



VEIRANO
ADVOGADOS

EXMO. SR. MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

1. Legislação do Estado do Rio de Janeiro sobre telecomunicações (determinação de extensão automática de chamados novos benefícios a clientes preexistentes).
2. Tema idêntico ao da ADI 5.399-SP, com liminar concedida em 01/02/2016.
3. Invasão de competência do legislador federal.
4. Contrariedade à legislação federal e ao regramento da ANATEL sobre o tema.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO

COMUTADO - ABRAFIX, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/ME sob nº 03.230.715/0001-29, com sede na SCN Quadra 01, Bloco F, n. 79, Sala 820, Asa Norte, Brasília/DF (Doc. 01), e **ASSOCIAÇÃO DAS OPERADORAS DE CELULARES - ACEL**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/ME sob o n. 03.059.449/0001-13, com sede na SCN, Quadra 01, Bloco F, n. 79, 8º andar, Asa Norte, Brasília/DF (Doc. 02) (em conjunto, as “Autoras”), vem, por seus advogados (Doc. 03), com fundamento no artigo 103, inciso IX c/c o artigo 102, inciso I, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil (a “CRFB”) e no artigo 2º e seguintes da Lei nº 9.868/99, propor

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

COM PEDIDO CAUTELAR DE SUSPENSÃO DE EFICÁCIA DA LEI IMPUGNADA

tendo por objeto a Lei Estadual nº 8.573, de 16 de outubro de 2019 (a “Lei Impugnada”), que alterou a redação da Lei Estadual nº 7.077, de 09 de outubro de 2015 (a “Lei Estadual nº 7.077/2015”) (Doc. 04), todas do Estado do Rio de Janeiro, o que faz com base nos seguintes fundamentos.

I. LEGITIMIDADE ATIVA DAS AUTORAS

1. Conforme dispõe o artigo 103, inciso IX, da CRFB, podem propor ação direta de inconstitucionalidade “*confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional*”.
2. O precedente aplicável desse e. Supremo Tribunal Federal (o “STF”)¹ estabelece que as associações enquadram-se no conceito de “*entidade de classe de âmbito nacional*” desde que: (i) a especificidade do ramo industrial a que se dedicam as empresas congregadas permita a identificação de uma *categoria econômica diferenciada*, (ii) suas associadas tenham sede em mais de nove unidades da Federação, de forma a demonstrar seu *caráter nacional* e (iii) haja *pertinência temática* entre a matéria objeto da norma legal impugnada e os interesses defendidos pela associação.
3. As Autoras se enquadram inequivocamente no conceito de entidade de classe de âmbito nacional para os efeitos do artigo 103, inciso IX, da CRFB, na medida em que constituídas há mais de 20 (vinte) anos, com objetivo, conforme preveem seus Estatutos (artigos 2º e 3º, respectivamente), de “*propor as ações judiciais que se fizerem necessárias para evitar lesão aos direitos comuns de suas associadas*” e de representar os “*interesses coletivos de suas Associadas (...) junto aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário - da União dos Estados e dos Municípios - e outras entidades de qualquer forma relacionadas com os objetivos sociais e com os interesses comuns das Associadas (...)*”.
4. A lista de representados das Autoras congrega as maiores empresas de telecomunicações do país, como a Brasil Telecom, Claro, Oi, Telefônica, TIM e Vivo, que prestam serviços em todos Estados da Federação (DOC. 05).
5. Evidencia-se, assim, que as Autoras: (i) representam **2 (duas) categorias econômicas diferenciadas e hegemônicas** (i.e. prestadores de serviço de telefonia fixa e móvel, respectivamente), (ii) são *entidades de classe de âmbito nacional* (na medida em que representam as principais provedoras da área); e (iii) defendem interesses que possuem evidente *pertinência temática* com a matéria objeto da Lei Impugnada.
6. Não fosse suficiente, ambas as Autoras já ajuizaram outras ações diretas de inconstitucionalidade similares, questionando a constitucionalidade de leis estaduais que tratavam de matérias relacionadas às telecomunicações, tendo tido a sua legitimidade expressamente

¹ ADI MC nº 77-DF, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 23-04-1993, p. 6.918.

reconhecida por esse e. STF repetidas vezes. Nesse sentido, de modo meramente exemplificativo, as Autoras citam as ADIs nºs 4.369, 4.478, 4715, 4.908 e 5.574.

7. Portanto, não há qualquer razão para se questionar a legitimidade das Autoras para ajuizar a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade.

II. OBJETO DESTA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

8. A Lei Impugnada estabeleceu a obrigação das “*concessionárias de serviço telefônico*” concederem a seus clientes preexistentes, de modo automático, os benefícios de novas promoções realizadas (incluindo quaisquer novos planos e pacotes promocionais), “*sem distinção fundada na data de adesão ou qualquer outra forma de discriminação dentro da área geográfica da oferta*” (artigos 1º, 1º-A e 2º da Lei Estadual nº 7.077/2015, como modificado pela Lei Impugnada). A redação completa desses dispositivos é a seguinte:

“Art. 1º - Ficam os fornecedores de serviços prestados de forma contínua no Estado do Rio de Janeiro obrigados a conceder, a seus clientes preexistentes, os mesmos benefícios de promoções posteriormente realizadas.

Parágrafo único. Para os efeitos desta lei, enquadram-se na classificação de prestadores de serviços contínuos, dentre outros:

a) concessionárias de serviço telefônico, energia elétrica, água, gás e outros serviços essenciais; (...)

f) outros serviços prestados de forma contínua aos consumidores.

Art. 1º-A - A extensão do benefício de promoções realizadas pelas empresas prestadoras de serviço a seus antigos clientes será automática, a partir do lançamento da promoção, sem distinção fundada na data de adesão ou qualquer outra forma de discriminação dentro da área geográfica da oferta.

Art. 2º - As disposições contidas no caput do artigo 1º aplicar-se-ão aos novos planos e pacotes promocionais independente das características, conteúdos, programação, franquia de minutos, taxa de velocidade e taxa de transferência de dados dos planos anteriormente contratados e que estejam em vigor.”

9. No caso específico, a Lei Impugnada pretende alterar regra preestabelecida pela Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, autarquia federal a quem compete organizar a exploração dos serviços de telecomunicações, de acordo com a Lei nº 9.472/1997 (a “Lei Geral de Telecomunicações” ou “LGT”)².

² “Art. 1º Compete à União, por intermédio do órgão regulador e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, organizar a exploração dos serviços de telecomunicações.

Parágrafo único. A organização inclui, entre outros aspectos, o disciplinamento e a fiscalização da execução, comercialização e uso dos serviços e da implantação e funcionamento de redes de telecomunicações, bem como da utilização dos recursos de órbita e espectro de radiofrequências.”

10. Isso porque o artigo 46 do Regulamento Geral de Direitos de Consumidor de Serviços de Telecomunicações da ANATEL (“RGC”) já disciplina essa mesma matéria e determina a *disponibilização* dos novos planos a todos os consumidores, mas não *extensão do benefício* de forma *automática*, como pretende impor a Lei Impugnada:

“Art. 46. Todas as ofertas, inclusive de caráter promocional, devem estar disponíveis para contratação por todos os interessados, inclusive já Consumidores da Prestadora, sem distinção fundada na data de adesão ou qualquer outra forma de discriminação dentro da área geográfica da oferta.”

11. Note-se que a redação anterior da Lei Estadual nº 7.077/2015 estava em consonância com o regramento federal, sem criar quaisquer deveres e obrigações adicionais, razão pela qual as Autoras nunca tiveram interesse em questionar a sua constitucionalidade. Por esse motivo, esta Ação Direta de Inconstitucionalidade não pretende a revogação da referida legislação estadual, mas tão somente da Lei Impugnada. Em outras palavras, a procedência desta ação deverá ter como resultado o retorno da redação anterior da Lei Estadual nº 7.077/2015³, que simplesmente reitera o disposto no arcabouço regulatório federal, particularmente a LGT e o RGC.

12. Como se sabe, matérias referentes às telecomunicações estão inseridas dentre aquelas que integram a competência legislativa privativa da União Federal, conforme artigo 22, IV, da CRFB⁴. Assim, em se tratando de Direito das Telecomunicações, apenas à União é dado editar normas, na medida em que a competência legislativa privativa é exclusiva e excludente⁵.

13. Em relação a tais matérias, predomina o interesse nacional, já que todas guardam estreita relação com a Federação, com sua unidade, com sua integração e segurança, exigindo tratamento uniforme em nível nacional. Nesse ponto, cabe destacar as palavras do Exmo. Ministro MARCO AURÉLIO MELLO, no voto proferido no julgamento da Medida Cautelar na ADPF nº 234⁶:

“Continuo convencido, contudo, de que a lógica da distribuição de competências precede o julgamento quanto à benignidade, ou não, do resultado da norma. Isso porque, em Direito, os meios justificam os fins, e não o contrário. (...) É sabido que os modelos federativos

³ “Art. 1º - Ficam as operadoras de serviços de telefonia móvel, fixa, de TV por assinatura e de transmissão de dados via banda larga, obrigadas a oferecerem, aos consumidores que possuam contratos em atividade, as mesmas condições previstas para a adesão de novos planos e pacotes promocionais.”

“Art. 2º - As disposições contidas no caput do artigo 1º aplicar-se-ão somente aos novos planos e pacotes promocionais que mantenham as mesmas características, conteúdos, programação, franquia de minutos, taxa de velocidade e taxa de transferência de dados dos planos anteriormente contratados.”

⁴ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;”

⁵ CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição de 1988*. v. 3. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 1439; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 242.

⁶ ADPF MC nº 234 - SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe nº 025, p. 06-02-2012.

dividem-se em dual e cooperativo. No primeiro, de matriz norte-americana, as competências legislativas e político-administrativas são distribuídas de maneira estanque entre os entes federados. Cada um as exerce em plenitude. No segundo, de origem alemã, estabelece-se um condomínio entre atribuições administrativas e competências legiferantes, indicando-se, no texto constitucional, os critérios de coordenação entre os entes federativos. No caso (...), o tema envolve o federalismo dual. (...). **O bom-senso recomenda que as questões relacionadas ao interesse geral - isto é, nacional - sejam tratadas de maneira uniforme em todo o país. Os serviços públicos que, igualmente, funcionam em todo o território devem ficar a cargo da União. E com fundamento nessa ideia geral que a doutrina propõe a denominada prevalência do interesse como critério para solução de conflitos, sugerindo seja reconhecida a competência da União quando a matéria transcender os interesses locais e regionais.**” (g/n)

14. Em razão da evidente invasão de competência da União Federal pela Lei Impugnada, as Autoras pretendem com a presente ação direta de inconstitucionalidade:

- (i) a declaração de inconstitucionalidade da Lei Impugnada, por ter (a) invadido a esfera de competência privativa da União Federal para legislar sobre telecomunicações e imposto obrigação diferente daquela prevista especificamente em regra preexistente da ANATEL e (b) violado os princípios da livre concorrência e livre iniciativa; e
- (ii) a concessão de medida cautelar, em caráter liminar, a fim de que a Lei Impugnada tenha sua eficácia imediatamente suspensa, diante da presença do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

III. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI IMPUGNADA

A. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE TELECOMUNICAÇÕES

15. A definição de “*serviços de telecomunicações*” remonta ao disposto no artigo 4º da Lei nº 4.117/1962⁷, que instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações, bem como ao artigo 60 da Lei Geral de Telecomunicações:

“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.”

⁷ “Art. 4º Para os efeitos desta lei, constituem serviços de telecomunicações a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, rádio, eletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético. Telegrafia é o processo de telecomunicação destinado à transmissão de escritos, pelo uso de um código de sinais. Telefonia é o processo de telecomunicação destinado à transmissão da palavra falada ou de sons.”

16. A CRFB determina, no inciso IV do seu artigo 22, a **competência privativa** da União Federal para legislar sobre **telecomunicações**. Em virtude dessa competência privativa, essas diretrizes vinculam toda a legislação infraconstitucional editada pelo demais entes federativos.

17. Neste ponto é importante ressaltar que não foi editada Lei Complementar prevista no parágrafo único do artigo 22⁸, que poderia autorizar os Estados da Federação a legislar “sobre questões específicas das matérias relacionadas” no artigo, incluindo “telecomunicações”.

18. Em inúmeras oportunidades, esse e. STF já reconheceu expressamente essa competência legislativa privativa da União, declarando a inconstitucionalidade das leis estaduais que a desafiaram⁹. Observe-se, por exemplo, trecho do voto do Ministro MARCO AURÉLIO MELLO nos autos da ADI nº 4.715-DF¹⁰:

“A matéria não é nova, considerada a jurisprudência do Supremo. O Plenário, em diversas oportunidades, assentou a inconstitucionalidade, sob o ângulo formal, de diversas normas estaduais e distritais que interferiram diretamente na atividade desempenhada pelas concessionárias de serviços de telecomunicação, observada a competência privativa da União - artigos 21, inciso XI, e 22, inciso IV, da Constituição Federal. Precedentes: ações diretas de inconstitucionalidade nº 3.533, relator ministro Eros Grau, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 6 de outubro de 2006; nº 3.846, relator ministro Gilmar Mendes, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 14 de março de 2011; nº 4.369, de minha relatoria, com acórdão publicado em 3 de novembro de 2014; nº 4.477, relatora ministra Rosa Weber, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 31 de maio de 2017.” (g/n)

19. Ressalte-se, ainda, que a competência legislativa privativa da União para editar normas sobre telecomunicações é ampla e abrangente, na medida em que caberá à lei federal dispor sobre “*todos os aspectos das telecomunicações, serviço público federal (art. 21, XI)*”, conforme lecionado pelo Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA¹¹.

⁸ “Art. 22. (...) Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.”

⁹ Nesse sentido: (i) ADI MC nº 4.649-RJ, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe nº 220, de 18-11-2011; (ii) ADI nº 4478-AP, STF, Tribunal Pleno, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, DJe nº 227, de 29-11-2011; (iii) ADI nº 3.847-SC, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe nº 050, de 08-03-2012; (iv) ADI MC nº 4.603-RN, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe nº 046, de 05-03-2012; (v) ADI nº 4.083-DF, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJe nº 243, de 13-12-2010; (vi) ADI MC nº 4.401-MG, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe nº 185, de 30-09-2010; (vii) Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 494.163-RJ, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe nº 048, de 14-03-2011.

¹⁰ ADI nº 4.715-MS, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 10/10/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 26-10-2018 PUBLIC 29-10-2018

¹¹ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 266.

20. A competência exclusiva da União decorre de um sistema nacional de telecomunicações que deve obedecer a um ordenamento jurídico uniforme em todo o território nacional, estabelecido a partir de disposições constitucionais e de leis federais.

21. Com efeito, e no exercício dessa competência exclusiva é que a União editou a Lei Geral de Telecomunicações, segundo a qual compete à ANATEL “*expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem*” (artigo 19, XII), bem como “*expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, fiscalizando e aplicando sanções*” (artigo 19, XI).

22. Todavia, ignorando e negando vigência a expressas previsões constitucionais e legais, a Lei Impugnada promove uma ingerência direta em matéria de telecomunicações, com vistas a obrigar as operadoras de telefonia a aplicar novas promoções a clientes preexistentes, de maneira automática, sob pena de multa, e, em caso de reincidência, até de cassação da inscrição estadual – o que, naturalmente, não é possível.

23. Como já visto, o RGC da ANATEL disciplina a matéria e, em seu artigo 46, prevê que “[...] *todas as ofertas, inclusive de caráter promocional, **devem estar disponíveis para contratação por todos os interessados**, inclusive já Consumidores da Prestadora, sem distinção fundada na data de adesão ou qualquer outra forma de discriminação dentro da área geográfica da oferta*”.

24. Assim sendo, de acordo com o regramento da ANATEL, as operadoras de telefonia fixa e móvel são obrigadas a *disponibilizar* aos consumidores todas as novas ofertas, cabendo aos clientes preexistentes analisá-las, apreciando suas vantagens e as desvantagens e o seu possível interesse em aderir ao “novo” plano. Com essa regra, cabe às operadoras, portanto, permitir que os consumidores que assim desejarem sejam incluídos nos planos promocionais, e à ANATEL, proceder à devida fiscalização.

25. A CRFB estabelece também que o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos e os direitos dos usuários devem ser previstos em lei – lei esta que, no caso do serviço público de telecomunicações, deve ser editada pela União Federal, nos termos do artigo 175, parágrafo único, I e II, da CRFB.

26. Com base no texto constitucional, esse e. STF firmou o entendimento no sentido de que, inexistindo a lei complementar prevista no parágrafo único do artigo 22 da CRFB, apenas a União Federal pode editar leis prevendo obrigações e penalidades para as operadoras de telefonia ou estabelecendo direitos dos usuários. Não é permitido aos Estados tomarem para si tal

competência, sob pena de invadirem competência privativa da União. É o que demonstra o seguinte precedente:

“(...) a lei distrital, ao obrigar as empresas concessionárias, prestadoras de serviços de telefonia fixa, a individualizar determinadas informações nas faturas, **dispôs sobre matéria de competência privativa da União.** (...) conforme afirma o requerente, **não há lei complementar que, nos termos do parágrafo único do art. 22 da Constituição, autorize os Estados e o Distrito Federal a legislar sobre questão específica em matéria de telecomunicações.** Com essas breves considerações, voto no sentido da procedência desta ação direta, com a consequente declaração de inconstitucionalidade da Lei distrital 3.426/2004.”¹² (g/n)

27. Portanto, a Lei Impugnada, ao impor obrigações às operadoras de telefonia, assim como penalidades em caso de descumprimento destas obrigações, invadiu a competência privativa da União Federal, incorrendo em manifesta inconstitucionalidade. Nesse sentido, as Autoras destacam recentes julgados, nos quais, com base nas mesmas razões, leis estaduais foram declaradas inconstitucionais:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL 10.058/2013 DO ESTADO DA PARAÍBA. SERVIÇO PÚBLICO DE TELEFONIA MÓVEL. OBRIGAÇÃO DE FORNECER AO CONSUMIDOR INFORMAÇÕES SOBRE ÁREA DE COBERTURA E QUALIDADE DO SINAL. ENCARGOS E SANÇÕES NÃO PREVISTOS NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DO SERVIÇO, CELEBRADOS COM A UNIÃO. USURPAÇÃO DAS COMPETÊNCIAS FEDERAIS PARA DISPOR SOBRE O TEMA. 1. Tendo em vista (a) a simplicidade da questão de direito sob exame; (b) a exaustividade das manifestações aportadas aos autos; e (c) a baixa utilidade da conversão do rito inicial adotado para o presente caso, a ação comporta julgamento imediato do mérito. Medida sufragada pelo Plenário em questão de ordem. 2. **As competências para legislar sobre telecomunicações e para definir os termos da prestação dos serviços de telefonia móvel, inclusive sob regime de concessão, cabem privativamente à União, conforme o disposto nos arts. 21, XI; 22, IV, e 175 da Constituição Federal. Precedentes.** 3. Ao criar, para as empresas que exploram o serviço de telefonia móvel no Estado da Paraíba, obrigações adicionais não previstas nos contratos de concessão, sujeitando tais prestadoras a sanções administrativas e pecuniárias no caso de descumprimento, a Lei Estadual 10.058/2013 imiscuiu-se indevidamente nos termos da relação contratual estabelecida entre o poder federal e as concessionárias. 4. Ação direta julgada procedente.”¹³ (g/n)

“Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 1º, caput e parágrafo único, e art. 2º, caput parágrafo único, da Lei Estadual nº 13.189, de 4 de julho de 2014, do Estado da Bahia. **Serviços de telecomunicações. Matéria de competência legislativa privativa da União. Norma que cria obrigação não prevista nos contratos de concessão celebrados entre a União e as concessionárias de serviços de telefonia móvel. Violação do art. 22, inciso IV, da Constituição Federal.** Medida cautelar. Referendo. Conversão. Julgamento de mérito. Procedência da ação. 1. O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a legitimidade ativa da Associação Nacional das Operadoras Celulares (ACEL) para o controle concentrado de

¹² ADI nº 3.322-DF, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 02/12/2010, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 03-03-2011 PUBLIC 04-03-2011 REPUBLICAÇÃO: DJe-058 DIVULG 28-03-2011 PUBLIC 29-03-2011

¹³ ADI nº 5.098-PB, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 24-04-2018 PUBLIC 25-04-2018

constitucionalidade de leis que, a exemplo da que é impugnada na presente ação, estabeleçam obrigações para operadoras de serviço móvel de telefonia. Precedentes: ADI 4.715 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe de 19/8/13; ADI 3.846, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe de 15/3/11; ADI 5.356 MC, Rel. Min. Edson Fachin, decisão monocrática, DJe de 20/11/15. 2. A Lei nº 13.189, de 4 de julho de 2014, do Estado da Bahia, ao criar obrigação para as operadoras do serviço móvel pessoal, consistente na instalação e na manutenção de bloqueadores de sinais de radiocomunicações (BSR) nos estabelecimentos penais de todo o Estado, com o objetivo de impedir a comunicação por telefones móveis no interior dos referidos estabelecimentos, dispôs a respeito de serviços de telecomunicações, matéria da competência legislativa privativa da União, na forma do art. 22, inciso IV, da Constituição Federal. 3. O Supremo Tribunal Federal, em várias ocasiões, já afirmou a inconstitucionalidade de normas estaduais e distritais que impunham obrigações às concessionárias de telefonia, por configurar ofensa à competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações. Precedentes: ADI 3.846/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 15/3/11; ADI 3.322/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 4/3/11; ADI 4.401/MG-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 1º/10/10; ADI 2.615/SC-MC, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 6/12/02. 4. **A obrigação criada pela lei estadual questionada não está prevista nos contratos de concessão celebrados entre as empresas de serviços de telefonia móvel e a União, circunstância que evidencia, ainda mais, a interferência indevida do Estado em assunto de competência do ente federal. Precedente: ADI 3.533, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 6/10/06.** 5. Conversão do julgamento do referendo à medida cautelar em decisão de mérito. Ação julgada procedente.”¹⁴ (g/n)

28. Nesse sentido, as Autoras ressaltam que esse E. STF, em decisão de relatoria do Exmo. Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO nos autos da ADI 5.399-SP (DOC. 06), ao apreciar a constitucionalidade da lei do estado de São Paulo (a “Lei Estadual nº 15.854/2015”¹⁵), com teor idêntico ao da Lei Impugnada, afastou a obrigação de as empresas prestadoras de serviços de telefonia estenderem os mesmos benefícios de promoções posteriormente realizadas:

“COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. ADI. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO. LEI ESTADUAL Nº 15.854/2015. OBRIGAÇÃO DE EXTENSÃO DE NOVAS PROMOÇÕES A CLIENTES PREEXISTENTES.

1. A Lei estadual nº 15.854/2015 impôs novas obrigações aos prestadores de serviços de telefonia. Contudo, cabe à União a competência privativa para explorar os serviços de

¹⁴ ADI nº 5.253-BA, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 31-07-2017 PUBLIC 01-08-2017

¹⁵ Lei Estadual nº 15.854/2015:

“Artigo 1º - Ficam os fornecedores de serviços prestados de forma contínua obrigados a conceder a seus clientes preexistentes os mesmos benefícios de promoções posteriormente realizadas.

Parágrafo único - Para os efeitos desta lei, enquadram-se na classificação de prestadores de serviços contínuos, dentre outros: 1. concessionárias de serviço telefônico, energia elétrica, água, gás e outros serviços essenciais; 2. operadoras de TV por assinatura; 3. provedores de ‘internet’; 4. operadoras de planos de saúde; 5. serviço privado de educação; 6. outros serviços prestados de forma contínua aos consumidores.

Artigo 2º - A extensão do benefício de promoções realizadas pelas empresas prestadoras de serviço a seus antigos clientes será automática, a partir do lançamento da promoção, sem distinção fundada na data de adesão ou qualquer outra forma de discriminação dentro da área geográfica da oferta.

Artigo 3º - O fornecedor de serviço que não cumprir o disposto nesta lei ficará sujeito às seguintes sanções: I - multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Unidades Fiscais do Estado de São Paulo (UFESPs), para cada cliente anterior à promoção não beneficiado pela promoção lançada; II - multa em dobro e cassação da inscrição estadual, em caso de reincidência.

Artigo 4º - A fiscalização desta lei ficará a cargo da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON, que poderá firmar convênios com os Municípios para o mesmo fim.

Artigo 5º - ‘Esta lei entra em vigor após decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação oficial.’”

telecomunicações e para legislar a seu respeito (arts. 21, XI, e 22, IV, CF). Verossimilhança do direito demonstrada.

2. Norma estadual que se encontra em vigor e que estabelece sanções de multa e de cassação da inscrição estadual em desfavor das eventuais empresas infratoras. Perigo na demora configurado.

3. Liminar deferida.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação das Operadoras de Celulares - ACEL, em face da Lei 15.854, de 02/07/2015, do Estado de São Paulo, que obriga os prestadores de serviços contínuos a estender, automaticamente, eventuais novas promoções a antigos clientes. Confira-se o teor da norma: **“Artigo 1º - Ficam os fornecedores de serviços prestados de forma contínua obrigados a conceder a seus clientes preexistentes os mesmos benefícios de promoções posteriormente realizadas. Parágrafo único - Para os efeitos desta lei, enquadram-se na classificação de prestadores de serviços contínuos, dentre outros: 1. concessionárias de serviço telefônico, (...) Artigo 2º - A extensão do benefício de promoções realizadas pelas empresas prestadoras de serviço a seus antigos clientes será automática, a partir do lançamento da promoção, sem distinção fundada na data de adesão ou qualquer outra forma de discriminação dentro da área geográfica da oferta. Artigo 3º - O fornecedor de serviço que não cumprir o disposto nesta lei ficará sujeito às seguintes sanções: I - multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Unidades Fiscais do Estado de São Paulo (UFESPs), para cada cliente anterior à promoção não beneficiado pela promoção lançada; II - multa em dobro e cassação da inscrição estadual, em caso de reincidência. (...) 9. Feitas essas considerações, passo a apreciar o pedido de cautelar. Sobre ele, observo que a Constituição Federal, em seus artigos 21, XI e 22, IV, assim dispõem: “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;” 10. Os dispositivos constitucionais supracitados são claros ao dispor que cabe à União, privativamente, explorar serviços de telecomunicações e legislar sobre eles. Dentre tais serviços, incluem-se os serviços de telefonia móvel, cujos prestadores são representados pela associação ora requerente. Parece proceder, portanto, em um juízo preliminar, a alegação de que o Estado de São Paulo, ao editar a Lei Estadual nº 15.854/2015 e criar a obrigação das concessionárias de serviços telefônicos móveis de estenderem benefícios de novas promoções aos clientes antigos, violou formalmente a Constituição, por ter usurpado a competência da União para legislar sobre a matéria. (...)11. Diante do exposto, conheço parcialmente da ação, pelos fundamentos já aduzidos, e defiro a liminar para suspender a aplicação do art. 1º, parágrafo único, 1, da Lei Estadual nº 15.854/2015, apenas no que diz respeito aos serviços de telefonia móvel. (...)”¹⁶ (g/n)**

29. Desse modo, em privilégio às recentes decisões colegiadas, e com base em todos os argumentos acima expostos, necessário se faz o reconhecimento da inconstitucionalidade formal da Lei Impugnada, com a sua conseqüente retirada do ordenamento jurídico.

¹⁶ ADI nº 5.399-SP, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 18/12/2015, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-010 DIVULG 20/01/2016 PUBLIC 01/02/2016

B. INCOMPETÊNCIA LEGISLATIVA DOS ESTADOS PARA TRATAR DE MATÉRIA RELACIONADA ÀS TELECOMUNICAÇÕES – AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA CONCORRENTE ENTRE UNIÃO E ESTADOS

30. Como visto, é vedado aos estados da federação legislar sobre telecomunicações, considerando que inexistente a lei complementar mencionada no parágrafo único do artigo 22 da CRFB.

31. Também não há que se cogitar, no presente caso, do exercício da competência legislativa concorrente dos Estados acerca de “*responsabilidade por dano (...) ao consumidor*” (CRFB, artigo 24, inciso VIII).

32. Primeiro porque, no presente caso, conforme já exposto, há regra federal específica disciplinando a matéria relativa à prestação de serviço de telefonia em relação às tarifas cobradas e promoções a serem aplicadas em favor do consumidor.

33. Segundo porque, ainda que inexistisse regramento sobre a aludida matéria, a legislação estadual só poderia ser exercida para atender as peculiaridades do Estado específico, nos termos do que expressamente determina o parágrafo 3º do artigo 24 da CRFB¹⁷.

34. Nesse sentido, destaque-se que o espaço da competência legislativa concorrente dos Estados é composto por matérias que apresentam alguma peculiaridade local¹⁸, particularidades que traduzam circunstâncias locais¹⁹, que não serão apanhadas pela legislação federal, dada a sua generalidade²⁰.

35. A função da legislação estadual editada no exercício dessa competência legislativa concorrente será, por conseguinte, a de afeiçoar a legislação “às peculiaridades e às exigências estaduais”²¹, “às exigências variáveis e às peculiaridades locais de cada ordenamento jurídico

¹⁷ “Art. 24. (...) § 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.”

¹⁸ BORGES NETTO, André Luiz. *Competências legislativas dos Estados-Membros*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 139; MORAES, Alexandre. Repartição de competências na Constituição Federal de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 2, p. 5-20, 1993. p. 18; SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 279.

¹⁹ SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Breves comentários à Constituição Federal*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 352.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 851.

²¹ MORAES, Alexandre de. Competências administrativas e legislativas para vigilância sanitária de alimentos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 53, jun./2000, p. 233-247.

estadual”²². Em outras palavras, “os Estados-membros devem limitar-se a editar normas específicas ou particularizantes, visando atender às necessidades e particularidades regionais”²³.

36. Nesse sentido, vale recordar as palavras do Exmo. Ministro CEZAR PELUSO, no voto que proferiu quando do julgamento da ADIN nº 3.343 - DF²⁴:

“O que os estados têm, de acordo com o art. 24, §3º, da CF, é competência para ditar normas específicas para atender a suas peculiaridades, isto é, peculiaridades dos estados. Ora, não existe peculiaridade nenhuma na raiz, na origem do problema do pagamento, ou não, da tarifa por assinatura básica. **Isso não constitui questão singular de algum estado; é questão que diz respeito à totalidade dos estados, que estão submetidos à mesma prestação de serviço público.**”

37. No mesmo sentido, o voto proferido pelo Exmo. Ministro CARLOS VELLOSO no julgamento do Recurso Extraordinário nº 136.215 - RJ²⁵:

“Posta assim a questão, penso que não se pode emprestar à matéria caráter local, para o fim de permitir, na linha do § 3º do art. 24 da Constituição, que o Estado-membro exerça competência legislativa plena. E por que? **Porque a matéria, por não ter caráter local, por ser eminentemente nacional, não é daquelas que cabem na cláusula inscrita na parte final do § 3º do art. 24 da Constituição - ‘para atender a suas peculiaridades’, vale dizer, para atender a peculiaridades locais.**” (g/n)

38. De modo semelhante, esse e. STF, no julgamento da ADI nº 4.478-AP, concluiu que não há competência concorrente do Estado para legislar sobre o tema em questão, uma vez que **a matéria não é relacionada ao direito do consumidor, mas sim sobre telecomunicações**. Sobre esse entendimento, destaca-se a manifestação do Exmo. Ministro GILMAR MENDES ao debater a questão com o relator, o Exmo. Ministro AYRES BRITTO:

“O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Ministro Britto, tenho a impressão de que esse conceito, que é muito importante, **quanto à competência concorrente em matéria do consumidor, já sofreu, na jurisprudência do Tribunal, uma série de limitações, tendo em vista a necessidade de tratamento unitário do tema.**

(...)

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Pois é, mas ele dizia também da **necessidade de que houvesse um tratamento unitário, nacional, sob pena de se criarem "ilhas" que acabam por onerar o serviço que é regulado nacionalmente**. Então, parece-me que são insights que precisam estar presentes nesses casos da chamada competência concorrente, sob pena de nós

²² MORAES, Alexandre. Repartição de competências na Constituição Federal de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 2, p. 5-20, 1993. p. 10.

²³ BORGES NETTO, André Luiz. *Competências legislativas dos Estados-Membros*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 137.

²⁴ ADI nº 3.343-DF, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, Rel. p/ Acórdão Min. LUIZ FUX, DJe nº 221, p. 22-11-2011.

²⁵ Recurso Extraordinário nº 136.215 - RJ, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJU 16-04-1993, p. 6.438.

fragmentarmos, porque, dependendo do conceito - e, aqui, a gente está diante de um conceito indeterminado, a ideia da proteção ao consumidor -, vai realmente fragmentar, talvez a não mais poder, essas relações, dando ensejo, então, à criação de "ilhas", com grande repercussão no serviço público que se quer prestado nacionalmente." (g/n)

39. Outras leis estaduais, cuja constitucionalidade formal foi defendida sob o pretexto de proteção do consumidor, tiveram sua inconstitucionalidade declarada por essa e. Suprema Corte em julgados recentíssimos, com o afastamento da competência concorrente para legislar sobre relações de consumo:

"3. A competência privativa da União para a disciplina e a prestação dos serviços públicos de telecomunicações (artigos 21, XI, e 22, IV) impede os Estados-Membros de editar normas aplicáveis aos prestadores de serviços de telecomunicações. 4. A competência concorrente dos Estados-Membros para dispor sobre direito do consumidor (artigo 24, V e VIII, da Constituição Federal) não pode conduzir à frustração da teleologia das normas que estabelecem as competências legislativa e administrativa privativas da União em matéria de telecomunicações. Precedentes: ADI 5.253, rel. min. Dias Toffoli, Plenário, DJe de 1º/8/2017; ADI 4.861, rel. min. Gilmar Mendes, Plenário, DJe de 1º/8/2017; ADI 4.477, rel. min. Rosa Weber, Plenário, DJe de 31/5/2017; ADI 2.615, rel. min. Eros Grau, redator do acórdão min. Gilmar Mendes, DJe de 18/5/2015; ADI 4.478, rel. min. Ayres Britto, redator do acórdão min. Luiz Fux, DJe de 29/11/2011. 5. Ação direta conhecida e julgado procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade da Lei 16.291/2017 do Estado do Ceará." (g/n)²⁶

"1. O sistema federativo instituído pela Constituição Federal de 1988 torna inequívoco que cabe à União a competência legislativa e administrativa para a disciplina e a prestação dos serviços públicos de telecomunicações e energia elétrica (CF, arts. 21, XI e XII, 'b', e 22, IV). 2. A Lei nº 3.449/04 do Distrito Federal, ao proibir a cobrança da tarifa de assinatura básica "pelas concessionárias prestadoras de serviços de água, luz, gás, TV a cabo e telefonia no Distrito Federal" (art. 1º, caput), incorreu em inconstitucionalidade formal, porquanto necessariamente inserida a fixação da "política tarifária" no âmbito de poderes inerentes à titularidade de determinado serviço público, como prevê o art. 175, parágrafo único, III, da Constituição, elemento indispensável para a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e, por consequência, da manutenção do próprio sistema de prestação da atividade. 3. Inexiste, in casu, suposto respaldo para o diploma impugnado na competência concorrente dos Estados-membros para dispor sobre direito do consumidor (CF, art. 24, V e VII), cuja interpretação não pode conduzir à frustração da teleologia da referida regra expressa contida no art. 175, parágrafo único, III, da CF, descabendo, ademais, a aproximação entre as figuras do consumidor e do usuário de serviços públicos, já que o regime jurídico deste último, além de informado pela lógica da solidariedade social (CF, art. 3º, I), encontra sede específica na cláusula "direitos dos usuários" prevista no art. 175, parágrafo único, II, da Constituição. 4. Ofende a denominada reserva de administração, decorrência do conteúdo nuclear do princípio da Separação de Poderes (CF, art. 2º), a proibição de cobrança de tarifa de assinatura básica no que concerne aos serviços de água e gás, em grande medida submetidos também à incidência de leis federais (CF, art. 22, IV), mormente quando constante de ato normativo emanado do Poder Legislativo fruto de iniciativa parlamentar, porquanto supressora da margem de apreciação do Chefe do Poder Executivo Distrital na condução da Administração Pública, no que se inclui a formulação da política

²⁶ ADI nº 5.830-CE, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-260 DIVULG 27-11-2019 PUBLIC 28-11-2019

pública remuneratória do serviço público. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.” (g/n)²⁷

40. Aliás, a própria existência da Lei Impugnada, sob o manto de proteger consumidores, evidentemente acaba levando ao tratamento desigual entre os consumidores distribuídos pelo país, na medida em que, em outros Estados, não existe tal “benefício” – usado entre aspas, porque, como se verá a seguir, há um sério e intransponível equívoco quanto à sua interpretação.

41. Não existe qualquer peculiaridade no Estado do Rio de Janeiro que justifique a edição da Lei Impugnada, que impõe a obrigação de incluir o consumidor em todas as novas promoções, de forma automática e até mesmo sem a sua concordância expressa. O que diferenciaria o consumidor do Rio de Janeiro daquele do Amazonas, por exemplo?

42. Como visto, o artigo 46 do RGC prevê apenas a obrigação de disponibilização dos novos planos, para que os clientes preexistentes escolham aderir às promoções oferecidas pelas operadoras de telefonia, caso avaliem que há alguma vantagem em tal mudança de plano. E o Estado do Rio de Janeiro, além de legislar sobre matéria estranha à sua esfera de competência legislativa, foi além, impondo obrigação mais severa às operadoras, ao determinar, sem razão aparente, a inclusão automática de consumidores preexistentes em novas promoções.

43. Nesse sentido, destaque-se que a própria Lei Impugnada tornou a Lei Estadual nº 7.077/15 contraditória, na medida em que esta, embora preveja em seu artigo 1º-A que a extensão do benefício será automática, dispõe, em seu artigo 4º, de modo correto, que a “transferência para os novos planos e pacotes promocionais efetuar-se-á somente mediante concordância e sem ônus para o consumidor” (g/n).

44. Ou seja, estamos diante da seguinte situação: o Estado do Rio de Janeiro – ente não participante da concessão – impõe, por definição legal genérica, obrigações que podem ter impacto nas finanças das empresas de telefonia, sob o simples argumento de um suposto benefício ao consumidor, sem que haja qualquer peculiaridade no cenário. Portanto, a Lei Impugnada, de modo absolutamente inconstitucional, definiu novas obrigações às operadoras dentro do Estado do Rio de Janeiro, alterando, em última análise, as tarifas as serem cobradas, e, assim, intervém no contrato firmado com a União Federal. Sobre o assunto, a jurisprudência desse e. STF está consolidada, como posto pelo Exmo. Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO e pela Exma. Ministra CÁRMEN LÚCIA:

²⁷ ADI nº 3.343-DF, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2011, DJe-221 DIVULG 21-11-2011 PUBLIC 22-11-2011.

“Há, portanto, posicionamento uníssono do Supremo Tribunal Federal acerca da impossibilidade de interferência do Estado membro nas relações jurídico-contratuais entre o poder concedente federal e as empresas concessionárias, sobretudo quanto a eventuais alterações das condições estipuladas em regime federal. **Em síntese, pelo entendimento sedimentado nesta Corte, não pode lei estadual impor a uma concessionária federal novas obrigações não antes previstas no contrato por ela firmado com a União.** E é justamente o que se sucede no presente caso, razão pela qual deve ser declarada inconstitucional a lei estadual impugnada.”²⁸ (g/n)

“(...) as Leis fluminenses 3.915/2002 e 4.561/2005, ao obrigarem as concessionárias dos serviços de telefonia fixa, energia elétrica, água e gás a instalar medidores de consumo, **intervêm na relação firmada entre a União e suas concessionárias, pelo que contrariam os arts. 21, XI e XII, b; e 22, IV, da Constituição da República.**”²⁹ (g/n)

45. Ou seja, à toda a evidência, a Lei Impugnada deve ser afastada do ordenamento jurídico, na medida em que não há qualquer diferença entre os consumidores fluminenses e aqueles de outros estados que justifique a sua edição. Os dispositivos da aludida Lei Impugnada interferem, em realidade, no contrato de concessão celebrado entre as empresas de telecomunicações e a União Federal.

46. Por fim, cumpre pontuar que, ainda que se entenda que a matéria se enquadraria simultaneamente na competência legislativa privativa da União Federal e na competência legislativa concorrente dos Estados, o que se admite apenas por hipótese, a competência legislativa privativa da União sempre prevalece sobre a competência legislativa concorrente dos Estados³⁰.

47. Esse é o posicionamento pacífico da jurisprudência desse e. STF, como demonstra o voto do Exmo. Ministro MOREIRA ALVES, proferido no julgamento da Representação nº 1.153 - RS:

“Finalmente, é de atentar-se para a circunstância de que, **quando determinada matéria é complexa, no sentido de envolver aspectos dos quais um incide no âmbito da competência exclusiva da União Federal e outro na esfera da competência supletiva dos Estados-membros, a disciplina dessa matéria complexa se situa exclusivamente no âmbito da competência exclusiva da União, visto como a competência exclusiva é absoluta,** e, portanto, não pode ser afastada direta ou indiretamente, como ocorreria se, na matéria complexa a ser objeto de legislação, se examinasse o valor dos aspectos em jogo, para fazer prevalecer um deles, e, por via de consequência, fazer recair essa matéria na competência exclusiva da União ou na competência concorrente não cumulativa entre ela e os Estados-membros. É por isso, aliás, que,

²⁸ ADI nº 5.723-PB, Relator(a): Min. LUÍS ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-030 DIVULG 13-02-2019 PUBLIC 14-02-2019

²⁹ ADI nº 3.558-RJ, voto da rel. min. Cármen Lúcia, j. 17-3-2011, P, DJE de 6-5-2011

³⁰ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competência na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 159-160.

em se tratando de produção, comercialização e consumo de remédios - matéria complexa, pois envolve o comércio internacional e o comércio interestadual, a par da saúde pública - compete exclusivamente à União fazer, para todo o território nacional, restrições ou proibições de produção, comercialização e consumo deles em razão de serem nocivos à saúde. A União não teria esse poder - que nunca lhe foi negado - se, entre a competência exclusiva para legislar a respeito de comércio exterior e interestadual e a competência concorrente para legislar sobre normas gerais de defesa e proteção à saúde, se pudesse dar preferência a esta para colocar tal matéria no campo dessa competência concorrente de princípios gerais, que impediria a União não só de deter a exclusividade do juízo do que era nocivo à saúde, mas também, até, a de dizer, especificamente, se este ou aquele remédio seria, ou não, prejudicial à saúde, e, portanto, de produção, comercialização e consumo proibidos. **A distinção entre competência exclusiva e competência concorrente não se fez em atenção ao valor intrínseco das matérias que constituem objeto de uma ou de outra (saúde representa valor mais elevado do que o comércio exterior e interestadual), mas, sim, em vista do interesse da federação, que exige que certas matérias, quaisquer que sejam os aspectos de que se revistam (assim o comércio exterior ou interestadual de mercadorias que possam prejudicar a saúde), tenham a mesma disciplina em todo território nacional, o que só é possível mediante a atribuição de competência exclusiva da União para legislar sobre elas.**” (g/n)

48. Na mesma esteira, importa mencionar trecho do voto do Exmo. MINISTRO MARCO AURÉLIO MELLO nos autos da ADI nº 4.715-DF, em que se discutia, de modo semelhante ao presente, Lei Estadual que ia de encontro à Resolução da ANATEL nº 632/2014:

“(…) nas situações em que envolvida possível interdisciplinaridade, **as questões relacionadas ao interesse geral, isto é, nacional, ante a prevalência do interesse como critério para a solução de conflitos, devem ser tratadas de maneira uniforme no País inteiro**, descabendo viabilizar, a cada um dos entes da Federação, o poder de disciplinar, conformar aspectos essenciais de serviços públicos prestados em todo o território - tal como se pretendeu com o diploma impugnado.” (g/n)

49. Por conseguinte, ainda que fosse possível entender que a Lei Impugnada estaria dentro da competência concorrente dos Estados para legislar sobre “*consumo*” (CRFB, artigo 24, inciso V), no caso em concreto não há dúvidas que a Lei Impugnada extrapolou os limites de competência do Estado do Rio de Janeiro, carecendo, por conseguinte, de fundamentação constitucional.

IV. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA LEI IMPUGNADA

50. Na remota hipótese de os argumentos acima serem superados, o que apenas se admite em atenção ao princípio da eventualidade, destaca-se, ainda, a inconstitucionalidade material das Leis Impugnadas, que vão de encontro a princípios e garantias fundamentais.

51. A Lei Geral de Telecomunicações confere a liberdade de atuação das prestadoras de serviços de telecomunicações submetidos ao regime privado de prestação, definindo que, em relação a esses serviços, a liberdade há de ser a regra, excepcionando, portanto, as proibições, restrições e interferências do Poder Público.

52. Aliás, o direito fundamental de liberdade – de que é consectário o direito à livre iniciativa – só pode ser restringido quando adequada a restrição e quando necessária – e tão-somente na medida do necessário – em nome da concretização de outro direito fundamental. Vale dizer: a liberdade e a livre iniciativa só podem ser restringidas quando for proporcional à restrição. Como a Lei Impugnada não observa tais preceitos, também é verificada a sua inconstitucionalidade material.

53. A desnecessidade e inadequação da medida podem ser observadas a partir da existência de norma federal que, não apenas esgota o tema, como também cria solução bem mais apropriada ao fim a que se propõe, isto é: a imposição de as empresas facultarem aos consumidores a troca de seus planos para os promocionais. Dessa maneira, privilegia-se não apenas a liberdade das sociedades empresárias, mas também do próprio consumidor, que poderá optar pelo pacote que lhe parecer mais adequado, em vez de ser surpreendido por uma mudança não solicitada.

54. Dentro da lógica da liberdade, o artigo 46 do RGDC, como já dito, estabelece que as prestadoras de serviços de telecomunicações são obrigadas a disponibilizar suas ofertas e promoções a todos interessados, inclusive àqueles que já compuserem sua base de clientes, como forma de garantir a isonomia prevista no artigo 3º, inciso III, da Lei Geral de Telecomunicações, segundo o qual “*o usuário de serviços de telecomunicações tem direito: de não ser discriminado quanto às condições de acesso e fruição de serviço*”.

55. No entanto, a isonomia está, de forma inequívoca, atrelada ao “livre e pleno exercício do direito de escolha do consumidor”. Nesse sentido, a justificativa apresentada pelo conselheiro relator, RODRIGO ZERBONE LOUREIRO, para a inclusão da regra contida no artigo 46 do RGDC foi a seguinte:

“SUPERINTENDÊNCIA DE PLANEJAMENTO E REGULAMENTAÇÃO. PROPOSTA DE RESOLUÇÃO. REGULAMENTO QUE ESTABELECE REGRAS UNIFICADAS PARA O ATENDIMENTO, COBRANÇA E OFERTA AO CONSUMIDOR DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. RETORNO DE CONSULTA PÚBLICA. PELA APROVAÇÃO. 1. Proposta de Resolução que aprova regulamento que estabelece normas unificadas sobre atendimento, cobrança e oferta, individual ou conjunta, do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), Serviço Móvel Pessoal (SMP), Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) e dos Serviços de Televisão por Assinatura - Serviço de Acesso Condicionado (SeAC), Serviço de TV a Cabo (TVC), Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal (MMDS), Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e Áudio por Assinatura Via Satélite (DTH) e Serviço Especial de Televisão por Assinatura (TVA). 2. Atendidos os requisitos legais e regimentais e, reconhecida a conveniência e oportunidade da proposta resultante da Consulta Pública, proponho a aprovação do Regulamento, com expedição da correspondente Resolução, conforme proposta da área técnica, com as alterações introduzidas na presente análise. 3. Aprovação do Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações - RGC.

(...)

IV - DA OFERTA

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS E DA CONTRATAÇÃO

(...)

4.2.129. Outra questão fundamental que enderecei na proposta diz respeito à obrigatoriedade de **disponibilização** das ofertas, inclusive promocionais, de forma não discriminatória, a todos os interessados na área geográfica da oferta, abarcando inclusive clientes ativos da empresa. Trata-se de **medida capaz de viabilizar o livre e pleno exercício do direito de escolha do consumidor.**

4.2.130. Repiso, **todas as ofertas devem estar disponíveis para contratação, ainda que o interessado já seja cliente da prestadora, sem distinção fundada na data de adesão ou qualquer outra forma de discriminação.**

4.2.131. Essa determinação decorre diretamente do direito assegurado pelo inciso III do art. 3º da LGT, de não discriminação nas condições de acesso e fruição dos serviços, e **tal entendimento já foi aplicado em diversas decisões, inclusive acautelatórias, da Agência.**” (g/n)³¹

56. O tratamento isonômico pressupõe que o consumidor ou usuário não sejam preteridos de uma nova promoção caso optem por aderir a ela, no exercício do seu livre direito de escolha. O artigo 46 do RGDC impede, portanto, que as prestadoras dos serviços de telecomunicação se recusem a conceder, aos clientes antigos, eventuais ofertas.

57. A obrigação de disponibilizar novas ofertas e promoções aos consumidores preexistentes, a fim de que eles possam exercer o seu direito de escolha, contraria frontalmente o previsto na Lei Impugnada, que claramente suprime a manifestação de vontade dos consumidores, valor central à regulação dos serviços de telecomunicações.

58. Não é outro o entendimento da própria ANATEL, conforme se extrai, por exemplo, das análises realizadas nos processos nº 53500.015453/2014 e nº 53500.012222/2006:

“Requerimento. Regulamento geral de direitos do consumidor de Serviços de telecomunicações (RGC) - resolução n 632/2014. Prazo de Entrada em vigor. Concessão de prazo adicional. Interpretação de Dispositivos que versem sobre a extensão de promoções. Não Conhecimento.

(...)

5. **Quanto ao art. 46 do RGC (extensão de ofertas a todos os clientes), as alegações da prestadora também não podem ser acolhidas. Os regulamentos anteriores já vedavam a discriminação de usuários. A regra apenas determina que a oferta esteja disponível para qualquer usuário, seja ele integrante da base ou não. Página 2 de 4 da Análise nº 103/2014-GCRZ, de 12/9/2014.**

6. Pelo não conhecimento.” (g/n)³²

³¹ Análise nº 40/2014-GCRZ, p. 28 (Doc. 07).

³² Análise nº 103/2014, Processo ANATEL nº 53500.015453/2014, Publicação em 12/09/2014, Disponível em: https://www.anatel.gov.br/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=19146

“Procedimento administrativo. Superintendência de serviços públicos. Comercialização de plano alternativo LDN. Recurso administrativo contra despacho com determinações para adequação do plano. Necessidade de informações adequadas e claras para os consumidores. Conhecer e negar provimento. Índícios de descumprimento de despacho.

(...)

2. A promoção realizada pela Recorrente só poderia ser considerada regular se a oferta estivesse claramente disponível para todos, inclusive para os usuários já vinculados ao plano, o que não se depreende dos comunicados constante nos autos.

3. Conhecer e negar provimento ao recurso administrativo.” (g/n)³³

59. O poder de escolha é um direito básico do consumidor, colocando-o na posição de decidir o que é melhor para si próprio dentre as ofertas do mercado. O direito de escolha só pode ser observado quando há opções de produtos e serviços de diversos preços e diversas qualidades **disponíveis** no mercado. Ou seja, o consumidor poderá escolher somente quando os fornecedores estiverem exercendo a livre concorrência mercantil e divulgarem os seus produtos e serviços.

60. Esse poder de escolha do consumidor e o direito da livre concorrência estão umbilicalmente ligados, já que, por meio da busca de uma variedade maior de produtos e serviços no mercado, resguarda-se o direito do consumidor de ter opções ao consumir, sendo indiretamente protegido pela livre concorrência³⁴.

61. Do ponto de vista prático, a manifestação de vontade do antigo usuário a respeito da adesão a um novo plano é fundamental, ainda, porque (i) pacotes novos não serão necessariamente iguais aos antigos, podendo incluir diferentes encargos, prazos para pagamento, etc; (ii) a obrigatoriedade de extensão dos “*benefícios de promoções*” de forma imediata tem o potencial de causar enorme insegurança às prestadoras dos serviços de telecomunicações, sem mencionar o risco de o usuário discordar que determinadas características do plano são, de fato, benefícios.

62. A complexidade do tema justifica e legitima a regulação técnica promovida pela ANATEL, tendo em vistas os possíveis danos concorrenciais e os prejuízos à livre iniciativa que podem decorrer de normas como aquela prevista na Lei Impugnada. Nesse sentido, em que pese leis estaduais ou municipais como a Lei Impugnada tenham como objetivo o benefício dos consumidores,

³³ Análise nº 553/2013, Processo ANATEL nº 53500.012222/2006-02, Publicação em 06/11/2013, Disponível em: https://www.anatel.gov.br/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=24711. Publicação - DOU, 09/01/2014 - Seção 1, página 48.

³⁴ “A livre concorrência é um esteio do sistema liberal porque é pelo seu jogo e funcionamento que os consumidores vêem assegurados os seus direitos a consumir produtos de qualidade a preços justos. [...] Ademais, a livre concorrência é indispensável para o funcionamento do sistema capitalista. Ela consiste, essencialmente, na existência de diversos produtores ou prestadores de serviços. É através dela que se melhoram as condições de competitividade das empresas, forçando-as a um constante aprimoramento de seus métodos tecnológicos, dos seus custos, enfim, na procura constante de criação de condições mais favoráveis ao consumidor. Traduz-se, portanto, numa das vigas mestras do êxito da economia de mercado.” (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito econômico*. São Paulo: Celso Bastos, 2004, p. 145-146).

elas acabam tendo o efeito inverso, na medida em que ao inviabilizar ou reduzir os benefícios oferecidos em promoções, tais leis criam menor incentivo para os consumidores mudarem de prestadora, reduzindo a concorrência no setor de telecomunicações e as promoções voltadas para clientes preexistentes, tendo em vista que o esforço de retenção pode ser menor, o que tem grande potencial de implicar perda de bem-estar para os usuários.

63. Sobre esse ponto, cumpre destacar, ainda, recente acórdão da ANATEL nos autos do processo nº 53500.012222/2006, em que a agência acolheu a recomendação do Conselheiro ANIBAL DINIZ no sentido de sugerir a alteração do artigo 46 da RGDC para conformá-lo ao disposto nos artigos 126, 127 e 128 da Lei Geral de Telecomunicações, tendo em vista que

“REGULAMENTO GERAL DE DIREITOS DO CONSUMIDOR DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES (RGC). SOLICITAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA SUBSIDIAR A INTERPRETAÇÃO PRETENDIDA. PRECEDENTES DO CONSELHO DIRETOR. INDEFERIMENTO DO PEDIDO. DETERMINAÇÃO À SUPERINTENDÊNCIA DE RELAÇÕES COM CONSUMIDORES.

1. Pedido de interpretação dos arts. 46, 61, 92, 102 e 106 do Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações - RGC, aprovado pela Resolução nº 632, de 7 de março de 2014.

(...)

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros do Conselho Diretor da Anatel: a) indeferir o pleito formulado por SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA. acerca de interpretação dos arts. 46, 61, 92, 102 e 106 do Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações - RGC, aprovado pela Resolução nº 632, de 7 de março de 2014, mantendo o dever de seu integral cumprimento; b) conceder tratamento sigiloso, conforme disposto no art. 51 do RIA, à petição protocolada sob o nº SEI 1295291; e, c) **determinar à área técnica que proceda a avaliação regulatória de alteração do art. 46 do RGC, nos termos regimentais, durante o curso da Agenda Regulatória 2017/2018, para que se torne aderente aos princípios esculpidos nos arts. 126, 127 e 128 da LGT.**

O voto de mérito do ex-Conselheiro Rodrigo Zerbone Loureiro, registrado na Reunião nº 811 do Conselho Diretor, foi considerado subsistente. Com relação à alínea "a", a decisão foi por maioria de quatro votos, nos termos da Análise nº 73/2016/SEI/IF (SEI nº 0730341). Nessa parte da decisão, votou vencido o Conselheiro Anibal Diniz, nos termos das alíneas "b" e "d" da conclusão do Voto nº 9/2017/SEI/AD (SEI nº 1286376). Quantos às alíneas "b" e "c" deste acórdão, a decisão foi por unanimidade dos presentes, nos termos do Voto nº 9/2017/SEI/AD (SEI nº 1286376). Presentes na deliberação o Presidente Juarez Quadros do Nascimento e os Conselheiros Igor Vilas Boas de Freitas, Anibal Diniz e Otavio Luiz Rodrigues Junior. Ausente o Conselheiro Leonardo Euler de Moraes, em período de licença.

(...)

DAS CONSIDERAÇÕES POR PARTE DESTES CONSELHEIRO:

(...) 4.70 Ofertas e promoções normalmente se concentram no período inicial dos contratos, servindo de chamariz para novos clientes. O consumidor é beneficiado por tarifas diferenciadas ou serviços adicionais. Contudo, depois de certo período, a fase promocional acaba e o consumidor é submetido às condições gerais de contratação.

4.71. Desta feita, o RGC ao determinar que todas as ofertas e promoções sejam disponibilizadas para toda a massa de consumidores pode culminar na perda do sentido econômico de tal prática, pois realizar uma promoção tem como objetivos conquistar novos consumidores, manter a base de clientes já existentes ou ampliar o consumo dos serviços. *‘A realização de promoções é inerente à liberdade de preços. Trata-se de uma ferramenta para, em certas condições, aumentar a atratividade sobre*

bem ou serviço ofertado, ampliando e intensificando a competição’, conforme afirma Carlos Ari.

4.72. Há uma concepção geral de que os consumidores antigos pagam pelos benefícios da fase promocional, ficando em desvantagem em relação aos novos consumidores. Desta feita, o RGC buscou estender as vantagens promocionais a todos, vedando as diferenciações entre consumidores “novos” e “velhos”. Fato é que as promoções de caráter geral - respeitando o disposto no art. 46 do RGC, possibilita a mitigação de grandes descontos ou vantagens expressivas, uma vez que irão alcançar milhares de consumidores.

4.73. Uma vez disponibilizada a todos (antigos e novos) assinantes, podem passar a não representar vantagens expressivas, podendo deixar de servir como chamariz para novos clientes e, portanto, irão deixar de existir na forma que conhecemos, sendo substituídas, por exemplo, por ações publicitárias.

4.74. Não é absurdo afirmar que uma consequência possível da aplicação do art. 46 do RGC o fim das vantagens para os novos consumidores, sem que isso represente vantagem para os consumidores antigos. A igualdade será alcançada, porém será obtida com a possibilidade de eliminação de benefícios e não os expandindo, o que gera uma contradição.

4.75. A obrigatoriedade de extensão das promoções é um caso típico de intervenção estatal que pode ser prejudicial à liberdade econômica e livre iniciativa, que em um futuro próximo poderá resultar em prejuízo também aos usuários do serviço, com a diminuição ou mesmo o fim das ações promocionais.

4.76. Contudo, referente à interpretação do art. 46, sugiro, diante do anteriormente exposto, a revisão do RGC, com base no disposto na LGT em seus artigos 126, 127 e 128, ressaltando que já está prevista na Agenda Regulatória 2017/2018.

CONCLUSÃO: c) determinar à área técnica que proceda a avaliação regulatória de alteração do art. 46 do RGC, nos termos regimentais, durante o curso da Agenda Regulatória 2017/2018, para que se torne aderente aos princípios esculpido nos artigos 126, 127 e 128 da LGT; (...)” (g/n)

64. Em suma, a legislação não pode impor aos consumidores novas condições de contratação sem que eles próprios analisem sua conveniência e o seu interesse. A palavra final sempre deve ser do consumidor, exatamente como previsto no RGC da ANATEL.

65. Pelo exposto, não há como se admitir que a manifestação de vontade de usuários dos serviços de telecomunicações seja substituída pela alteração automática de pacotes e planos antigos por novos, a partir do lançamento.

V. NECESSÁRIA CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR PARA A SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DAS LEIS IMPUGNADAS

66. Nos termos dos artigos 10 a 12 da Lei nº 9.868/99, é permitida a concessão de medida cautelar para suspender liminarmente os efeitos da lei atacada por ação direta de inconstitucionalidade. Os requisitos para a concessão da medida cautelar são a existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

67. A probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) no presente caso é comprovada pelo posicionamento uníssono desse e. STF em relação ao tema, especialmente no tocante à **invasão de competência privativa da União Federal pelos Estados ao legislarem sobre telecomunicações**.

68. Destaque-se que a probabilidade do direito é ainda confirmada pela decisão liminar proferida nos autos da ADI 5.399-SP (Doc. 06), que, como já visto, suspendeu a obrigação de extensão das promoções a clientes preexistentes de forma automática, exatamente como determinado pela Lei Impugnada.

69. Aliás, adotando como parâmetro a referida decisão, o Tribunal de Justiça de São Paulo já reafirmou, em sede de controle de inconstitucionalidade incidental, que a Lei Estadual nº 15.854/2015 é sim inconstitucional, não apenas sob o ponto de vista formal, mas também material:

“Apelação cível Ação ordinária Pretensão de que o PROCON se abstenha de impor qualquer penalidade (sanção pecuniária, cassação da inscrição estadual) com base na Lei Estadual nº 15.854/2015, segundo a qual os fornecedores de serviços contínuos têm o dever de conceder aos clientes preexistentes as mesmas promoções ofertadas aos novos clientes Sentença de extinção processual sem resolver o mérito Inadequação da via eleita.

1. Lei Estadual nº 15.854/2015. O C. STF decidiu, recentemente, em sede de pedido de medida cautelar em ADI ajuizada pela Associação Nacional das Operadoras Celulares (ACEL), que referida lei estadual impôs novas obrigações aos prestadores de serviços de telefonia, o que se mostra indevido, ante a competência privativa da União para legislar sobre serviços de telecomunicações (art. 22. inc. IV, Constituição Federal), bem como sua competência exclusiva para explorar, direta ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações. Entendeu a Suprema Corte que a verossimilhança do direito restou demonstrada, vez que a norma estadual impugnada se encontra em vigor e estabelece sanções de multa e cassação da inscrição estadual em desfavor de eventuais empresas infratoras. Há, em tese, **inconstitucionalidade formal**, vez que o legislador estadual adentrou esfera de competência privativa da União, ao menos no que toca às atividades que devem ser regulamentadas em sua inteireza pela União.

2. (...) A Lei Estadual nº 15.854/15 engloba variados setores de atividades econômicas, com regulamentações específicas, além de violar diretamente os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência (art. 1º, inc. IV, e art. 170, inc. IV, Constituição Federal).

R. Sentença reformada. Recurso provido.”

(...) É sabido que, conforme prevê o art. 4º do Código de Defesa do Consumidor, “a Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I-reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; II-ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por iniciativa direta; b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; c) pela presença do Estado no mercado de consumo”.

Contudo, essa intervenção não pode se mostrar descabida ou desarrazoada, violando princípios constitucionais. **A lei impugnada pretende conferir isonomia**

aos consumidores, vedando a concessão de descontos aos novos clientes que não forem estendidos aos clientes anteriores, mas essa questão da concessão de descontos se insere no âmbito das políticas empresariais e, no caso das atividades a serem regulamentadas e fiscalizadas pelo Poder Público, há vinculação ao estabelecido pela Administração Pública, por meio de contrato administrativo, regulamentação específica correlata e atuação das agências reguladoras.

Nos termos do art. 175 da Carta Política, ‘incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II os direitos dos usuários; III política tarifária; IV a obrigação de manter serviço adequado.’ Quanto às demais atividades, de não regulamentação obrigatória pela União (serviço privado de educação, operadoras de plano de saúde), possível se reconhecer a constitucionalidade formal da norma, em se tratando a proteção do consumidor de matéria de competência legislativa concorrente entre União, Estados e Distrito Federal (art. 24, inc. V, Constituição Federal).

Contudo, quanto a essas atividades, vem à baila a inconstitucionalidade material da norma, havendo a necessidade de se considerar a regulamentação específica de cada atividade, o que inclui aquelas atividades de regulamentação de competência privativa da União.

Ainda, a Lei Estadual nº 15.854/15 engloba variados setores de atividades econômicas, com regulamentações específicas, violando diretamente os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência (art. 1º, inc. IV, e art. 170, inc. IV, Constituição Federal), o que enseja o reconhecimento, em tese, de sua inconstitucionalidade material. Portanto, conforme prevê o art. 926 do novel CPC, os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, termos em que é de rigor o reconhecimento da inaplicabilidade da Lei Estadual nº 15.854/15, com seu conseqüente afastamento, como vem decidindo o E. STF. Dessarte, os fornecedores de serviços prestados de forma contínua não ficam obrigados a conceder a seus clientes preexistentes os mesmos benefícios de promoções posteriormente realizadas.”³⁵ (g/n)

70. Da mesma forma, o perigo de dano (*periculum in mora*) é evidente, na medida em que a Lei Estadual nº 8.573/2019 – diploma que traz as alterações mais severas à Lei Estadual nº 7.077/2015 – passou a vigor em 16 de dezembro de 2019, estando as operadoras, desde então, sujeitas a multas e outras sanções, em decorrência de uma lei absolutamente inconstitucional.

71. Além disso, a necessidade de se honrar a jurisprudência formada há décadas por esse e. STF é suficiente para justificar a concessão da medida cautelar ora pleiteada. Observe-se, nessa linha, a decisão proferida pela Exma. Ministra ELLEN GRACIE nos autos da ADI nº 4.477-BA, na qual deferiu a liminar para suspender lei do Estado da Bahia que adentrava indevidamente em matéria relacionada ao serviço de telecomunicações, destacando:

³⁵ TJ/SP, Apelação Cível nº 1021862-89.2016.8.26.0053, Relator(a): Des. SIDNEY ROMANO DOS REIS, 6ª Câmara de Direito Público, Data do Julgamento: em 29/10/2017, Data do Registro: 31/10/2017.

“5. Sem adiantar posição a respeito da matéria de fundo ora tratada, que será brevemente manifestada no voto-vista que proferirei ao ser retomado o julgamento da ADI 2.615, no início do próximo ano, **não há como deixar de reconhecer a conveniência do deferimento da liminar ora requerida, até mesmo para o resguardo da coerência e da autoridade das decisões anteriormente prolatadas por este Supremo Tribunal Federal no exame prefacial da matéria.**”³⁶ (g/n)

72. Neste ponto a Autora também destaca que a medida cautelar ora postulada deve ser analisada o quanto antes para evitar prejuízos aos próprios consumidores do Estado do Rio de Janeiro, que estão sujeitos a terem seus planos trocados e alterados a sua revelia, caso as operadoras simplesmente sigam o comando da Lei Impugnada.

73. Sendo assim, as Autoras requerem que a medida liminar seja deferida “*sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei*”, como autorizado pelo art. 10, §3º, da Lei 9.868/99 e o art. 170, §1º, do Regimento Interno do STF. Trata-se de medida urgente e necessária, como já decidido pelo Exmo. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI ao apreciar medida cautelar na ADI nº 4.907-DF, de sua relatoria:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 14.150, de 20/12/2012, do Estado do Rio Grande do Sul. **Vedação da cobrança de assinatura básica pelas concessionárias de telefonia fixa e móvel. Serviço público de telecomunicações. Invasão da competência legislativa privativa da União. Violação dos artigos 21, XI, 22, IV, e 175, parágrafo único, da Constituição Federal. Precedentes. Medida cautelar deferida.** I - A competência para legislar sobre a disciplina e a prestação dos serviços públicos de telecomunicações é privativa da União, nos termos dos artigos 21, XI, 22, IV, e 175, parágrafo único, todos da Constituição Federal. II - **Medida cautelar deferida.**”

(...) A matéria é conhecida e encontra-se pacificada nesta Corte. Com efeito, a competência para legislar sobre a disciplina e a prestação dos serviços públicos de telecomunicações é privativa da União, nos termos dos artigos 21, XI, 22, IV, e 175, parágrafo único, todos da Constituição Federal.

(...)

Por fim, destaco que trouxe a análise desta medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei impugnada, como possibilita o art. 10, § 3º, da Lei 9.868/1999. Isso porque, caso fossem ouvidos o Governador e a Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, a liminar só seria apreciada após a entrada em vigor da norma impugnada, a ocorrer no próximo dia 18 do mês em curso, o que, certamente, causaria insegurança jurídica em razão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estar solidamente consolidada em sentido oposto ao legislado, como visto, sem mencionar o desequilíbrio econômico-financeiro que seria causado nos contratos de concessão de telefonia fixa e móvel.

Por todas essas razões, voto pelo deferimento da cautelar.” (g/n)³⁷

³⁶ ADI MC nº 4.477-BA, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, julgado em 20/12/2010, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-020 DIVULG 31/01/2011 PUBLIC 01/02/2011.

³⁷ ADI MC nº 4.907-DF, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 07/02/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 07-03-2013 PUBLIC 08-03-2013. No mesmo sentido: (i) ADI 4.478-AP, Redator para o acórdão Min. Luiz Fux; (ii) ADI 3.847-SC, Rel. Min. Gilmar Mendes; (iii) ADI MC 4.603-RN, Rel. Min. Dias Toffoli; (iv) ADI MCREF 4.369-SP, Rel. Min. Marco Aurélio.

VI. PEDIDOS

74. Por todo o exposto, as Autoras requerem:

- (i) a concessão de medida cautelar, com excepcionais efeitos *ex tunc*, nos termos dos artigos 10 a 12 da Lei nº 9.868/99 e 170, §1º, do Regimento Interno do STF, para que, sem a audiência da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro ou do Governador do Estado do Rio de Janeiro, se suspenda eficácia, execução e aplicabilidade da Lei Impugnada, devendo voltar a vigorar a redação anterior da Lei Estadual nº 7.077/2015;
- (ii) a oitiva das autoridades das quais emanaram as normas impugnadas, quais sejam, a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro e o Governador do Estado do Rio de Janeiro para que, no prazo de 30 (trinta) dias, prestem informações;
- (iii) a oitiva do Advogado-Geral da União e do Procurador Geral da República no prazo de 15 (quinze) dias; e
- (iv) a procedência desta Ação Direta de Inconstitucionalidade, declarando-se a inconstitucionalidade, com efeitos *ex tunc*, da Lei Impugnada e confirmando a vigência da redação anterior da Lei Estadual nº 7.077/2015, esta sim aderente ao arcabouço regulatório vigente.

75. Por fim, atribui-se à causa, para fins meramente processuais, o valor de R\$10.000,00 (dez mil reais).

Do Rio de Janeiro para Brasília, 17 de fevereiro de 2020.



RICARDO HENRIQUE SAFINI GAMA
OAB/RJ 114.072



MARCELO REINECKEN DE ARAÚJO
OAB/DF 14.874



MARCUS VINICIUS RONDINELLI
OAB/RJ 178.861



RENATA A. JONER PARRY
OAB/DF 26.963