

EXCELENTÍSSIMA SENHORA PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF, MINISTRA ROSA WEBER

ASSOCIAÇÃO DAS OPERADORAS DE CELULARES – ACEL, pessoa jurídica de direito privado, constituída por tempo indeterminado e sem fins econômicos, inscrita no CNPJ sob o nº 03.059.449/0001-13, com sede e foro em Brasília/DF, vem, à presença de Vossa Excelência, por seus advogados, pelos artigos 102, I, “a”, e 103, IX da Constituição Federal, bem como pela Lei nº 9.868/99¹ e pelo art. 5º do Regimento Interno deste STF, propor **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** com pedido de concessão de **MEDIDA CAUTELAR** para, à luz do art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99, suspender cautelarmente a **Lei nº 9.925/2022, do Estado do Rio de Janeiro** (DOE 16/12/2022), e, quando do exame de **mérito**, reputar-lhe **inconstitucional**, julgando, portanto, procedente a presente ação pelos fundamentos constitucionais a seguir expostos.

1. Da Legitimidade Ativa Reconhecida pelo STF: ACEL²

1.1. Fundada em 1998, a ACEL é associação de âmbito nacional que representa as operadoras de telefonia móvel. O art. 1º do Estatuto Social diz que congrega as prestadoras do Serviço Móvel Pessoal (SMP) autorizadas pela ANATEL para a exploração dos serviços de telefonia e de internet móvel. Tem, pois, homogeneidade. De acordo com o Anexo I do seu Estatuto, todas as empresas de telefonia móvel existentes no país integram a entidade. O art. 3º traz seus objetos institucionais, provando a presença da pertinência temática. São eles:

“Art. 3º. A ACEL tem como objeto:

¹ A inicial atende os incisos I e II do art. 3º da Lei nº 9.868/99. Em duas vias, segue acompanhada de procuração e de cópias da Lei impugnada (art. 3º, parágrafo único da Lei nº 9.868/99).

² “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

(...)

III. A representação dos interesses coletivos de suas Associadas perante instituições públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, bem como 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, dependendo de prévia autorização da Diretoria Executiva;

IV. A divulgação e promoção, por meio da realização de simpósios, cursos e seminários, de atividades relacionadas ao mercado de telecomunicação móvel e outros afins, sempre voltados para a melhor capacitação de suas Associadas e demais interessados;

V. A promoção, o incentivo e o custeio de estudos e ações que propiciem o desenvolvimento das telecomunicações no Brasil – em especial o do Serviço Móvel Pessoal –, a defesa da livre concorrência, dos princípios da ordem econômica no setor e a prática dos princípios regulamentares estabelecidos para a prestação do serviço;

VI. O acompanhamento dos parâmetros estabelecidos pelos órgãos regulatórios, bem como a elaboração de prospecção de novos serviços e avanços tecnológicos que afetem as Associadas, por meio de monitoramento das tendências e mudanças no cenário nacional;

VII. A integração com associações de classe que tenham como objetivo o desenvolvimento e o aperfeiçoamento das atividades de telecomunicações.”

1.2. Essa legitimidade é reconhecida. Eis trecho do voto do ministro Gilmar Mendes, na ADI nº 3846 (De 15/03/2011), ajuizada pela ACEL quanto ao tema telecomunicações:

“Preliminarmente, reconheço a legitimidade da requerente para a propositura desta ação. Da leitura do estatuto social da empresa, verifica-se que constitui associação de abrangência nacional, representativa das empresas privadas prestadoras do Serviço Móvel Celular (SMC), constando, entre suas associadas, sociedades prestadoras de serviço em todo o território brasileiro. A caracterização da pertinência temática entre a atividade da requerente e o objeto desta ação, é verificada a partir do disposto no artigo 3º do estatuto social da ACEL (fls. 37, que dispõe, *ipsis litteris*)³: (...)”.

³ ADI nº 3846, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 15/03/2011.

1.3. O mesmo se deu nas ADIs 4715⁴ (Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 19/08/2013), 5569⁵ (Rel. Min. Rosa Weber, DJe 01/06/2017) e 5585⁶ (Rel. Min. Edson Fachin, DJe 13/08/2018), todas ajuizadas pela ACEL, razão pela qual entende-se presente a pertinência temática entre os objetivos institucionais da entidade autora e o elemento material constante da lei estadual ora impugnada, havendo legitimidade ativa para o ajuizamento desta ADI.

2. Inteiro Teor da Lei Impugnada: Lei nº 9.925/2022, do Rio de Janeiro

“ASSEGURA, AO CONSUMIDOR DE SERVIÇO MÓVEL DE TELEFONIA, O DIREITO DE FUNCIONALIDADE E ACESSO DE DADOS EM PASSAGENS SUBTERRÂNEAS DE TRÂNSITO EM QUALQUER MODALIDADE DE TRANSPORTE.

A ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

R E S O L V E:

Art. 1º Fica assegurado, ao consumidor de serviço móvel de telefonia, o direito a funcionalidade e acesso de dados para fins de ligação telefônica e utilização da internet em todas as passagens subterrâneas de trânsito no Estado do Rio de Janeiro, cuja extensão seja superior a 1.000 (um mil) metros, independente da modalidade de transporte que a utilize, em especial no transporte rodoviário, ferroviário e metroviário.

Art. 2º As concessionárias de telefonia móvel poderão viabilizar esse direito do consumidor por meio de repetidores de sinais nas passagens subterrâneas ou por meio de instalação de

⁴ Ementa: “COMPETÊNCIA – TELECOMUNICAÇÕES – TELEFONIA MÓVEL – OBRIGAÇÕES – LEI ESTADUAL. Compete à União legislar sobre telecomunicações, incluída a disciplina sobre limite de tempo para o usuário de telefone celular pré-pago utilizar crédito ativado”.

⁵ Ementa: “(...) 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.”

⁶ Ementa: “(...) 1. A orientação majoritária do Supremo Tribunal Federal, ressalvada a posição deste Relator, assentou que a determinação, por lei estadual, da instalação de equipamentos tecnológicos para bloqueio de sinal de telecomunicações e/ou radiocomunicações nos estabelecimentos penais e centros socioeducativos invade a competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações (arts. 21, XI e 22, IV, CRFB). Precedentes: ADI 3.835, rel. Min. Marco Aurélio, ADI 4.861, rel. Min. Gilmar Mendes, ADI 5.253, rel. Min. Dias Toffoli, ADI 5.327, rel. Min. Dias Toffoli, ADI 5.356, rel. Min. Edson Fachin, redator para o acórdão Min. Marco Aurélio. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente”.

equipamentos equivalentes nas composições de trem e metrô, para manter o sinal de telefonia aos usuários destes serviços de transporte, respeitadas as regras para tal instalação previstas na Legislação Municipal e/ou Estadual.

§ 1º A instalação destes equipamentos dar-se-á de forma gratuita, sem ônus para o consumidor, ficando as concessionárias de telefonia responsáveis por qualquer custo relativo à alocação e manutenção destes equipamentos nos locais abrangidos por esta lei.

§ 2º As concessionárias de telefonia deverão observar as regras locais específicas da Legislação de cada município no tocante à engenharia, à construção e à localização de torres de transmissão de sinal de telefonia móvel e repetidores de sinal, caso existentes, cumprindo todas as exigências para a instalação dos equipamentos previstos nesta Lei.

Art. 3º As concessionárias de telefonia terão o prazo de 12 (doze) meses para se adaptarem às previsões da presente lei.

Art. 4º O Poder Executivo regulamentará a presente lei.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, em 15 de dezembro de 2022”

3. Inconstitucionalidade Formal: competência da União para explorar e legislar sobre telecomunicações (artigos 21, IX e 22, IV) e seus consectários (art. 175, parágrafo único, I e II)

3.1. Poucas vezes na gestão de um complexo setor de infraestrutura como é o de telecomunicações se viu uma lei tão afrontosa à competência legislativa constitucionalmente conferida à União como se deu com a Lei nº 9.925/2022, do Estado do Rio de Janeiro.

3.2. Surpreende que a história seja tão facilmente esquecida no Brasil. O processo de privatização da telefonia brasileira partiu de muitas profissões de fé, sendo, a primeira delas, a de que era necessário pôr um fim ao aparelhamento político-partidário do setor, aparelhamento esse forjado em aspirações alheias ao interesse público. O estratégico setor de telecomunicações estava entregue aos entes políticos subnacionais e às suas ambições.

3.3. Não se tratou, portanto, apenas de envolver a iniciativa privada para, sob firmes condições, se tornar uma aliada na dura tarefa de construir um gigante conectado, mas, sim, de livrar todo o ecossistema de telecomunicações de interferências externas indevidas.

3.4. A Constituição de 1988 foi alterada para que, por meio da Emenda Constitucional nº 8, de 1995, todo o modelo pudesse ganhar um novo desenho. Em 1996, foi promulgada a Lei nº 9.295, regulamentando a organização de determinados serviços de telecomunicações, isto é, serviços de telefonia móvel celular, de transmissão de sinais por satélite e outros serviços limitados. Em 1997, veio a Lei nº 9.472/97 (*Lei Geral de Telecomunicações - LGT*), a qual, além de regulamentar o mercado, criou a Agência Nacional de Telecomunicações.

3.5. Saiu a pulverização regulatória paroquial entregue aos entes subnacionais; entrou a unidade nacional e o compromisso de universalidade. Saiu a política partidária; entrou a técnica, a especialidade, a *expertise* erigida por operadores desse ecossistema. Saiu a vontade não raramente eleitorais das Assembleias Legislativas; entrou a capacidade institucional da Anatel. Não é possível que esse grande esforço nacional acima descrito tenha sido em vão.

3.6. Isso porque, de repente, no Estado do Rio de Janeiro, a partir de uma decisão política, sem que qualquer prognose técnica tenha sido feita, desprezando até mesmo a melhor legística, e, ainda, sem que uma rigorosa análise de impacto regulatório⁷ tenha sido formulada, passou-se a impor às empresas prestadoras de serviços de internet móvel e banda larga na modalidade pós-paga em operação no Estado que forneçam “funcionalidade e acesso de dados para fins de ligação telefônica e utilização da internet em todas as passagens subterrâneas de trânsito no Estado do Rio de Janeiro, cuja extensão seja superior a 1.000 (um mil) metros, independente da modalidade de transporte que a utilize, em especial no transporte rodoviário, ferroviário e metroviário”. É um passe de mágica com graves efeitos.

⁷ O art. 5º da Lei nº 13.874/2019 (Declaração de Direitos de Liberdade Econômica), diz: “As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico”. No julgamento da ADI nº 3924 (Rel. Min. Rosa Weber, DJe 30/06/2021), acerca da Lei paulista nº 11.066/2002, o Supremo definiu que a “prestação de serviços por chaveiros e instaladores de sistemas de segurança foi classificada pelo Poder Executivo Federal como atividade econômica de baixo risco, garantida a liberdade de exercício, sem a necessidade de quaisquer atos públicos de liberação, conforme assegurado pelos princípios norteadores da Declaração de Direito de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019, art. 3º, I)”.

3.7. Examinando a norma, nota-se a presença de uma fácil e conveniente invocação à proteção dos consumidores como sendo uma licença para violar a Constituição. Ela consta da Exposição de Motivo do projeto de lei que deu azo à lei ora questionada. Eis:

“Desta forma, a presente proposição objetiva proteger os interesses dos consumidores, sendo que, conforme a Constituição Federal, cabe ao Estado, a promoção de ações sistemáticas de proteção ao consumidor, de modo a garantir-lhe a segurança e a saúde, e a defesa de seus interesses econômicos. Aliás, não se pode almejar o alcance destes objetivos, sem a promoção da mais completa e adequada proteção dos interesses e direitos do consumidor, que estão em posição de incontestável vulnerabilidade fática, econômica, técnica, jurídica e política em relação às operadoras do serviço de telefonia. Assim, a matéria ora abordada não é de competência privativa da União ou mesmo do Município, uma vez que não institui ou cria nenhuma norma sobre telecomunicações ou mesmo cria regras específicas para a instalação dos equipamentos necessários, que devem seguir a Legislação Municipal, prevendo apenas a proteção ao direito do consumidor dos serviços de telefonia à devida prestação do serviço contratado nos locais subterrâneos citados.”

3.8. O Estado do Rio foi além. Ele determinou que tal obrigação fosse cumprida “por meio de repetidores de sinais nas passagens subterrâneas ou por meio de instalação de equipamentos equivalentes nas composições de trem e metrô, para manter o sinal de telefonia aos usuários destes serviços de transporte.”

3.9. Nada poderia tratar mais abertamente sobre telecomunicações do que determinar a instalação de “repetidores de sinais” ou “equipamentos equivalentes” “para manter o sinal de telefonia aos usuários destes serviços de transporte”. Dispôs ainda: “a instalação destes equipamentos dar-se-á de forma gratuita, sem ônus para o consumidor, ficando as concessionárias de telefonia responsáveis por qualquer custo relativo à alocação e manutenção destes equipamentos nos locais abrangidos por esta lei.”

3.10. O Estado do Rio determinou que concessionários e autorizatários privados instalem repetidores de sinais e impôs, em seguida, que o façam de graça, suportando, ainda, “qualquer custo relativo à alocação e manutenção destes equipamentos nos locais abrangidos pela lei”.

3.11. Como se não bastasse, a nova tecnologia também interligaria os setores remotos com os mezaninos e plataformas das estações por meio de equipamento de transmissão e irradiação de radiofrequências para aumentar o alcance da cobertura do sinal de telefonia. Tudo dentro de passagens subterrâneas, trânsito, transporte rodoviário, ferroviário e metroviário, em todo o Estado do Rio de Janeiro. É de uma franqueza desconcertante.

3.12. O constructo estadual afronta a Constituição Federal e tenta ocupar um espaço normativo já ocupado pela legislação federal de regência. Apenas para ilustrar, a Lei nº 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações) prescrevia o seguinte:

“Art. 4º [...] 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. [...] Telefonia é o processo de telecomunicação destinado à transmissão da palavra falada ou de sons”.

3.13. Atualmente, a LGT, que diz competir à União organizar os serviços de telecomunicações, incluindo “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” (art. 1º, parágrafo único), traz importantes definições, como essas abaixo:

“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 óticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§ 2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis”.

3.14. Ou seja, o diploma legal atacado tratou de telecomunicações no sentido estrito e técnico, pois dispôs sobre matéria relacionada à “transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”.

3.15. A violência não é dirigida apenas à Constituição Federal. Ela também mira a Suprema Corte. Julgando a ADPF nº 732 (DJe 18/05/2021), de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, essa Corte entendeu que o dispositivo legal impugnado, ao prever que os sistemas transmissores de telefonia não poderão ser instalados nas áreas localizadas até 100 metros de residências, praças, parques, jardins, imóveis integrantes do patrimônio histórico cultural, áreas de preservação permanente, áreas verdes ou áreas destinadas à implantação de sistema de lazer, invadiu competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações, nos termos dos artigos 21, XI, e 22, IV da Constituição Federal.

3.16. No precedente acima, o STF foi enfático: “Estão incluídos no conceito de telecomunicações, os equipamentos e os meios necessários para transmissão de sinais eletromagnéticos, tais como as antenas de telefonia celular.” Veio, então, o arremate: “os Estados-membros não podem se imiscuir nas relações jurídico-contratuais firmadas pelo poder concedente e suas concessionárias, entendimento esse consubstanciado nos seguintes julgados: ADI 5.832, Rel. Min. Marco Aurélio; ADI 5.574, Rel. Min. Edson Fachin; ADI 5.253 e ADI 4.649, Rel. Min. Dias Toffoli; ADI 6.065, redator do acórdão Min. Dias Toffoli; ADI 3.343, redator do acórdão Min. Luiz Fux; ADI 3.533, Rel. Min. Eros Grau; ADIs 3.558 e 4.083, Rel. Min. Cármen Lúcia; e ADI 5.608, Rel. Min. Celso de Mello.”

3.17. Vale lembrar do que frisou o ministro Gilmar Mendes no emblemático voto que proferiu no julgamento da ADI nº 6482 (DJe 21/05/2021):

“...ainda que intuitivamente a internet seja considerada um espaço livre e desregulado, onde os custos de criação e replicação das informações seriam tendencialmente nulos, a conexão dos usuários à rede depende da prestação de serviços de telecomunicações e da interação entre agentes econômicos que atuam de forma verticalmente integrada entre a camada física composta pela gestão de infraestrutura de telecomunicações, a camada de protocolo e a camada de conteúdos e de aplicações”.

3.18. Na ADI nº 6086 (Pleno, DJe 28/05/2020), o ministro Gilmar Mendes havia anotado que os “serviços de telefonia fixa e móvel e de acesso à internet são espécies do gênero telecomunicações, de titularidade da União, à qual compete legislar sobre a matéria”. Já na ADI nº 4539 (DJe 28/11/2019), constou:

“(…) 2. Lei 3.074/2006 do Amazonas. Proibição de cobrança por pontos adicionais de TV a cabo. 3. Serviço público de telecomunicações de titularidade da União, à qual compete legislar sobre a matéria. Precedentes. 4. A competência suplementar dos Estados federados para legislar sobre direito do consumidor não alcança a disciplina da relação jurídica entre concessionários e usuários de serviços públicos. (...)”

3.19. É preciso realçar que não é possível, no atual modelo normativo, que um estado-membro erga o seu próprio aparato executivo, normativo e regulatório quanto às telecomunicações. Esse tipo de determinação restabelece um vezo banido pela Emenda Constitucional nº 8/95, qual seja, o de que, no Brasil, é a política que, segundo seus interesses partidários e eleitorais, conduz a infraestrutura de telecomunicações de um gigante continental, alheia à técnica, à especialidade, às prognoses e aos impactos regulatórios. Esse tempo acabou e o STF, infelizmente, vem, ao longo de décadas, sendo chamado a reafirmar a sua autoridade acerca da proteção constitucional não apenas das competências federativas, mas, principalmente, do ecossistema de telecomunicações do país, ecossistema esse também regido pelo art. 175, parágrafo único, I e II da Constituição Federal⁸, ora descumpridos.

3.20. Esse STF tem sido, na dicção do ministro André Mendonça, um verdadeiro “*árbitro de grandes crises da Federação*” (ACO nº 2970, DJe 28/04/2022). Na ADI nº 6482 (DJe 18/02/2021), relatada pelo ministro Gilmar Mendes, foram fixadas as seguintes balizas:

“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, os artigos 22, 23 e 24 da Constituição Federal. Essa verificação é feita a partir de critérios interpretativos.”

3.21. Na ADI nº 6482, restou estabelecido que “a disciplina jurídica de toda e qualquer forma de transmissão de sinais voltada à prestação de um serviço de telecomunicações

⁸ “Art. 175. 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; (...)”.

revolveria matéria afeta à competência legislativa da União, tal qual o direito de passagem e uso para a instalação de infraestrutura de rede.”

3.22. Na ADI nº 6322 (DJe 07/10/2022), de relatoria da ministra Rosa Weber, o STF, por unanimidade, estabeleceu o seguinte: “...a legislação estadual impugnada interveio no âmbito das relações contratuais estabelecidas entre a Administração Pública Federal e as concessionárias de serviços de telecomunicações, acarretando usurpação da competência da União para legislar, privativamente, sobre telecomunicações e explorar, com exclusividade, a prestação de tais serviços (CF, arts. 21, XI; 22, IV; e 175, parágrafo único, I e II).”

3.23. Outra não foi a posição na ADI nº 4861(DJe 01/08/2017), ajuizada pela ACEL, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, oportunidade na qual essa Corte reafirmou “a impossibilidade de interferência do Estado-membro nas relações jurídicas entre a União e as prestadoras dos serviços de telecomunicações.”

3.24. Recentemente, por unanimidade, a Corte julgou procedente a ADI nº 6199 (De 26/08/2022), de relatoria do ministro Nunes Marques, declarando a inconstitucionalidade da Lei Estadual atacada e estabelecendo que “...a regulamentação desse tipo de serviço ou de qualquer outro agregado pode ser feita apenas pela União, dada sua íntima conexão econômica com o serviço de telecomunicação propriamente dito.”

3.25. Já na ADI nº 7211 (Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 10/10/2022), o STF afirmou que, quanto à Lei 8.888/2020, também do Estado do Rio de Janeiro, “diante da interferência no núcleo regulatório das telecomunicações, normas que disciplinam limites e possibilidades da cláusula de fidelização nos contratos de prestação de serviço TV por assinatura, telefonia, internet e serviços assemelhados devem ser editadas privativamente pela União, no exercício da competência normativa para dispor sobre telecomunicações (art. 22, IV)”.

3.26. Sendo assim, à luz da Constituição Federal, da legislação ordinária de regência e da jurisprudência do STF, há indisputável ingerência da Lei Fluminense nos serviços de telecomunicações, pois longe de versar apenas sobre consumidores, ela estabeleceu obrigações que tocam no núcleo da atividade de telecomunicações e, nesse campo, não se

admite que o Estado assim o faça a ponto de impor, por lei, que empresas prestadoras de internet móvel e banda larga constituam uma nova estrutura de telecomunicações.

3.27. A lei disciplina questão cuja competência constitucional – de execução e legislativa – foi atribuída exclusivamente à União (art. 21, XI e 22, IV), além de modificar as cláusulas pactuadas com o Poder Público, em violação do art. 175, parágrafo único, I e II, sacrificando, ainda, a manutenção das condições efetivadas da proposta vencedora da concorrência pública (art. 37, XXI), todos da Constituição Federal.⁹ É formalmente inconstitucional.

4. Inconstitucionalidades Materiais: primado da isonomia (art. 5º, *caput*), direito de propriedade (arts. 5º, *caput* e XXII e 170, II), livre iniciativa (arts. 1º, IV e 170, *caput*) e princípio da proporcionalidade

4.1. A lei estadual ora atacada também padece de inconstitucionalidades materiais decorrentes do comprometimento do primado da isonomia, da propriedade privada, da livre iniciativa e do princípio da proporcionalidade, podendo haver, ainda, outras violações a serem identificadas a partir da natureza da causa de pedir dessa ação, que é aberta.

4.2. Primeiramente, a violação à isonomia (art. 5º, *caput* da Constituição) se dá seja quanto aos demais entes da federação, seja quanto aos usuários, corrompendo, assim, um elemento essencial da prestação desse tipo de serviço, que é a sua universalidade, ou seja, a prestação isonômica, sem distinções de quaisquer naturezas, reputando-se, cada usuário, como merecedor de igual qualidade na prestação do serviço e no acesso a seus produtos.

4.3. A necessidade de observância do princípio da isonomia dá ensejo à passagem do ministro Celso de Mello, na decisão da ADI nº 6199 (DJe 06/12/2019), que diz: “Resulta claro, desse modo, que a implementação de um sistema normativo harmonioso e equilibrado, vocacionado à integração de tecnologias e à projeção mundial, mostra-se em tudo incompatível com a existência de um mosaico legislativo composto por regimes jurídicos parciais e conflitantes, dispersados pelas diversas regiões do território nacional”.

⁹ Para que seja operacionalizada a aplicação da lei, conforme estabelecido pelo Sistema de Antenas Distribuídas (DAS), do Rio de Janeiro, a nova rede contaria com: “...instalação de novas antenas, cabos, receptores e transmissores, que ao serem conectados à estação base de comunicação, possibilitam a ampliação do sinal para a telefonia móvel, tanto para ligações como para acesso à internet. A transmissão da rede é feita por meio da passagem de cabo compartilhado pelas operadoras de telecomunicação nas áreas subterrâneas do metrô”.

4.4. De fato, o ecossistema de telecomunicações deve obedecer a um ordenamento jurídico uniforme. Eis o ministro Gilmar Mendes (ADI nº 4478, DJe 30/11/2011):

“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 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.”

4.5. Na ADPF nº 732 (DJe 18/05/2021), de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, o STF consignou: “Em um sistema federativo equilibrado não podem coexistir, como regra, normas distintas que disciplinem matérias semelhantes. Se tal fosse admissível, ao invés de harmonia federativa, veríamos grassar a assimetria, o desequilíbrio, enfim, o caos normativo. É exatamente isso que a nossa sofisticada engenharia constitucional pretende evitar”.

4.6. Ademais, enquanto o art. 18 da Constituição Federal aduz que a organização político-administrativa da República compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, o art. 25 dispõe que os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios da Constituição Federal. Ou seja, a autonomia federativa não se convola em autorização para inconstitucionalidades. Tanto que o art. 23, I, diz ser da competência comum de todos eles “zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público”.

4.7. A lei estadual em análise também promove o esvaziamento do núcleo essencial da livre iniciativa, um dos fundamentos da República (art. 1º, IV) e um dos princípios norteadores da ordem econômica (*caput* do art. 170). Trata-se de um direito conectado com o marco da propriedade privada (art. 5º, *caput* e II, art. 170, II) cuja restrição precisa passar pelo rigoroso teste exegético da proporcionalidade, como mostra o Supremo Tribunal.

4.8. Julgando a ADI nº 6191 (Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe 19/09/2022), contra a Lei nº 15.854/2015, do Estado de São Paulo, que obrigava fornecedores de serviços

prestados de forma contínua a estenderem o benefício de novas promoções a clientes preexistentes, o STF entendeu que a “lei impugnada, sob o fundamento de regular matéria de proteção ao consumidor, invadiu competência legislativa privativa da União”, pois cuidou de serviços de telefonia móvel”. Identificou-se ainda uma interferência “no equilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão celebrados pela União com empresas privadas e por isso incorre em vício de inconstitucionalidade”. Por fim, definiu-se que os dispositivos violavam “os princípios da livre iniciativa e da proporcionalidade”.

4.9. No caso acima, o ministro Luís Roberto Barroso pontuou: “regra de ouro, que deve vigor tanto no gasto público como, tanto quanto possível, no gasto privado, é não se imporem ônus que não foram previstos contratualmente, nem foram quantificados na equação econômica e financeira do contrato”. Esse trecho aponta a violação ao art. 175, parágrafo único, I e II, da Constituição Federal.

4.10. A lei estadual do Rio de Janeiro também age de forma desproporcional, pois estipula, improvisadamente, uma nova obrigação sem qualquer tipo de preocupação regulatória, e, ademais, uma obrigação absolutamente invasiva à livre iniciativa.

4.11. De fato, a escorreita restrição ao núcleo material constitutivo da liberdade de iniciativa deve se dar por meio de uma utilização muito criteriosa do princípio da proporcionalidade. Ao julgar a ADI nº 5337 (Rel. Min. Luiz Fux, DJe 25/03/2021), o STF entendeu que a transferência do direito à exploração do serviço de táxi aos sucessores do titular da outorga (i) não é adequada ao fim almejado; (ii) tampouco necessária; e (iii) não passa pelo filtro da proporcionalidade em sentido estrito. A Corte derrubou os dispositivos impugnados, “na medida em que não passam pelo crivo da proporcionalidade, da isonomia, da impessoalidade e da eficiência administrativa, gerando, adicionalmente, potenciais efeitos econômicos e sociais perversos que não resistem a uma análise custo-benefício”.¹⁰

4.12. Noutra oportunidade, julgando a ADI nº 5792 (Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 04/11/2019), o STF enfatizou que a Lei 5.853/2017, do Distrito Federal, “ao assegurar acréscimo de 30 minutos para saída do estacionamento após o pagamento da tarifa, além de

¹⁰ Foram derrubados os §§ 1º, 2º e 3º do art. 12-A da Lei nº 12.587/2012, que institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, com a redação dada pela Lei nº 12.865/2013.

se mostrar desproporcional ao fim que se almeja, interfere na dinâmica econômica da atividade empresarial, violando o princípio da livre iniciativa (art. 170, *caput*, CF)”.

4.13. Portanto, além da inconstitucionalidade formal decorrente da invasão de competências privativas da União para legislar acerca de telecomunicações, sendo, esta inconstitucionalidade, atrelada à violação ao art. 175, parágrafo único, I e II da Constituição, também há violações materiais, haja vista que a lei impugnada machuca o primado da isonomia, o direito à propriedade, a livre iniciativa e o princípio da proporcionalidade.

5. A Concessão da Cautelar: sanções já sendo aplicadas

5.1. Uma vez demonstrada a inconstitucionalidade formal e material da Lei Fluminense nº 9.925/2022, preencheu-se um dos requisitos necessários à concessão da cautelar, qual seja, a plausibilidade dos fundamentos jurídicos (*fumus boni iuris*) suscitados. Há flagrante inconstitucionalidade formal e material na Lei impugnada. Isso porque a lei viola dispositivos expressos da Constituição Federal, bem como a jurisprudência consolidada desse STF.

5.2. Há também *periculum in mora*. O diploma em vigor, publicado no DOE-RJ em 14/12/2022, traz, no seu art. 3º, previsão de que, a partir de sua publicação, os prestadores de serviços terão doze meses para concluir todo o processo de instalação do equipamento necessário ao cumprimento da Lei. É um aparato pesado, reclamante de extraordinário investimento, que surpreende as empresas do setor. A fiscalização do cumprimento da Lei pelo órgão estadual de defesa do consumidor (Procon-RJ), com aplicação de multa, possibilitará, desde já, a notificação das empresas que não se adequarem ao cumprimento da norma, gerando uma pulverização de autuações, estrangulando o setor naquele Estado.

5.3. Assim, restam verificados os requisitos da cautelar, conforme a jurisprudência desse STF:¹¹ (i) ADI nº 4739 MC (Min. Marco Aurélio, DJe 30/09/2013), Lei nº 2.569/2011, de Rondônia: *obrigação de fornecer à polícia judiciária estadual, sob pena de multa, a localização dos aparelhos utilizados pelos usuários*; (ii) ADI nº 4533 nº MC (Min. Edson Fachin, DJe 1/02/2012), Lei nº 18.403/2009, de Minas Gerais: *obrigando o fornecedor a informar, no instrumento de cobrança enviado*

¹¹ ADI nº 4369 MC-REF, Min. Marco Aurélio, DJe 3/5/2011; ADI nº 2615 MC, Rel. p. acórdão Min. Gilmar Mendes, DJ 6/12/2002; ADI nº 3322 MC, Min. Gilmar Mendes, DJ 19/12/2006; ADI nº 4401-MC, Min. Gilmar Mendes, DJ 1º/10/10; ADI nº 4715 MC, Min. Marco Aurélio, DJe 19/8/2013.

ao consumidor, a quitação de débitos anteriores; (iii) ADI nº 4715 MC (Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 29/10/2018), Lei nº 4.084/2011, de Mato Grosso do Sul: imposição de prazo máximo para a utilização de créditos pré-pagos para telefones celulares, sob pena de incidência das sanções do art. 56 do CDC; (iv) ADI nº 4649 MC (Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 12/08/2016), Lei nº 5.934/2011, do Rio de Janeiro: dispõe sobre a possibilidade de acúmulo das franquias de minutos mensais ofertados pelas operadoras de telefonia, determinando a transferência dos minutos não utilizados no mês de sua aquisição, enquanto não forem utilizados, para os meses subsequentes; (v) ADI nº 6199 (Rel. Min. Celso de Mello, DJe 05/12/2019): Lei nº 16.600/2019: impede a oferta e a comercialização de serviços de valor adicionado, digitais, complementares, suplementares ou qualquer outro, independentemente de sua denominação, de forma onerosa ao consumidor, quando agregados a planos de serviços de telecomunicações.

6. Dos Pedidos: cautelar e mérito

6.1. Sendo a norma impugnada - Lei nº 9.925/2022, do Estado do Rio de Janeiro – formal (*competência da União/alteração das obrigações de concessionários/autorizatórios*), e materialmente (*isonomia/propriedade privada/livre iniciativa/proporcionalidade*) inconstitucional, requer-se o **(i)** deferimento da cautelar para que os efeitos da lei impugnada sejam suspensos, e, em seguida: a) a solicitação de informações ao Presidente da Assembleia e do Governador; b) após a oitiva da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República, **(ii)** a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 9.925, do Estado do Rio de Janeiro, confirmando-se o provimento liminar requerido; c) a comunicação da decisão ao Presidente da Assembleia Legislativa e ao Excelentíssimo Senhor Governador do Rio de Janeiro.¹²

6.2. Requer, por fim, que o nome de **Marcelo Montalvão Machado**, OAB/DF nº 34.391, conste nas publicações relativas ao feito (CPC, art. 272, § 1º).

Dá-se à causa o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

E. Deferimento.

Brasília, 22 de junho de 2023.



¹² Pedido de informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei estadual atacada (art. 6º da Lei nº 9.868/99 c/c art. 170 do RISTF) e, decorrido o prazo, que sejam ouvidos, sucessivamente, o AGU e a PGR, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo legalmente previsto (art. 8º da Lei nº 9.868/99).

AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA E ADVOCACIA



Saul Tourinho Leal
OAB/DF 22.941



Rodrigo Barbosa Araújo
OAB/DF 65.206