

VOTO

O Senhor Ministro Gilmar Mendes: A questão constitucional debatida na presente ação cinge-se a saber se a Lei 11.201/2020 do Estado do Espírito Santo – a qual determinou às empresas prestadoras de serviços de internet móvel e banda larga, na modalidade pós-paga, a inclusão de gráfico que demonstre a velocidade média de envio e recebimento de dados na fatura mensal entregue ao usuário do serviço – viola os artigos 1º, IV; 5º, LIV; 21, XI; 22, IV; 170; e 175, parágrafo único, I e II, da Constituição Federal.

Preliminarmente, conforme entendimento exarado pelo relator, entendo presentes os requisitos para o conhecimento da ação, sobretudo no que se refere à existência de legitimidade ativa das proponentes.

No que tange à alegação de inconstitucionalidade formal da legislação impugnada, destaco que, não raras vezes, surgem dúvidas sobre os limites da competência legislativa dos entes federados, tendo em vista os critérios utilizados pelo próprio constituinte na sua definição e a aparente vinculação de uma determinada matéria a mais de um tipo de competência.

Para aferir em que catálogo de competências recai uma questão específica e, portanto, determinar quem possui prerrogativa para legislar sobre o assunto, deve ser feita uma **subsunção** da lei em relação aos artigos constitucionais que estabelecem os limites legiferantes de cada ente federado – ou seja, artigos 22, 23 e 24 da Constituição Federal. Essa verificação é feita a partir de critérios interpretativos.

Nos termos do que lecionado por Christoph Degenhart, o texto constitucional, ao descrever determinada matéria no catálogo de competências, pode elencar questões genéricas do cotidiano, como “floresta”, “caça”, “pesca”, “fauna”, “conservação da natureza” (art. 24, VI, da Constituição Federal) ou referir-se a campos específicos do Direito, como “direito civil”, “direito penal”, “direito marítimo” (art. 22, I, da Constituição Federal). (DEGENHART, Christoph, *Staatsrecht, I*, Heidelberg, 22ª edição, 2006, p. 56-60).

Ao constatar-se uma aparente incidência de determinado assunto em mais de um tipo de competência, deve-se realizar interpretação que leve em consideração duas premissas: a intensidade da relação da situação fática normatizada com a estrutura básica descrita no tipo da competência em análise e, além disso, o fim primário a que se destina a norma, que possui

direta relação com o *princípio da predominância de interesses* . (DEGENHART, Christoph. *Staatsrecht, I* , Heidelberg, 22ª edição, 2006, p. 56-60)

No presente caso, alega-se que o Estado teria invadido competência privativa da União para legislar sobre serviços de telecomunicações.

De fato, a Carta da República confere à União a competência para explorar os serviços de telecomunicação:

“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;”.

Em paralelo, a Carta Magna estabelece a competência privativa da União para legislar acerca da matéria:

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

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

Como a União é responsável pela prestação dos serviços de telecomunicações, também lhe incumbe legislar sobre o regime das autorizadas, concessionárias e permissionárias do referido serviço, bem como sobre os direitos do usuário, a política tarifária e a obrigação de manter-se o serviço adequado, conforme consta da Lei 9.472/1997 – Lei Geral de Telecomunicações.

Esclareça-se que, de acordo com o referido diploma normativo, pode-se incluir o serviço de acesso à internet como serviço de telecomunicações, conforme definição do núcleo de demarcação do espaço regulatório setorial estruturado pelo art. 60, § 1º, da Lei 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT), o qual prevê como atividade de telecomunicação “ *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* ”.

O art. 69 do mesmo diploma legal admite, ainda, que a Anatel estabeleça modalidades de serviços, considerando a finalidade, o âmbito de prestação, a forma, o meio de transmissão e a tecnologia empregada.

Sobre esse aspecto, Victor Oliveira Fernandes leciona que é nos atos infralegais da agência em que se encontram as regulações a respeito do Serviço Móvel Pessoal (SMP) (Resolução 477/2007) e do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) (Resolução 614/2013), comumente conhecidos como “internet móvel” e “banda larga” (FERNANDES, Victor Oliveira. Regulação de Serviços de Internet, Ed. Lumen Iuris, RJ, 2018, p. 151)

As Resoluções 477/2007 e 614/2013 dispuseram sobre o regime privado de exploração do serviço de acesso à internet nas modalidades móvel e de banda larga, em obediência ao comando geral previsto no art. 131 da LGT, o qual estabelece que os serviços de telecomunicação em regime privado são explorados mediante autorização.

Destaque-se que, apesar de a autorização ser um ato vinculado, a Administração pode impor condicionamentos administrativos ao direito de exploração dos serviços, em especial em relação aos direitos dos usuários, ao equilíbrio das relações entre prestadoras e aqueles, bem como ao cumprimento da função social do serviço de interesse coletivo, com os encargos dela decorrentes (art. 127, III, V e VIII) e desde que tais condicionamentos sejam proporcionais e consentâneos com o princípio da mínima intervenção do Estado na atividade privada, conforme definido no art. 128 da Lei 9.472/1997 .

No âmbito do seu poder regulatório, a Agência Nacional de Telecomunicações editou a Resolução 632/2014, a qual estabelece regras sobre “atendimento, cobrança e oferta de serviços relativos ao Serviço Móvel Pessoal (SMP) e ao Serviço de Comunicação Multimídia (SCM)”. Este ato normativo fixa as regras de detalhamento de informações de cobrança, conforme se prevê no seu art. 62:

Art. 62. A Prestadora deve fornecer relatório detalhado dos serviços e facilidades prestados, em ordem cronológica, a todos os seus Consumidores, em espaço reservado em sua página na internet e, mediante solicitação, por meio impresso, incluindo, quando aplicável, no mínimo, as seguintes informações:

I - o número chamado ou do destino da mensagem;

II - a Área de Registro ou localidade de origem e Área de Registro ou localidade do terminal de destino da chamada ou da mensagem;

III - a Área de Registro de origem da Conexão de Dados;

IV - no caso do SMP, o Código de Acesso de origem da chamada e a Área de Registro de destino quando o Consumidor se encontrar em situação de visitante, ressalvada a hipótese de bloqueio de identificação do código de acesso de origem, a pedido do Consumidor, caso em que o detalhamento indicará a Área de Registro de origem da chamada;

V. Acórdão nº 321, de 3 de agosto de 2015Acórdão nº 321, de 3 de agosto de 2015Acórdão nº 321, de 3 de agosto de 2015Acórdão nº 321, de 3 de agosto de 2015Acórdão nº 321, de 3 de agosto de 2015, que considera, excepcionalmente e de ofício, o prazo final para o cumprimento da obrigação desse inciso como sendo o dia 10 de março de 2016.

V - a data e horário (hora, minuto e segundo) do início da chamada ou do envio da mensagem;

VI - a duração efetiva do serviço e a duração considerada para fins de faturamento (hora, minuto e segundo);

V. Acórdão nº 321, de 3 de agosto de 2015Acórdão nº 321, de 3 de agosto de 2015Acórdão nº 321, de 3 de agosto de 2015Acórdão nº 321, de 3 de agosto de 2015Acórdão nº 321, de 3 de agosto de 2015, que considera, excepcionalmente e de ofício, o prazo final para o cumprimento da obrigação desse inciso como sendo o dia 10 de março de 2016.

VII - o volume diário de dados trafegados;

VIII - os limites estabelecidos por franquias e os excedidos;

IX - as programações contratadas de forma avulsa e seu valor;

X - o valor da chamada, da conexão de dados ou da mensagem enviada, explicitando os casos de variação horária;

XI - a identificação discriminada de valores restituídos;

XII - o detalhamento de quaisquer outros valores que não decorram da prestação de serviços de telecomunicações; e,

XIII - os tributos detalhados, por serviços, na forma da Lei 12.741, de 8 de dezembro de 2012Lei 12.741, de 8 de dezembro de 2012Lei 12.741, de 8 de dezembro de 2012Lei 12.741, de 8 de dezembro de 2012Lei 12.741, de 8 de dezembro de 2012.

§ 1º É vedada a inclusão, em relatório detalhado, das chamadas direcionadas ao disque-denúncia.

§ 2º O relatório detalhado deve ser gratuito, salvo nos casos de:

I - fornecimento da segunda via impressa do mesmo relatório, quando comprovado o envio da primeira via ao Consumidor; e,

II - fornecimento de relatório impresso referente ao serviço prestado há mais de 6 (seis) meses.

§ 3º O Consumidor pode solicitar o envio do relatório detalhado na forma impressa permanentemente, com periodicidade igual ou superior a 1 (um) mês.

Extraí-se de todo o arcabouço normativo ora citado que a regulamentação dos direitos dos usuários de serviços de telecomunicações é matéria amplamente regulamentada no plano federal, ante à própria competência da União para legislar sobre o tema.

No caso em exame, a lei estadual, ao determinar a inclusão de gráfico que demonstre a velocidade média de envio e recebimento de dados na fatura mensal entregue ao usuário do serviço, dispôs sobre matéria de competência privativa da União, uma vez que impôs às empresas prestadoras da atividade encargo não previsto no conjunto arcabouço regulatório que disciplina a relação entre o Poder Concedente e as delegatárias do serviços.

Sobre esse ponto, muito bem destacou a Ministra Rosa Weber, no julgamento da ADI 5.569, Dje 1º.6.2017, em que se discutia questão análoga, referente a legislação do Estado de Mato Grosso do Sul:

“5. A despeito de traduzirem os serviços de telefonia, mormente quando prestados por empresas particulares, uma dimensão de efetiva atividade econômica, comercial, de consumo – e, nessa medida sujeitos aos princípios e normas de proteção aos direitos e interesses do consumidor –, não se pode perder de vista que se trata, antes, de prestação de serviço público. E nesse contexto, a prestação dos serviços de telefonia se dá em ambiente jurídico marcado por regulamentação complexa, em que convivem empresas submetidas a diferentes condições e regimes jurídicos de exploração, além de metas ligadas aos objetivos da política nacional de telecomunicações.

Nessa linha, enfatizo, embora ostente características de relação de consumo, a relação jurídica entre o usuário do serviço e a empresa prestadora é um segmento de uma relação jurídica trilateral que envolve, além desses sujeitos, o Poder Público, titular do serviço, a quem compete a definição dos parâmetros técnicos e econômicos da sua prestação.

Pertinente observar que mesmo a alteração da redação do art. 21, XI e XII, “a”, da Constituição, da República pela Emenda Constitucional nº 8/1995 – na busca de um arranjo para a organização institucional do setor de telecomunicações que conciliasse a promoção do investimento privado com a necessária existência de uma estrutura estatal de regulação assecuratória do cumprimento de seu papel de

seguimento estratégico do ponto de vista do interesse social –, preservou a competência da União para explorar os serviços de telecomunicações. Permaneceram eles na condição de serviço público de competência material exclusiva da União, embora permitida a exploração, mediante concessão, permissão ou autorização, a particulares.

6. Na minha compreensão, a norma estadual impugnada interfere nitidamente na estrutura de prestação de serviço de telefonia, espécie do gênero telecomunicações, cujo regramento compete, como visto, a teor dos arts. 21, XI, e 22, IV, da Carta da República, à União, que disciplina a matéria na Lei nº 9.472/1997.

7. Por mais necessária e importante que seja a proteção do consumidor, sua implementação, no âmbito da prestação de serviços públicos, não se pode dar de forma não integrada, desvinculada do sistema como um todo, sob pena de mesmo medidas bem-intencionadas, por desconsiderarem o funcionamento do sistema no nível mais amplo, se revelarem não apenas ineficazes, mas verdadeiramente contraproducentes na consecução dos fins a que se propõem.

(...)

E, a meu juízo, a norma estadual impugnada interfere no conteúdo dos contratos administrativos firmados no âmbito federal para prestação do serviço público, pelo que não vejo como afirmar que se esgota na tutela de interesses consumeiristas”.

De forma consentânea ao entendimento acima esposado, entendo que a relação jurídica em comento não se esgota no tratamento dado ao usuário pela prestadora de serviço de internet, mas, antes, diz respeito aos termos da autorização concedida pelo Poder Público – titular do serviço –, sobretudo na imposição dos condicionamentos administrativos ao regime de exploração do serviço admitidos pela lei.

Ante o exposto, dirijo da relatora para julgar procedente a presente ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei 11.201/2020 do Estado do Espírito Santo.

É como voto.