

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:

Ementa: Direito constitucional e administrativo. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei estadual que cria obrigações para empresas prestadoras do serviço de telecomunicações.

1. Ação direta de inconstitucionalidade que tem por objeto a Lei nº 4.896/2006, com as alterações promovidas pelas Leis nº 7.853/2018 e nº 7.885/2018, todas do Estado do Rio de Janeiro. O complexo normativo impugnado impõe, em síntese, obrigações para as empresas prestadoras do serviço de telefonia, determinando, dentre outras medidas, a realização e manutenção de cadastro de usuários que manifestarem oposição ao recebimento de ligações para oferecimento de produtos e serviços (*telemarketing*), bem como limitações dos horários de tais ligações.

2. Compete à União Federal legislar privativamente sobre o serviço de telecomunicações (CF, art. 22, IV), bem como a sua exploração (CF, art. 21, XI, CF). Exercício abusivo da competência legislativa estadual.

3. Todavia, os arts. 1º-A e 1º-B da lei impugnada, que estabelecem o horário em que empresas podem ofertar produtos e serviços por meio telefônico e vedam a utilização de número privativo para isso, não impõem obrigações às prestadoras de serviços de telecomunicações. Tais dispositivos se dirigem a empresas que se utilizam desses serviços para oferecer produtos e serviços a consumidores e, por isso, seu objeto não é o serviço de telecomunicações em si, mas a tutela da dignidade dos consumidores, ao coibir a atuação abusiva de empresas no oferecimento de produtos e serviços. Competência concorrente do Estado para legislar sobre proteção do consumidor (art. 24, V e VIII, da CF).

4. Pedido julgado parcialmente procedente, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 4.896/2006, com as alterações promovidas pelas Leis nº 7.853/2018 e nº 7.885/2018, todas do Estado do Rio de Janeiro, com exceção dos seus arts. 1º-A e 1º-B.

I. Síntese do Caso

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação Brasileira de Concessionárias de Serviço Telefônico - ABRAFIX,

e pela Associação Nacional das Operadoras Celulares - ACEL, tendo por objeto a íntegra da Lei nº 4.896/2006 do Estado do Rio de Janeiro, com a redação conferida pelas Leis nº 7.853/2018 e nº 7.885/2018. O complexo normativo impugnado, em síntese, cuida da atuação das empresas de telefonia no que tange a atividades de *telemarketing*, determinando, dentre outras medidas, a realização e manutenção de cadastro de usuários que manifestarem oposição ao recebimento de ligações para oferecimento de produtos e serviços, bem como limitações dos horários de tais ligações.

2. Transcrevo a seguir o inteiro teor do diploma impugnado:

“Art. 1º – Fica assegurado o direito de privacidade aos usuários do serviço de telefonia, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, no que tange ao recebimento de ofertas de comercialização de produtos ou serviços por via telefônica.

§ 1º Para consecução do disposto no caput deste artigo, ficam as empresas prestadoras do Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Telefonia Móvel, que atuam na área de abrangência em todo Estado do Rio de Janeiro, obrigadas a constituir e a manter cadastro especial de assinantes que manifestem oposição ao recebimento, via telefônica, de ofertas de comercialização de Produtos ou serviços.

§ 2º As empresas que utilizam os serviços de telefonia de bens ou serviços deverão, antes de iniciar qualquer campanha de comercialização, consultar os cadastros dos usuários que tenham requerido privacidade, bem como se absterem de fazer ofertas de comercialização para os usuários constantes dos mesmos.

Art. 1º-A – Fica estabelecido que os telefonemas para oferta de produtos e serviços aos que não constarem na lista de privacidade telefônica devem ser realizados exclusivamente de segunda a sexta-feira, das 8h (oito horas) às 18h (dezoito horas), sendo vedada qualquer ligação de telemarketing aos sábados, domingos e feriados em qualquer horário.

Art. 1º-B – Em qualquer caso, a oferta de produtos e serviços somente poderá ser efetuada mediante a utilização pela empresa de número telefônico que possa ser identificado pelo consumidor, sendo vedado a utilização de número privativo, devendo ainda identificar a empresa logo no início da chamada.

Art. 3º – As empresas prestadoras de serviços de telefonia têm o prazo de 90 (noventa) dias, a contar da data da publicação desta Lei, para constituir e divulgar a existência do referido cadastro, bem como formas de inscrição.

Art. 4º – O não atendimento do previsto no art. 1º desta Lei, sujeitará o responsável ao pagamento de multa nos termos do Código de Defesa do Consumidor.

Art. 5º – As denúncias dos usuários quanto ao descumprimento desta Lei, de forma circunstanciada, deverão ser encaminhadas à Secretaria Estadual de Planejamento, Desenvolvimento Econômico e Turismo e à Comissão Permanente de Indústria e Comércio da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro para cumprimento desta Lei, concedendo-se o direito de defesa às empresas denunciadas.

§ 1º As denúncias apuradas devem ser encaminhadas aos órgãos de proteção e de defesa do consumidor para fins de aplicação imediata da multa devida por cada denúncia confirmada, devendo as multas serem revertidas em favor do Fundo Especial de Apoio à Programas de Proteção e Defesa do Consumidor – FEPROCON.

§ 2º O consumidor poderá, ainda, apresentar denúncia direta aos órgãos de proteção e defesa do consumidor, que deverão apurar a veracidade das denúncias em processo administrativo próprio, respeitando-se a ampla defesa às empresas denunciadas, decidindo pela aplicação ou não da multa no mesmo ato de apuração da denúncia”.

3. As entidades requerentes alegam, em síntese, a inconstitucionalidade formal do ato questionado, por violação da competência privativa da União para a regulação da matéria (arts. 21, XI, e 22, IV, da CF), invocando, ainda, precedentes do Supremo Tribunal Federal que entendem amparar seu pedido.

4. A Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro apresentou informações defendendo a validade da lei, com fundamento na competência concorrente dos Estados-membros para legislar sobre relações de consumo.

5. A Advocacia-Geral da União propugna pela procedência parcial do pedido, em manifestação assim ementada:

“Telecomunicações. Lei nº 4.896/2006 do Estado do Rio de Janeiro, na redação conferida pelas Leis nº 7.853/2018 e nº 7.885/2017, que dispõe sobre a obrigatoriedade de os prestadores de serviços de telefonia fixa e móvel criarem cadastro especial de assinantes que se oponham ao recebimento de ofertas de comercialização de produtos e serviços. Inconstitucionalidade formal. Competência da União para

explorar, diretamente ou mediante autorização, permissão ou concessão, os serviços de telecomunicações, bem como para legislar sobre a matéria. Ofensa aos artigos 21, inciso XL e 22, inciso IV da Constituição Federal. Violação do pacto federativo. Precedentes dessa Suprema Corte. As normas que regulamentam as obrigações das empresas que se utilizam dos serviços de telecomunicações para realizar a oferta de produtos e serviços incluem-se na competência concorrente dos entes federados para dispor sobre consumidor, subsistindo os seus efeitos enquanto não editada a legislação federal sobre a matéria. Manifestação pela procedência parcial do pedido formulado pelas requerentes”.

6. A Procuradoria-Geral da República emitiu parecer em termos semelhantes, também no sentido da parcial procedência do pedido, assim ementado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. LEI 4.896/2006, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. FIXAÇÃO DE DEVER A PRESTADORAS DE SERVIÇOS DE TELEFONIA. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO. OFENSA AOS ARTS. 21, XI, E 22, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ARTS. 1º-A E 1º-B DA LEI 4.896/2006, COM REDAÇÃO DA LEI 7.853/2018. REGRAS ATINENTES A EMPRESAS DE TELEMARKETING. PROTEÇÃO E DEFESA DE CONSUMIDORES. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE.

1. É inconstitucional, por usurpação da competência material e legislativa da União, lei estadual que imponha dever a prestadoras de serviços de telecomunicações. Precedentes.

2. Parecer pela procedência parcial do pedido”.

7. O eminente Relator, Ministro Marco Aurélio, julgou o pedido improcedente, em voto que recebeu a seguinte ementa:

“ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. Cabe à Advocacia-Geral da União a defesa do ato normativo impugnado artigo 103, § 3º, da Constituição Federal.

LEGITIMIDADE PERTINÊNCIA TEMÁTICA PROCESSO OBJETIVO. Associação possui legitimidade para ajuizar ação direta de

inconstitucionalidade quando verificada pertinência temática, ou seja, elo entre o preceito atacado e os objetivos institucionais contidos no Estatuto.

COMPETÊNCIA NORMATIVA CONSUMIDOR PROTEÇÃO AMPLIAÇÃO LEI ESTADUAL. Ausentes obrigações relacionadas à execução contratual da concessão de serviço de telecomunicações, é constitucional, ante a competência concorrente dos Estados para legislar sobre direito do consumidor, norma estadual a prever cadastro de usuários contrários ao recebimento de oferta de produto ou serviço, fixando prazo para o implemento e multa ante o descumprimento, e a vedar a realização de cobrança e venda via telefone, fora do horário comercial, em dias úteis ou não. Precedente: ação direta de inconstitucionalidade nº 5.745, julgada em 7 de fevereiro de 2019”.

8. Peço vênica para divergir desse entendimento, pelas razões que passo a expor.

II. No Mérito

9. A Constituição Federal determina competir à União Federal explorar o serviço de telecomunicações (art. 21, XI, da CF), bem como legislar privativamente sobre a matéria (art. 22, IV, da CF). Cabe, portanto, à União Federal a função de regular a prestação do serviço de telecomunicações, disciplinando o regime das empresas prestadoras, os direitos dos usuários e as demais condições em que será explorado, nos termos do art. 175, *caput* e parágrafo único. Confira-se a dicção desses dispositivos constitucionais:

“Art. 21. Compete à União:

(...)

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; (redação dada pela EC nº 08 /1995)

(...)

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;

(...)

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;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado”.

10. Por conseguinte, o Estado não possui competência para editar normas como a lei objeto desta ação direta, que não trata propriamente de direito do consumidor, pois a figura do *consumidor* não se confunde inteiramente com a figura do *usuário de serviço público*. De fato, os direitos dos usuários do serviço público de telecomunicações encontram-se sujeitos ao poder regulamentar federal, consoante entendimento já consolidado no Supremo Tribunal Federal. Dentre diversos precedentes nesse sentido, destaco os seguintes:

“Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 3.449/04 DO DISTRITO FEDERAL. PROIBIÇÃO DE COBRANÇA DE ASSINATURA BÁSICA NOS SERVIÇOS DE ÁGUA, LUZ, GÁS, TV A CABO E TELEFONIA. (...).

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). (...) 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** “ (ADI 3343, Rel. Min. Ayres Britto, j. em 01.09.2011, grifou-se).

“Ementa: 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” (ADI 4907 MC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 07.12.2013, grifou-se).

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO DA LEI DISTRITAL N. 3.596. IMPOSIÇÃO, ÀS EMPRESAS DE TELEFONIA FIXA QUE OPERAM NO DISTRITO FEDERAL, DE INSTALAÇÃO DE CONTADORES DE PULSO EM CADA PONTO DE CONSUMO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 22, IV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. A Lei distrital n. 3.596 é inconstitucional, visto que dispõe sobre matéria de competência da União, criando obrigação não prevista nos respectivos contratos de concessão do serviço público, a serem cumpridas pelas concessionárias de telefonia fixa --- artigo 22, inciso IV, da Constituição do Brasil.

2. Pedido julgado procedente para declarar inconstitucional a Lei distrital n. 3.596/05” (ADI 3533, Rel. Min. Eros Grau, j. em 02.08.2006, grifou-se).

11. O caso dos autos é em tudo análogo ao decidido por esta Corte, por unanimidade, na ADI 3.959, declarando a inconstitucionalidade da Lei nº 12.239/2006, do Estado de São Paulo, cujo teor era similar ao da lei fluminense ora em julgamento. Veja-se a ementa do respectivo acórdão:

“**Ementa:** PROCESSO LEGISLATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL QUE CRIA OBRIGAÇÕES PARA EMPRESAS PRESTADORAS DO SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES. INCONSTITUCIONALIDADE.

1. A Lei nº 12.239/2006, do Estado de São Paulo, obriga as companhias operadoras de telefonia fixa e móvel a constituírem cadastro especial de assinantes do serviço interessados no sistema de venda por meio de *telemarketing* .

2. Compete à União Federal legislar privativamente sobre o serviço de telecomunicações (CF, art. 22, IV), bem como a sua exploração (CF, art. 21, XI, CF). Exercício abusivo da competência legislativa estadual.

3. Procedência da ação direta” (ADI 3.959, de minha relatoria, j. em 20.04.2016, grifou-se).

12. Por idênticos fundamentos, revela-se inconstitucional a maior parte da lei do Estado do Rio de Janeiro impugnada na presente ação, cujas disposições interferem no conteúdo de contratos de concessão celebrados entre empresas prestadoras do serviço de telefonia e a União Federal, ao criarem deveres e obrigações não cogitados especificamente quando da formatação de tais pactos.

13. Quanto ao ponto, a jurisprudência desta Corte conta com expressivo precedente:

“EMENTA: 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” (ADI 5.098, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 12.04.2018, grifou-se).

14. No caso, é ainda relevante destacar que, lastreada nos dispositivos constitucionais já anteriormente citados e transcritos, foi editada a Lei federal nº 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações), que trata da

organização dos serviços de telecomunicações e criou a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, como órgão regulador do sistema. No exercício de sua competência institucional, esta agência editou o Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações (Resolução ANATEL nº 632/2014), cujo art. 3º, XVIII, cuida exatamente do direito do usuário ao não recebimento de publicidade sem autorização prévia e expressa:

“Art. 3º O Consumidor dos serviços abrangidos por este Regulamento tem direito, sem prejuízo do disposto na legislação aplicável e nos regulamentos específicos de cada serviço:

(...)

XVIII - ao não recebimento de mensagem de cunho publicitário em sua estação móvel, salvo consentimento prévio, livre e expresse”.

15. Evidente, portanto, a inconstitucionalidade formal da lei estadual em análise, na maior parte de suas disposições, que efetivamente se imiscuem em matéria de competência privativa da União.

16. Todavia, como bem destacado nas substanciosas manifestações da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República nestes autos, os arts. 1º-A e 1º-B da lei impugnada, ao estabelecerem o horário em que empresas podem ofertar produtos e serviços por meio telefônico (*telemarketing*) e ao vedarem a utilização de número privativo para tal desiderato, não impõem obrigações às prestadoras de serviços de telecomunicações. Na verdade, estes dispositivos se dirigem a empresas que se utilizam de tais serviços para oferecer produtos e serviços a consumidores. Portanto, o objeto dessas determinações legais não é o serviço de telecomunicações em si, mas a tutela da dignidade dos consumidores, ao coibir-se a atuação abusiva de empresas no oferecimento de produtos e serviços. Aqui, o legislador estadual atuou, sem dúvida, no âmbito da competência concorrente para legislar sobre proteção do consumidor (art. 24, V e VIII, da CF).

III. Conclusão

17. Por todo o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 4.896/2006, com as alterações promovidas pelas Leis nº 7.853/2018 e nº 7.885/2018, todas do Estado do Rio

de Janeiro, com exceção dos arts. 1º-A e 1º-B, que têm por objeto a proteção do consumidor, sem penetrar na regulação dos serviços de telecomunicações.

18. É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 25/11/20 16:39