

## VOTO

### A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. A presente ação direta de inconstitucionalidade tem como objeto a Lei n. 11.201/2020 do Espírito Santo. Nela se estabelece que as empresas prestadoras de serviços de *internet* móvel e banda larga na modalidade pós-paga são obrigadas a apresentar, na fatura mensal, gráficos sobre o registro médio diário de entrega da velocidade de recebimento e envio de dados pela rede mundial de computadores. Tem-se na lei impugnada:

*“ Art. 1º As empresas prestadoras de serviços de internet móvel e banda larga na modalidade pós-paga, contratadas por consumidores no Estado do Espírito Santo, ficam obrigadas a apresentar, na fatura mensal enviada ao consumidor, gráficos que demonstrem o registro médio diário de entrega da velocidade de recebimento e de envio de dados através da rede mundial de computadores.*

*§ 1º A velocidade de recebimento e de envio de dados entregue entre a zero hora e as 8 (oito) horas da manhã não poderá ser computada para efeito de aferimento da média diária informada. § 2º Deverá ser apresentado um gráfico específico referente ao recebimento de dados e outro gráfico específico relativo ao envio de dados.*

*Art. 2º As empresas referidas no art. 1º desta Lei que descumprirem a determinação, ficam sujeitas às sanções dispostas no art. 56 da Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Parágrafo único. A multa será em montante não inferior a 4.000 (quatro mil) e não superior a 15.000 (quinze mil) Valores de Referência do Tesouro Estadual - VRTEs, ou índice equivalente que venha a substituí-lo, graduada de acordo com a gravidade da infração. Art. 3º Esta Lei entra em vigor após decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação oficial”.*

As autoras argumentam que somente a União dispõe de competência para legislar sobre o tema, não havendo autorização em lei para que os Estados legislem sobre questão específica sobre telecomunicações.

Alegam que a norma questionada contraria os princípios da isonomia, da livre iniciativa e da proporcionalidade e que as obrigações impostas são inviáveis sob aspecto técnico.

2. Reconheço a legitimidade ativa *ad causam* da Associação das Operadoras de Celulares – Acel e Associação Brasileira de Concessionárias de Serviço Telefônico Fixo Comutado – Abrafix para a presente ação direta de inconstitucionalidade, pelo nexo entre os objetivos institucionais e o conteúdo material dos textos normativos impugnados.

A legitimidade das autoras foi reconhecida por este Supremo Tribunal em diferentes processos, por exemplo, ADI n. 5.573 PR, Relator o Ministro Alexandre de Moraes (DJe, 6.9.2019), ADI n. 5.569, Relatora a Ministra Rosa Weber (DJe, 1º.6.2017), ADI n. 3.846, Relator o Ministro Gilmar Mendes (DJe, 7.12.2010).

### Do mérito

#### Da alegada inconstitucionalidade formal

3. Na espécie vertente, as autoras alegam afronta ao inc. XI do art. 21 e inc. IV do art. 22 da Constituição da República. Assim se dispõe nas normas constitucionais:

*“ Art. 21. Compete à União: (...)*

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

*“ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...)*

*IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão”*.

A Assembleia Legislativa do Espírito Santo asseverou que *“ atuou o Estado do Espírito Santo dentro dos limites estabelecidos pela Constituição Federal para exercício da competência legislativa concorrente, com fundamento no art. 24, incisos V e VIII da Constituição da República de 1988”*.

O Governador do Espírito Santo pontuou que, *“ embora de fato a lei capixaba verse sobre questões relacionadas à telecomunicação, pois tem como alvo as empresas prestadoras de serviços de internet móvel e banda larga na modalidade pós-paga, em nada viola a competência privativa da*

*União para tais tratativas, na medida em que se limita a dispor especificamente de questões consumeristas, não havendo interferência alguma nos serviços, na forma de prestá-los ou qualquer obrigação ou determinação sobre a atividade telecomunicativa em si”.*

4. A matéria da presente ação direta não é nova no Supremo Tribunal Federal.

Em 25.5.2017, este Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.569, Relatora a Ministra Rosa Weber (DJe, 1º.6.2017). O objeto daquela ação era lei de Mato Grosso do Sul pela qual se “*obriga as empresas prestadoras de serviço de internet móvel e de banda larga, na modalidade pós-paga, a apresentar ao consumidor, na fatura mensal, gráficos que informem a velocidade diária média de envio de recebimento de dados entregues no mês*”. É a ementa daquele julgado:

*“ EMENTA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 4.824/2016 DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELEFONIA. OBRIGAÇÃO DE APRESENTAR MENSALMENTE A VELOCIDADE DIÁRIA MÉDIA DE ENVIO E DE RECEBIMENTO DE DADOS. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE EXPLORAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. AFRONTA AOS ARTS. 21, XI, E 22, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRECEDENTES. 1. Ao obrigar as empresas prestadoras de serviço de internet móvel e de banda larga, na modalidade pós-paga, a apresentar ao consumidor, na fatura mensal, gráficos informando a velocidade diária média de envio e de recebimento de dados entregues no mês, a Lei nº 4.824/2016 do Estado do Mato Grosso do Sul, a pretexto de tutelar interesses consumeristas, altera, no tocante às obrigações das empresas prestadoras, o conteúdo dos contratos administrativos firmados no âmbito federal para a prestação do serviço público de telefonia, perturbando o pacto federativo. 2. Segundo a jurisprudência reiterada desta Suprema Corte, revela-se inconstitucional, por invadir a competência privativa da União para regular a exploração do serviço público de telefonia espécie do gênero telecomunicação, a lei estadual cujos efeitos não se esgotam na relação entre consumidor-usuário e o fornecedor-prestador, interferindo na relação jurídica existente entre esses dois atores e o Poder Concedente, titular do serviço (arts. 21, XI, 22, IV, e 175 da Constituição da República). Precedentes. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente” (Tribunal Pleno).*

Quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.572, Relator o Ministro Alexandre de Moraes (DJe, 6.9.2019), este Supremo Tribunal, perfilhando entendimento oposto, reconheceu a constitucionalidade da Lei n. 18.752/2016 do Paraná, pela qual se “ obrigam as empresas prestadoras de serviços de internet a apresentar ao consumidor, na fatura mensal, gráficos que informem a velocidade diária média de envio e recebimento de dados entregues no mês ”. Confira-se a ementa do julgado:

“ CONSTITUCIONAL. FEDERALISMO E RESPEITO ÀS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA. LEI ESTADUAL 18.752 /2016 DO ESTADO DO PARANÁ. SERVIÇO PÚBLICO DE TELEFONIA MÓVEL E INTERNET. OBRIGAÇÃO DE FORNECER AO CONSUMIDOR INFORMAÇÕES SOBRE A VELOCIDADE DIÁRIA MÉDIA DOS SERVIÇOS DE INTERNET. DIREITO DO CONSUMIDOR. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS ESTADOS (CF, ART. 24, V). IMPROCEDÊNCIA. 1. As regras de distribuição de competências legislativas são alicerces do federalismo e consagram a fórmula de divisão de centros de poder em um Estado de Direito. Princípio da predominância do interesse. 2. A Constituição Federal de 1988, presumindo de forma absoluta para algumas matérias a presença do princípio da predominância do interesse, estabeleceu, a priori, diversas competências para cada um dos entes federativos União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios e, a partir dessas opções, pode ora acentuar maior centralização de poder, principalmente na própria União (CF, art. 22), ora permitir uma maior descentralização nos Estados-Membros e nos Municípios (CF, arts. 24 e 30, inciso I). 3. Entendimento recente desta SUPREMA CORTE no sentido de conferir uma maior ênfase na competência legislativa concorrente dos Estados quando o assunto gira em torno da defesa do consumidor. Cite-se, por exemplo, a ADI 5.745, Rel. ALEXANDRE DE MORAES, Red. p/ acórdão: Min. EDSON FACHIN, julgado em 7/2 /2019. 4. A Lei Estadual 18.752/2016, ao obrigar que fornecedores de serviço de internet demonstrem para os consumidores a verdadeira correspondência entre os serviços contratados e os efetivamente prestados, não tratou diretamente de legislar sobre telecomunicações, mas sim de direito do consumidor. Isso porque o fato de trazer a representação da velocidade de internet, por meio de gráficos, não diz respeito à matéria específica de contratos de telecomunicações, tendo em vista que tal serviço não se enquadra em nenhuma atividade de telecomunicações definida pelas Leis 4.117/1962 e 9.472/1997. 5. Trata-se, portanto, de norma sobre direito do consumidor que admite regulamentação concorrente pelos Estados-Membros, nos termos do

*art. 24, V, da Constituição Federal. 6. Ação Direta julgada improcedente” (Tribunal Pleno).*

A guinada na jurisprudência deste Supremo Tribunal baseou-se na compreensão de que o conceito de telecomunicações capaz de atrair a competência privativa da União é o estabelecido no § 1º do art. 60 da Lei n. 9.472/1997:

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

*§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”.*

A conclusão naquele julgamento foi a de que, *“ ao compelir os fornecedores de serviços de internet a apresentarem nas faturas mensais os gráficos que informem a velocidade diária média de envio e recebimento de dados entregues no mês, a Lei 18.752/2016 do Estado do Paraná tem reflexos no campo da atividade fornecida pelas requerentes e do direito do consumidor, porém, claramente, com especificidade e priorização deste, pois, embora a lei tenha como destinatárias empresas dedicadas aos serviços de internet, a principal razão de ser da norma não está na interferência dos serviços prestados em si, mas na implementação de um modelo de informação ao consumidor daqueles serviços”.*

**5. Entendimento idêntico deve ser adotado na presente ação direta.**

Na norma impugnada se obrigam empresas prestadoras de serviços de internet móvel e banda larga na modalidade pós-paga a apresentarem na fatura mensal gráficos sobre o registro médio diário de entrega da velocidade de recebimento e envio de dados pela rede mundial de computadores.

A medida objetiva assegurar aos consumidores o direito à informação adequada, nos termos do inc. III do art. 6º da Lei n. 8.078/1990. Confira-se:

*“ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...)*

*III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características,*

*composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.*

Excerto da justificativa do Projeto de Lei, do originada a norma impugnada, clareia a motivação do legislador capixaba:

*“ O consumidor é a parte hipossuficiente na relação de consumo, e, por essa razão, é obrigação do Poder Público buscar mecanismos que traga sempre mais proteção a essas pessoas, minimizando assim possíveis danos irreparáveis. Nesse sentido, nada mais justo que o consumidor receba para o seu conhecimento um gráfico do que realmente lhe foi fornecido para que possa ter a possibilidade de conferência”.*

Não versar sobre *“ 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 ”* corrobora o alegado caráter consumerista da lei questionada.

6. Os Estados detêm competência legislativa concorrente em tema de produção e consumo e de responsabilidade por dano ao consumidor, pelo posto nos incs. V e VIII do art. 24 da Constituição da República, devendo ser respeitadas as normas gerais fixadas no plano nacional. Têm-se nos dispositivos:

*“ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...]*

*V - produção e consumo; [...]*

*VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; [...]*

*§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.*

*§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados”.*

A jurisprudência do Supremo Tribunal consolidou interpretação do direito posto a prestigiar, na repartição de competências legislativas, o federalismo cooperativo, com divisão de competências e responsabilidades entre os entes políticos para a consecução dos objetivos fundamentais da

República Federativa do Brasil de construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º da Constituição da República).

Sobre a autonomia federativa, José Afonso da Silva indica dois elementos básicos que a sustentam, a saber, *a)* a existência de órgãos governamentais próprios, isto é, que não dependam dos órgãos federais quanto à forma de seleção e investidura; *b)* a posse de competências exclusivas, um mínimo, ao menos, que não seja reduzido (Curso de Direito Constitucional positivo. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 100).

Em tema de proteção ao consumidor, cabe à União editar as normas gerais e aos Estados suplementá-las, como dispoto nos §§ 1º e 2º do art. 24 da Constituição da República, não existindo, portanto, supremacia de um ente político sobre outro. Há repartição de competências legislativas para a preservação da eficácia do modelo, da segurança jurídica e da organicidade do sistema.

As disposições da Lei n. 11.201/2020 do Espírito Santo decorrem do legítimo exercício da competência concorrente do ente federado em matéria de defesa do consumidor, afeiçoando-se a “ *legislação estadual às peculiaridades locais, de forma a superar a uniformização simétrica da legislação federal* ” (HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional* . 4 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 356).

#### Da alegada inconstitucionalidade material

7. As autoras argumentam que a norma impugnada descumpre os princípios da isonomia ( *caput* do art. 5º da Constituição), da livre iniciativa (inc. IV do art. 1º e art. 170 da Constituição da República) e da proporcionalidade (inc. LIV do art. 5º da Constituição).

8. Sobre a aplicação do princípio da isonomia em matéria consumerista, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.123, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Redator para Acórdão o Ministro

Alexandre de Moraes (DJe 16.4.2021), assentou este Supremo Tribunal não ofender a isonomia disposto em lei estadual pela qual, suplementando legislação nacional, busca concretizar a defesa do consumidor regional. Do julgamento, extrai-se a seguinte ementa:

*“ EMENTA: CONSTITUCIONAL. FEDERALISMO E RESPEITO ÀS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA. DISPOSITIVOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR DO ESTADO DE PERNAMBUCO (LEI ESTADUAL 16.559/2019). PREJUDICIALIDADE PARCIAL DO PEDIDO. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DO ART. 136. INCONSTITUCIONALIDADE JÁ DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RELAÇÃO AOS ARTS. 143, 144 E 145. SERVIÇOS PRESTADOS POR OPERADORAS DE PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE. CONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL DOS ARTS. 20, § 3º, VII, 107, 108, 109, 133, 134, 137, 138 e 139. OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS VOLTADAS À IMPLEMENTAÇÃO DE UM MODELO DE INFORMAÇÃO AO CONSUMIDOR. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DOS ARTS. 105, 106 E 135. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO EM MATÉRIA DE DIREITO CIVIL, CONTRATUAL E POLÍTICA DE SEGUROS (ART. 22, I E VII, DA CF). PROCEDÊNCIA PARCIAL. 1. As regras de distribuição de competências legislativas são alicerces do federalismo e consagram a fórmula de divisão de centros de poder em um Estado de Direito. Princípio da predominância do interesse. 2. A Constituição Federal de 1988, presumindo de forma absoluta para algumas matérias a presença do princípio da predominância do interesse, estabeleceu, a priori, diversas competências para cada um dos entes federativos, União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, e, a partir dessas opções, pode ora acentuar maior centralização de poder, principalmente na própria União (CF, art. 22), ora permitir uma maior descentralização nos Estados-membros e nos Municípios (CF, arts. 24 e 30, inciso I). 3. A alteração substancial do art. 136 da Lei 16.559/19, do Estado mofde Pernambuco, e a anterior declaração de inconstitucionalidade dos arts. 143, 144 e 145 de referida lei pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADI 6207, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJe de 4/2/2021) prejudicam a análise do pedido em relação a esses dispositivos. 4. Os arts. 20, § 3º, VII, 107, 108, 109, 133, 134, 137, 138 e 139 da lei pernambucana estabelecem diversas obrigações voltadas a uma maior transparência e garantia de acesso facilitado a informações essenciais por parte dos usuários dos serviços prestados pelas operadoras de planos e seguros de saúde. Embora os dispositivos legais tenham essas empresas como destinatárias, sua principal finalidade é a implementação de um*



*modelo de informação ao consumidor. 5. Não há que se falar em ofensa à isonomia no tratamento da matéria pelo Estado do Pernambuco em comparação à legislação federal, uma vez que estas constituem normas gerais em tema afeto ao direito do consumidor, enquanto as disposições da lei pernambucana em questão versam sobre situações específicas que traduzem a necessidade de proteção concreta ao direito de informação dos consumidores locais. 6. O princípio da livre iniciativa, garantido no art. 170 da Constituição, não proíbe o Estado de atuar subsidiariamente sobre a dinâmica econômica para garantir o alcance de objetivos indispensáveis para a manutenção da coesão social, entre eles a proteção do consumidor (art. 170, V, da CF), desde que haja proporcionalidade entre a restrição imposta e a finalidade de interesse público, como ocorre no caso. 7. Usurpação da esfera de competência privativa da União para legislar sobre Direito Civil, contratual e política de seguros (art. 22, I e VII, da CF) no tocante aos arts. 105, 106 e 135, que vedam às operadoras de planos e seguros de saúde a exigência de caução e honorários médicos e obrigam-nas a procurarem vagas em unidades conveniadas que atendam os pacientes assegurados. 8. Ação Direta parcialmente conhecida e, nessa parte, julgada parcialmente procedente, para: i) assentar a constitucionalidade dos arts. 20, § 3º, VII, 107, 108, 109, 133, 134, 137, 138 e 139 da Lei 16.559/19, do Estado de Pernambuco; ii) declarar inconstitucionais os arts. 105, 106 e 135 de referida lei estadual " (Tribunal Pleno).*

Na espécie, a lei questionada objetiva facilitar aos consumidores capixabas acesso à informação adequada, direito previsto no inc. III do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor.

Cabe ressaltar a forma de operação da modalidade pós-paga dos serviços de *internet* móvel e banda larga. Nela, o consumidor usufrui do serviço e, posteriormente, paga valor proporcional ao que utilizou. Assim, o de que se cuida é de direito do consumidor a ter acesso a informações para fazer valer, se for o caso, o seu interesse.

O panorama apresentado pela Anatel, quanto às reclamações direcionadas às empresas de telecomunicações no ano de 2020, demonstra que os serviços de banda larga fixa e telefonia móvel pós-paga, somadas, representam aproximadamente 58% (cinquenta e oito por cento) das reclamações totais registradas pela agência (1.728.768 de 2.963.195).

A obrigação prevista na norma posta em questão surge com o objetivo de elucidar o consumidor quanto ao que foi efetivamente prestado pela empresa contratada, em esforço para garantir acessibilidade àqueles que não têm conhecimento técnico para a compreensão integral dos relatórios habitualmente prestados pelas empresas de telecomunicação.

A matéria respeita a interesse do consumidor capixaba. Desde a promulgação da Lei n. 11.201/2020 do Espírito Santo, o Procon estadual aplicou multas às 12 empresas de telecomunicação atuantes no Estado, em operação intitulada “ *Velocidade Máxima* ”.

9. Na análise da validade jurídico-constitucional de disposições normativas regulatórias, é frequente o aparente confronto entre o princípio constitucional da livre iniciativa, fundamento da República Federativa do Brasil e da ordem econômica (inc. IV do art. 1º e *caput* art. 170 da Constituição), e o dever do Estado de intervir na economia objetivando a garantia do interesse público.

A livre iniciativa não obsta a regulação das atividades econômicas pelo Estado. Essa pode mostrar-se indispensável para resguardar os princípios prestigiados pela Constituição, como, por exemplo a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho humano, a livre concorrência, a função social da propriedade, a defesa do consumidor e do meio ambiente e a busca do pleno emprego.

Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello preleciona:

*“ a Constituição brasileira apresenta-se como uma estampada antítese do neoliberalismo, pois não entrega a satisfatória organização da vida econômica e social a uma suposta (e nunca demonstrada) eficiência do mercado. Pelo contrário, declara que o Estado brasileiro tem compromissos formalmente explicitados com os valores que nela se enunciam, obrigando a que a ordem econômica e a social sejam articuladas de maneira a realizar os objetivos apontados”* (Curso de Direito Administrativo. 27. ed. rev. e atual. Malheiros: São Paulo, 2010. p. 793).

O princípio da livre iniciativa não é absoluto. A intervenção estatal no domínio econômico para defesa do consumidor é legítima e tem fundamento na Constituição da República:

*“ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]*

*V - defesa do consumidor (...).”*

Este Supremo Tribunal tem assentado que o princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor. Confirmam-se os seguintes julgados:

*“ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.844 /92, DO ESTADO DE SÃO PAULO. MEIA ENTRADA ASSEGURADA AOS ESTUDANTES REGULARMENTE MATRICULADOS EM ESTABELECIMENTOS DE ENSINO. INGRESSO EM CASAS DE DIVERSÃO, ESPORTE, CULTURA E LAZER. COMPETÊNCIA CONCORRENTE ENTRE A UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS E O DISTRITO FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO ECONÔMICO. CONSTITUCIONALIDADE. LIVRE INICIATIVA E ORDEM ECONÔMICA. MERCADO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA. ARTIGOS 1º, 3º, 170, 205, 208, 215 e 217, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. É certo que a ordem econômica na Constituição de 1.988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. 2. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170. 3. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da ‘iniciativa do Estado’; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. 4. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217 § 3º, da Constituição]. Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. 5. O direito ao acesso à*

*cultura, ao esporte e ao lazer, são meios de complementar a formação dos estudantes. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente” (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.950, Relator Ministro Eros Grau, DJ 2.6.2006).*

*“ CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DISTRIBUIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. TRR. REGULAMENTAÇÃO DL 395/38. RECEPÇÃO. PORTARIA MINISTERIAL. VALIDADE. 1. O exercício de qualquer atividade econômica pressupõe o atendimento aos requisitos legais e às limitações impostas pela Administração no regular exercício de seu poder de polícia, principalmente quando se trata de distribuição de combustíveis, setor essencial para a economia moderna. 2. O princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor. 2. O DL 395/38 foi editado em conformidade com o art. 180 da CF de 1937 e, na inexistência da lei prevista no art. 238 da Carta de 1988, apresentava-se como diploma plenamente válido para regular o setor de combustíveis. Precedentes: RE 252.913 e RE 229.440. 3. A Portaria 62/95 do Ministério de Minas e Energia, que limitou a atividade do transportador-revendedor-retalhista, foi legitimamente editada no exercício de atribuição conferida pelo DL 395/38 e não ofendeu o disposto no art. 170, parágrafo único, da Constituição. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido” (Recurso Extraordinário n. 349.686, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 5.8.2005) .*

*“ AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. COMERCIALIZAÇÃO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO. ATIVIDADE FISCALIZATÓRIA E REGULADORA DO MERCADO DE COMBUSTÍVEIS. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. RESTRIÇÕES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. O Supremo Tribunal Federal assentou que o princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor. Precedentes” (Agravo de Instrumento n. 636.883 AgR, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe de 1º.3.2011).*

Não subsiste razão no argumento das autoras de que a lei contestada contraria o princípio da livre iniciativa.

10. A providência adotada no preceito impugnado de obrigar as empresas prestadoras de serviços de *internet* móvel e banda larga na modalidade pós-paga a apresentar na fatura mensal gráficos sobre o registro médio diário de entrega da velocidade de recebimento e envio de

dados pela rede mundial de computadores carece de análise aprofundada quanto ao entendimento do princípio da proporcionalidade.

Gomes Canotilho ressalta poder ser este princípio aproveitado como fundamento de controle exercido pelos tribunais sobre a adequação dos meios administrativos (sobretudo coativos) à prossecução do escopo e ao balanceamento concreto dos direitos ou interesses em conflito (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 268).

Este Supremo Tribunal assentou que, pelo princípio da proporcionalidade, extraído da cláusula constitucional pela qual se garante o devido processo legal em sua dimensão material (inc. LIV do art. 5º), vedam-se os excessos normativos e as prescrições desarrazoadas do Estado, vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais (ADI n. 1.407-MC, Relator o Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 24.11.2000).

E Paulo Bonavides observa:

*“ O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como norma jurídica global, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição. O princípio da proporcionalidade aplica-se quando confrontados os meios adotados numa prática e os fins por ela buscados, submetendo a sua legitimidade a exame realizado com base em três elementos ou subprincípios. O primeiro é o da adequação, pelo qual o meio adotado deve ser hábil a alcançar o fim pretendido. O segundo elemento é o da necessidade, que impede que a medida exceda os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja ” (BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 360).*

Deve-se analisar a proporcionalidade em sentido estrito da medida, na qual se impõe que as vantagens trazidas pelo alcance da finalidade

correspondam, nas notas de Humberto Ávila, às desvantagens provocadas pela adoção do meio (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 205).

A lei impugnada na presente ação direta obriga a elaboração de gráficos que demonstrem a) o consumo gerado pelo consumidor e b) a capacidade disponibilizada pela empresa prestadora do serviço ao consumidor.

Quanto à obrigação de apresentar gráficos que apresentem o consumo gerado pelo consumidor, o “ *parecer técnico sobre viabilidade de medição de entrega de velocidade a usuários*”, elaborado pelo Centro de Pesquisa e Desenvolvimento em Telecomunicações – CPQD, havido nos autos, aponta ser “ *impraticável, processar e disponibilizar aos usuários as informações indicadas na legislação em questão, gerando um impacto desproporcional e com uma complexidade ímpar nos sistemas de gerência das redes e dos recursos computacionais das Prestadoras*”.

Isso porque, “ *em se tratando de milhões de acessos Banda Larga Móvel e Fixa operacionais, considerando a aplicação de leis similares em todo o território nacional, atualmente há mais de 35 milhões de acessos fixo e mais de 175 milhões de celulares 4G, o processamento desta monta de informações geraria um impacto exorbitante nos sistemas computacionais das Prestadoras de serviços Internet*”.

Naquele parecer se afirma haver sistema de gerência que coleta as informações do tráfico dos usuários a cada cinco minutos. No parecer que fundamenta o argumento das autoras se deixa de especificar os custos para os fornecedores de *internet* atuantes no Espírito Santo, não sendo possível constatar a desproporcionalidade entre a obrigação imposta pela lei impugnada e o benefício causado ao consumidor no presente cenário analisado.

De se destacar que norma similar à questionada na presente ação direta vigora no Paraná desde 13.4.2016. Entretanto, as autoras nada mencionam quanto à experiência de adaptação das prestadoras do serviço de *internet* móvel e banda larga, na modalidade pós-paga, à lei paranaense.

Sobre a obrigação de apresentação, na fatura mensal, de gráficos que indiquem a capacidade (velocidade) disponibilizada ao consumidor pela prestadora, o parecer da CPGC conclui pela inviabilidade da obrigação, pois “ a taxa de transmissão disponível a cada usuário é dependente da utilização dos demais usuários que compartilham da mesma infraestrutura, e, em caso de todos os usuários utilizarem a rede ao mesmo tempo, a taxa obtida nesse determinado momento será inferior à vazão máxima contratada ”.

Quanto a esse aspecto, destaca-se que este Supremo Tribunal adota o entendimento de não ser cabível ao órgão fiscalizador da constitucionalidade valorar se as normas questionadas alcançaram os fins almejados, ao argumento de exercer o controle da proporcionalidade e razoabilidade das leis sem embasamento específico nos dados do caso julgado. Nesse sentido, por exemplo:

“ EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 2º, CAPUT E PARAGRAFO ÚNICO DA LEI N. 14.376, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2002, DO ESTADO DE GOIAS. REGIMENTO DE CUSTAS E EMOLUMENTOS DA JUSTICA DO ESTADO DE GOIAS. VALOR DA CAUSA. CRITERIO DE COBRANCA. ALEGACAO DE OFENSA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º, INCISO XXXV; 145, INCISO II E § 2º; 154, INCISO I, E 236, § 2º, DA CONSTITUICAO DO BRASIL. NAO CARACTERIZACAO. CONTROLE DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE DAS LEIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. BANALIZACAO DO PRINCIPIO DA PROPORCIONALIDADE. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE. 1. Esta Corte tem admitido o calculo das custas com base no valor do proveito pretendido pelo contribuinte desde que seja fixado um teto para o quantum devido a titulo de custas ou taxas judiciais. Precedentes. 2. O ato normativo atacado não indica o valor da causa ou do bem ou negocio objeto dos atos judiciais e extrajudiciais como base de cálculo da taxa --- esses valores consubstanciam apenas critérios para o calculo. As tabelas apresentam limites minimo e máximo. 3. Alegação de "excesso desproporcional e desarrazoado". 4. Controle da proporcionalidade e razoabilidade das leis pelo Supremo Tribunal Federal. 5. Limites funcionais da jurisdição constitucional. Não cabe ao órgão fiscalizador da inconstitucionalidade valorar se a lei cumpre bem ou mal os fins por ela estabelecidos. 6. A fundamentação da decisão judicial não pode assentar em "vícios" produzidos no âmbito da liberdade de conformação ou no exercício do poder discricionário do Poder Constituinte. 7. É admissível o cálculo das custas judiciais com base no

*valor da causa, desde que mantida correlação com o custo da atividade prestada, desde que haja a definição de valores mínimo e máximo. 8. Como observou o Ministro MARCO AURELIO na ementa do RE n. 140.265, cogitando do ofício judicante e da postura do juiz, "[a]o examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após deve recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la". A falta desse "indispensável apoio" a solução que o juiz idealizar como a mais justa não pode ser formalizada. 9. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente " (ADI n. 3.826, Relator o Ministro Eros Grau, DJe 19.8.2010).*

As autoras não se desincumbiram do ônus de demonstrar a alegada ofensa ao princípio da proporcionalidade decorrente da aplicação da norma impugnada.

**11. Pelo exposto, na esteira da jurisprudência deste Supremo Tribunal na matéria específica, voto no sentido de julgar improcedente o pedido para declarar constitucional a Lei n. 11.201/2020 do Espírito Santo.**

Plenário Virtual - minuta do voto