

VOTO

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES (RELATOR):

1. Admissibilidade

Observo, de início, que tanto a Acel como a Abrafix já foram consideradas pelo Supremo legitimadas para propor ação direta de inconstitucionalidade, conforme se depreende da leitura do acórdão prolatado nas ADIs 3.846, ministro Gilmar Mendes, e 5.832, ministro Marco Aurélio. Destaco a ementa desse último:

LEGITIMIDADE – PERTINÊNCIA TEMÁTICA – PROCESSO OBJETIVO. A Associação Nacional das Operadoras Celulares – ACEL e a Associação Brasileira de Concessionárias de Serviço Telefônico Fixo Comutado – ABRAFIX possuem legitimidade para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade contra diploma a impor às empresas fornecedoras de Serviço de Comunicação Multimídia – SCM obrigação de compensar os consumidores pela interrupção de serviço ou pelo fornecimento de velocidade inferior à contratada. COMPETÊNCIA – TELECOMUNICAÇÕES – SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA – OBRIGAÇÕES – LEI DISTRITAL. Compete à União legislar sobre telecomunicações – artigos 21, inciso XI, e 22, inciso IV, da Constituição Federal –, incluída a disciplina relativa à obrigação de compensar os consumidores pela interrupção ou fornecimento de velocidade inferior à contratada no âmbito do Serviço de Comunicação Multimídia – SCM.

Quanto à **pertinência temática**, tenho-a como evidente. As associações proponentes impugnam lei do Estado de Pernambuco que impõe obrigações às operadoras de serviços de telecomunicações (fixos e móveis), de modo que, por óbvio, os efeitos da norma recaem sobre as empresas associadas.

Conheço, portanto, da ação.

2. Mérito

Transcrevo mais uma vez o teor da lei objeto desta ação:

Art. 1º Ficam proibidas a oferta e a comercialização de serviços de valor adicionado, digitais, complementares, suplementares ou qualquer outro, independentemente de sua denominação, de forma onerosa ao consumidor, quando agregados a planos de serviços de telecomunicações.

§ 1º O disposto no *caput* aplica-se a planos de serviços de telecomunicações pré-pagos, pós-pagos ou combinados.

§ 2º Serviços próprios ou de terceiros, alheios aos de telecomunicações, somente poderão ser ofertados de forma dissociada dos planos de serviços de telecomunicações.

§ 3º Será exigido individualizar o custo de qualquer serviço ofertado e aceito pelo consumidor, que só poderá ser cobrado por meio de faturas distintas da conta telefônica pelas empresas de serviço de telecomunicações.

Art. 2º Consideram-se gratuitos os serviços disponibilizados, próprios ou de terceiros, alheios aos de telecomunicações, que não tenham sido contratados ou requisitados pelo consumidor.

§ 1º Serviços de terceiros, que não sejam serviços de telecomunicações, somente poderão ser cobrados em fatura distinta, emitida por prestadora de serviços de telecomunicações, se houver autorização prévia e expressa do consumidor.

§ 2º A prestadora emitente do documento de cobrança é responsável:

I – pela comprovação, com autorização prévia e expressa do consumidor, da contratação ou requisição dos serviços, tratando-se de serviços próprios; e

II – pela comprovação da autorização emitida pelo consumidor, tratando-se de serviços de terceiros.

Art. 3º O consumidor poderá, a qualquer momento e por qualquer meio disponível, solicitar o cancelamento:

I – de qualquer cobrança que considere indevida, relativa a serviços alheios aos de telecomunicações, devendo o emitente do documento de cobrança, de imediato, retificar a fatura e providenciar a restituição dos valores indevidamente recebidos, sem prejuízo do disposto no parágrafo único do art. 42 da Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor; e

II – de serviços alheios aos de telecomunicações que não sejam do seu interesse, devendo a prestadora, de imediato, retirar a cobrança da fatura sem majorar os valores dos demais serviços efetivamente contratados.

Art. 4º São práticas abusivas e lesivas ao consumidor:

I – a oferta e a comercialização de serviços de valor adicionado, digitais, complementares, suplementares ou qualquer outro, independentemente de sua denominação, de forma onerosa ao consumidor, quando agregados a planos de serviços de telecomunicações;

II – a cobrança de serviços de valor adicionado, digitais, complementares, suplementares ou qualquer serviço, independentemente de sua denominação, em fatura de plano de serviço de telecomunicações;

III – a falta de atendimento à solicitação do consumidor para cancelar cobrança indevida e restituí-lo dos pagamentos indevidamente realizados; e

IV – o não atendimento à solicitação do consumidor para cancelamento de serviço indesejado.

Parágrafo único. O anunciante, o emitente da fatura de cobrança e o prestador de serviço respondem solidariamente por todos os abusos e atos lesivos ao consumidor.

Art. 5º O descumprimento do disposto nesta Lei sujeita o infrator às penalidades previstas no artigo 56 da Lei Federal nº 8.078, de 1990 – Código de Defesa do Consumidor –, sem prejuízo das demais previstas na legislação em vigor.

Art. 6º A fiscalização do cumprimento desta Lei caberá ao órgão estadual de defesa do consumidor da Secretaria de Justiça e Direitos Humanos, inclusive quanto à aplicação de multas.

§ 1º O órgão estadual de defesa do consumidor poderá firmar convênio com os municípios, para fins do disposto nesta Lei.

§ 2º Qualquer entidade estadual que disponha de informações relevantes para fins de cumprimento desta Lei poderá prestar auxílio ao órgão estadual de defesa do consumidor.

Art. 7º Os prestadores de serviços têm o prazo de até 30 (trinta) dias, a contar da publicação desta Lei, para se adaptarem às suas disposições.

Art. 8º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Passo ao exame da constitucionalidade.

2.1 Invasão da competência legislativa federal

Entendo assistir razão à parte requerente. A lei pernambucana, ao proibir “a oferta e a comercialização de serviços de valor adicionado, digitais, complementares, suplementares ou qualquer outro, independentemente de sua denominação, de forma onerosa ao consumidor, quando agregados a planos de serviços de telecomunicações”, **acaba por interferir indiretamente na prestação dos serviços de telecomunicação** porque restringe o plano de negócio das empresas do setor, com possíveis prejuízos para o **equilíbrio econômico-financeiro** dos contratos de concessão.

É verdade que o chamado Serviço de Valor Adicionado (SVA) não diz respeito, propriamente, à atividade de telecomunicação, como deixa claro o art. 61 da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997 – Lei Geral de Telecomunicações:

Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º **Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações**, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

§ 2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações.

Sucede que, quando **comercializado pela própria operadora do serviço de telecomunicação**, o SVA passa a constituir fonte de **receita alternativa ou acessória da concessionária**, **integrando-se, portanto, à estrutura econômico-financeira do contrato de concessão do serviço público**, como se observa do disposto no art. 83, parágrafo único, c/c o art. 93, VIII, da Lei Geral de Telecomunicações:

Art. 83. A exploração do serviço no regime público dependerá de prévia outorga, pela Agência, mediante concessão, implicando esta o direito de uso das radiofrequências necessárias, conforme regulamentação.

Parágrafo único. Concessão de serviço de telecomunicações é a delegação de sua prestação, mediante contrato, por prazo determinado, no regime público, sujeitando-se a concessionária aos riscos empresariais, **remunerando-se pela cobrança de tarifas dos usuários ou por outras receitas alternativas** e respondendo diretamente pelas suas obrigações e pelos prejuízos que causar.

[...]

Art. 93. O contrato de concessão indicará:

[...]

VIII – **as possíveis receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados ;**

Cumpra observar que o art. 11 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 – Lei Geral das Concessões de Serviços Públicos –, também enfatiza a importância dessas receitas para a composição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão. Eis o teor do dispositivo:

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, **em favor da concessionária**, no edital de licitação, a possibilidade de outras **fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados**, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Parágrafo único. **As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato .**

Ressalte-se que, especificamente no caso das empresas de telecomunicação, esses recursos complementares são indispensáveis para manter a **modicidade das tarifas** e a qualidade dos serviços.

Logo, se às concessionárias fosse permitido cobrar apenas pelo serviço de manutenção da estrutura física que viabiliza a telecomunicação (postes, fibras, antenas, fontes de energia etc.), certamente se observaria aumento no valor das tarifas, por serem a única fonte de receita para o custeio da onerosa e complexa manutenção da rede.

Sabe-se que, na atualidade, quem faz uso da telecomunicação pretende não apenas conversar a distância mas também fruir das inúmeras

funcionalidades disponíveis (pagamentos na rede bancária, compras, pesquisa, entretenimento etc.).

A possibilidade de a prestadora do serviço vender serviços como esses e com isso obter receitas extras abre espaço para investimentos, além de presumivelmente contribuir para a diminuição dos preços cobrados. Ademais, favorece a ampliação da oferta de comodidades ao usuário, sem falar no evidente estímulo à concorrência, com impacto direto nos parâmetros da prestação dos serviços.

Significa dizer que **lei estadual não pode, sob pena de ingerência reflexa no contrato de concessão celebrado entre a União e a concessionária, proibir ou limitar as receitas alternativas complementares ou acessórias**. Eventual vedação dessa natureza, estabelecida no âmbito de Estado-Membro, pode vir a criar diferentes padrões de serviço considerado o território nacional, porquanto o setor decerto seria compelido a investir onde pudesse auferir mais recursos complementares.

Anoto já haver entendimento firmado pelo Supremo no sentido da **inconstitucionalidade de norma estadual que proíbe concessionárias dos serviços de telecomunicação de comercializarem SVA ou qualquer outro agregado ao serviço**. Cito, a título de exemplo, as ADIs 6.068 e 6.124 ED, ambas da relatoria da ministra Cármen Lúcia, representadas pelas ementas a seguir:

[...] MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONVERSÃO EM JULGAMENTO DEFINITIVO. LEI N. 17.691/2019 DE SANTA CATARINA. PROIBIÇÃO A CONCESSIONÁRIAS DE TELECOMUNICAÇÕES DE COMERCIALIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE VALOR ADICIONADO, DIGITAIS, COMPLEMENTARES, SUPLEMENTARES OU QUALQUER OUTRO DE FORMA AGREGADA A PLANOS DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. INVASÃO DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO. INC. XI DO ART. 21 E INC. IV DO ART. 22 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE.

[...] EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROIBIÇÃO A CONCESSIONÁRIAS DE TELECOMUNICAÇÕES DE COMERCIALIZAÇÃO DE

SERVIÇOS DE VALOR ADICIONADO, DIGITAIS, COMPLEMENTARES, SUPLEMENTARES OU QUALQUER OUTRO DE FORMA AGREGADA A PLANOS DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. INVASÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU ERRO MATERIAL. PRETENSÃO DE REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA JULGADA: IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

Assim, a lei impugnada, no ponto em que proíbe a venda de SVA de forma integrada a plano de serviços de telecomunicações, revela manifesto descompasso com a jurisprudência desta Corte, a qual, ao interpretar os **arts. 21, XI; 22, IV; e 48, XII, da Constituição Federal**, entende que **a regulamentação desse tipo de serviço ou de qualquer outro agregado pode ser feita apenas pela União, dada sua íntima conexão econômica com o serviço de telecomunicação propriamente dito**.

2.2 Equilíbrio econômico-financeiro do contrato e liberdade econômica

A norma em tela, ao impor a **cobrança em fatura separada** de qualquer SVA (arts. 1º, § 3º; 2º, § 1º; e 4º, II), também fere o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e a liberdade econômica. Ora, isso obviamente encarece os custos de gestão dos serviços, razão pela qual, de duas uma: ou o aumento é repassado ao consumidor, o que afeta a **modicidade das tarifas**; ou as próprias concessionárias e parceiras arcam com o prejuízo, do que resulta a piora dos ganhos esperados e a conseqüente depreciação da posição dessas empresas no contexto da execução do contrato, tudo por força de norma local.

Há outro ponto a ser considerado: a própria dinâmica do uso dos serviços de telecomunicações tem sofrido profundas mudanças. Se no passado o usuário adquiria uma linha telefônica com o fim precípua de se comunicar oralmente em tempo real com alguém distante, atualmente o telefone é um aparelho com múltiplas funcionalidades. Não faz sentido bloquear o crescimento orgânico dos negócios que espontaneamente estão se estabelecendo e ampliando no ecossistema digital por via das telecomunicações.

Não se ignora que a questão envolve problemas, como a prática abusiva de venda sub-reptícia de certos produtos pouco úteis aos consumidores. Nada obstante, no meu entender, tais aspectos devem ser resolvidos pelo Congresso Nacional, mediante a elaboração de lei própria e abrangente que alcance todas as operadoras da Federação.

A esse respeito, faço consignar que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 7.851-A/2017, da autoria do deputado André Figueiredo (PDT-CE). Na respectiva exposição de motivos, são descritos com muita lucidez os principais elementos em jogo nessa matéria e apresentada solução institucional, vale dizer, muito inteligente, que, presumo, se efetivaria com maior eficácia: a criação, pela Anatel, de um **Código de Conduta** a ser observado pelas operadoras no campo específico do SVA. Eis o texto:

Devido ao grande número de ações de consumidores na ANATEL, nos Procons e no judiciário, que reclamam de serviços cobrados sem nunca terem sido contratados, a Agência está investigando as operadoras de telecomunicações e seus parceiros por abusos na cobrança de serviços de valor agregado. O excesso de serviços contratados à revelia do consumidor representa de 88% a 95% dos pleitos das reclamações sobre a telefonia móvel.

Super Caixa Postal, *Ringtones*, Tele-horóscopo, Recarga Turbinada, Disk Amizade, entre outros, são definidos no Art. 61 da LGT (Lei 9.472/1997) como Serviços de Valor Adicionado (SVA) e são suportados por um serviço de telecomunicações com o qual não se confundem. Por não serem serviços de telecomunicações, a Agência, em princípio, não teria poderes de regulação sobre eles, especialmente no que diz respeito à proteção do usuário.

As empresas têm alegado que a contratação desses serviços é feita mediante aceitação expressa dos usuários, normalmente em resposta a ofertas enviadas pelas operadoras por meio de mensagens instantâneas e que o problema maior advém de comportamentos inadequados dos consumidores que, inadvertidamente, solicitam a ativação desses serviços.

Diante da controvérsia, está claro que o consumidor, sobretudo o de baixa renda – típico das plataformas pré-pagas de telefonia celular, mesmo tendo agido inadvertidamente, se vê surpreendido frequentemente com subtração de créditos com serviços estranhos.

Pelo crescente número de reclamações registradas, concluímos que os usuários têm sido vítimas de armadilhas dos provedores desses serviços.

De fato, o problema acontece não somente nas plataformas pré-pagas, mas também em outros tipos de planos, incluindo planos pós-pagos, empresariais e em grupo, em plataformas de telecomunicações móveis ou fixas. Entidades filantrópicas utilizam as contas telefônicas como forma de recolhimento de doações, por exemplo, por meio de números 0500 e é comum encontrar reclamações de usuários que alegam cobrança indevida. Há, inclusive, uma lacuna regulatória de como se enquadra esse tipo de cobrança agregada. O SVA se aproveita do *billing* das operadoras para garantir recorrência de receitas. O crédito pré-pago chega quase a se confundir com um meio de pagamento.

Em consonância com o Código de Defesa do Consumidor, que determina a inversão do ônus da prova nas relações de consumo, se faz necessário que, em caso de contestação de uma cobrança, que a empresa suspenda imediatamente o débito (ou reembolse os valores subtraídos) até que prove a devida aceitação dos termos do serviço e a disputa esteja resolvida. Com as novas tecnologias, as operadoras têm total condição de implementar melhores instrumentos para garantir o completo entendimento por parte do usuário e capturar seu consentimento de forma mais expressa e inequívoca. Por exemplo, rotinas automáticas com reconhecimento de voz podem capturar e armazenar a concordância do usuário quando da aceitação dos serviços ofertados.

O Mobile Ecosystem Forum publicou em 2011 um código de conduta para as empresas mas essa tentativa de autorregulação do setor, na prática não tem funcionado. O regulador britânico OFCOM implementa, por exemplo, como principal instrumento regulatório, um Código de Conduta que protege o consumidor desse tipo de serviço. Propomos neste projeto que o mesmo seja adotado no Brasil.

Ante o exposto e certo de que a proposta trará benefício direto para o consumidor, conto com o apoio de meus pares na aprovação deste PL.

Da leitura do documento vê-se que o tema aqui tratado está longe de ser de interesse exclusivamente estadual ou de versar tão somente sobre direito do consumidor. Na verdade, as inovações repentinas e a contínua transformação que caracteriza as tecnologias vêm abrindo campo a situações complexas e experimentos institucionais em vários países.

No Brasil não pode ser diferente, mas incumbe ao Congresso Nacional encontrar respostas que consolidem a posição desta República Federativa em intrincado tema, pois soluções locais são não apenas inconstitucionais mas também insuficientes e inoportunas.

2.3 Tributação dos Serviços de Valor Adicionado

Os *amici curiae* alegam haver questões tributárias em jogo. Sustentam, em síntese, que a venda de SVAs ocorre com qualificação jurídica que tem implicado prejuízo à arrecadação estadual. Em suma, a qualificação do serviço estaria levando a uma elisão fiscal que os amigos da Corte dizem impertinente.

Ora, essa é uma questão que se resolve, se for o caso, por leis e atos administrativos de natureza fiscal (lançamentos *ex officio*), aptos a evidenciar a incidência deste ou daquele tributo sobre certa operação econômica, e **não com a proibição dessas operações econômicas**, cuja disciplina está sob a regência constitucional da União.

Vedar a operação conjunta, em última análise, refrearia investimentos e indiretamente reduziria a arrecadação tributária. Portanto, até mesmo de uma perspectiva de política fiscal, é questionável a solução oferecida pela lei estadual impugnada.

Reconheço: de fato, o problema da qualificação tributária do SVA não é de simples solução. Vale mencionar, no ponto, que o Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado sumular n. 334, referente aos provedores de internet, nos seguintes termos:

O ICMS não incide no serviço dos provedores de acesso à Internet.

A meu sentir, a Corte Superior acertadamente considerou que o serviço de provedor de internet, sendo espécie de SVA, não constitui serviço de telecomunicação, razão pela qual sobre ele não incide o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (CF, art. 155, II). Ocorre que ele

tampouco está previsto na lista da Lei Complementar n. 116/2003, que dispõe sobre o Imposto sobre Serviços, donde a atividade (altamente rentável) acaba livre de qualquer tributação.

Trata-se, portanto, de controvérsia cujo deslinde se mostra premente. Todavia, repito, não será o cerceamento da atividade econômica por meio de leis estaduais que garantirá o bom termo. Cabe ao Congresso Nacional, por suas duas Casas, encontrar a melhor forma de lidar com os interesses envolvidos.

2.4 Alcance da declaração de inconstitucionalidade

É certo que há vários dispositivos expletivos na lei que, na verdade, pouco ou nada acrescentam à disciplina do próprio Código de Defesa do Consumidor (a título de exemplo, o art. 2º, *caput* e § 2º). Compreendo que se pode cogitar de mantê-los, a despeito da inconstitucionalidade do restante do diploma legal.

Creio, porém, não ser essa uma boa solução, por duas razões: (i) a lei é um articulado sistêmico, de sorte que manter certas partes quando a disciplina central é eliminada não faz muito sentido e pode gerar mais problemas que soluções; e (ii) esses dispositivos anódinos, que poderiam permanecer inocentemente dentro do ordenamento jurídico, encontram no Código de Defesa do Consumidor um predecessor apto a resolver satisfatoriamente qualquer controvérsia prática que venha a surgir não apenas em Pernambuco mas em todo o Brasil.

Por esses motivos, reputo que a melhor solução aqui é declarar a inconstitucionalidade total da norma impugnada.

Também não vejo necessidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, tanto mais porque foi deferida nestes autos medida liminar que desde cedo suspendeu os efeitos do diploma (peça 21).

Ante o exposto, julgo procedente a ação e, confirmando a medida liminar, declaro inconstitucional *in totum* a Lei n. 16.600/2019 do Estado de

Pernambuco, por violação aos **arts. 21, XI; 22, IV; e 48, XII, da Constituição Federal.**

Assento o prejuízo do agravo interno interposto da decisão concessiva da medida cautelar.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 05/08/2022 00:00