redes de telecomunicação a uma infraestrutura física decorre da própria natureza das tecnologias desenvolvidas e instituir a contraprestação vai contra o almejado pela intenção legislativa.

Do ponto de vista do legislativo, a tramitação dos projetos de lei indica que houve um amplo debate com a participação dos diversos setores econômicos potencialmente afetados, inclusive com representação dos entes subnacionais. Apesar disso, conciliar esses interesses conflitantes no texto da norma não foi suficiente para apaziguar o sistema jurídico, sem que também se atribua a culpa a redação feita no momento da atividade legislativa.

Do ponto de vista da racionalidade legislativa, o problema em relação à racionalidade linguística, jurídico-formal e pragmática prejudicou o entendimento do intérprete no sistema jurídico. A respeito de (R1), racionalidade linguística, o que na visão deste trabalho é o menor problema identificado, há dúvida em relação a extensão dos conceitos de bens submetidos ao direito de passagem. Embora criticável, há possibilidade de interpretação da extrapolação da atribuição regulamentar do decreto 10.480/20 se realizado somente a partir da leitura da lei nº 13.116/15, mas que não deveria se manter sustendo quando se realiza a leitura de outros diplomas legais, como é o caso da lei de mobilidade urbana.

Sobre a racionalidade jurídico formal (R2) e pragmática (R3), há o maior problema encontrado porque não houve uma compatibilização expressa com a lei geral de concessões no ponto em que trata sobre a instituição de receitas acessórias. Nesta visão, embora não se desconheça o papel empresário que deve ser tomado por parte do poder público na gestão de seus ativos, se milita pela tese de que a lei geral de antenas trouxe exceção expressa quanto a possibilidade de retribuição pelo direito de passagem.

Como assinalado pela decisão do Supremo Tribunal Federal, o legislador poderia ter adotado caminho diverso e previsto modos de compensação ou então afastado de vez a gratuidade, mas assim não o fez por uma opção legítima. Infelizmente, essa incompatibilidade entre os dois normativos, mina a confiabilidade no sistema jurídico. Além disso, a lei geral de antenas no ponto que versa sobre o direito de gratuidade de passagem, o artigo 12, tampouco foi capaz de influenciar o comportamento dos destinatários da mensagem. Hoje existem no poder judiciário diversas ações de diversos setores econômicos que versam sobre o direito de passagem, destacando os números para os setores de transportes, telecomunicações, energia e saneamento.

No que diz respeito a decisão judicial exarada pelo Supremo Tribunal Federal à luz dos critérios de justificação do pronunciamento é indicado que foi respeitado, tendo em vista a extensão dos votos e enfrentamento pormenorizado de cada um dos argumentos expendidos pelas partes suscitantes e suscitadas. Do mesmo modo, os administrativistas apontam pela possibilidade de mais de um uso dos bens públicos como consectários dos princípios constitucionais norteadores da administração pública.

Se defende aqui, portanto, que as prestadoras de serviços de telecomunicações devem ser isentas de qualquer retribuição porque se está diante de uma imposição do dever de indenização dos custos operacionais e de depreciação dos ativos de infraestrutura afetados, sem se constitua renda com o fim de subsidiar de qualquer modo as tarifas dos diversos setores perpassados. Onerar a interconexão da infraestrutura significa, no mínimo, onerar todas as demais cadeias produtivas que são dependentes de acesso à comunicação, o que em uma sociedade da informação e da indústria corresponde a prejudicar praticamente todos os demais usuários do sistema.

Em termos de recomendação prática, sugere-se que seja feita uma revisão normativa que contemple uma compatibilização com os ditames trazidos pela política pública que tange a infraestrutura de telecomunicações, desenhada pela lei geral de antenas com a lei geral de concessões. Igualmente, seria importante que fossem feitos estudos empíricos para verificar o tamanho dos impactos econômicos e sociais trazidos com a instituição da gratuidade a fim de ajustar a política pública e corrigir eventuais distorções criadas.

Conclui-se, por fim, que a gratuidade do direito de passagem estabelecida pela LGA é de extrema importância para o desenvolvimento do setor e, conseqüentemente, para a promoção de direitos e garantias fundamentais.

5. Referências bibliográficas

ARANHA, Márcio Iorio. Direito das Telecomunicações e da Radiodifusão: Histórico Normativo e Conceitos Fundamentais. 8ª ed. rev. e atual. – London: Laccademia publicado em 2024.

ASSIS, João Pedro Ribeiro. O compartilhamento e o uso da infraestrutura de postes entre as distribuidoras de energia elétrica e operadoras de telecomunicações no Brasil. 2024. Dissertação de Mestrado – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2024. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/7a02dcd5-de70-4001-bbe4-2a603e43626f/content>. Acesso em 28 de dezembro de 2024.

ATIENZA, Manuel. Argumentação legislativa. Tradução Diógenes Moura Breda. São Paulo. Ed. Contracorrente. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 fevereiro de 1995.

BRASIL. Lei nº 13.116, de 20 de abril de 2015. Dispõe sobre normas gerais para implantação e compartilhamento de infraestrutura de telecomunicações e altera a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 abril de 2015.

BRASIL. Decreto nº 10.480, de 1º de setembro de 2020. Regulamenta a Lei nº 13.116, de 20 de abril de 2015, que dispõe sobre normas gerais para implantação e compartilhamento de infraestrutura de telecomunicações. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2 de setembro de 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Especial. Parecer ao Projeto de Lei nº 5013, de 2013, do Senado Federal. Relator Edson Santos. Brasília, 2013. Disponível em:

<https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020140515000690000.PDF#page=582>.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e Outras Formas. 10ª edição. São Paulo. Ed. Atlas, 2015.

FILHO, Marçal J. Curso de Direito Administrativo - 15ª Edição 2024. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. ISBN 9786559649822. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559649822/>. Acesso em: 02 de janeiro de 2025.

GARCIA, Flávio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. A exploração da faixa de domínio das rodovias por concessionárias de energia elétrica e o interesse público. In: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno; FREITAS, Rafael Vêras de (Coord.). A Nova Regulação Da Infraestrutura e da Mineração: Portos, Aeroportos, Ferrovias, Rodovias. Belo Horizonte: Fórum, 2015. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L1267/E1304/6062>. Acesso em 14 de novembro de 2024.

GOMES, André Moura; SILVA, Davison Gonzaga da. Serviços de telecomunicações enquanto serviços públicos: telefonia fixa, telefonia móvel e acesso à banda larga no Brasil, Colômbia e México. Anais da VI Conferência ACORN-REDECOM. Chile, Valparaíso. P. 201 a 210. 2012

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regime jurídico dos bens públicos. In: Bens Públicos Função Social e Exploração Econômica - O Regime Jurídico Das Utilidades Públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2014. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L1235/E1270/7900>. Acesso em: 16 de dezembro de 2024.

MARQUES, Mauro Campbell. O uso remunerado da faixa de domínio: análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça à luz do pragmatismo jurídico. In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves; TOFFOLI, Dias; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz (Coord.). Estado, Direito e Democracia: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Augusto Aras. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 273-288.

MONTEIRO, Matheus Vidal Gomes. Legitimidade Jurisdicional e Fundamentação da Decisão Judicial. In: JÚNIOR, Getúlio Nascimento Braga et al. Desafios e Perspectivas do Direito Processual Civil Contemporâneo. Volume 1. Belo Horizonte: Ed. Dialética, 2020, p. 103-141.

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. Petição inicial: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6482. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 02 de julho de 2020.

ROSA, Maurício Benedeti. Transportes: caracterização do compartilhamento de infraestrutura, problemas e desafios no Brasil. Brasília. 2022. v. 69 in.: <http://dx.doi.org/10.38116/radar69art5>. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11148/1/radar_69_transportes_caracterizacao.pdf. Acesso em: 02 de setembro de 2024.