

Excelentíssimo Senhor Doutor Ministro Luiz Fux Presidente do E. Supremo Tribunal Federal

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TELESSERVIÇOS – ABT, associação sem fins econômicos, com atuação no território nacional, inscrita no CNPJ sob o nº 58.372.095/0001-54, com sede em Brasília, Distrito Federal, na Asa Sul, no Setor de Rádio e Televisão Sul (SRTV), quadra 701, nº 280, Edifício Centro Empresarial Brasília, conjunto D, bloco B, salas 510 e 512, CEP 70340-907, **FEDERAÇÃO NACIONAL DE INSTALAÇÃO E MANUTENÇÃO DE INFRAESTRUTURA DE REDES DE TELECOMUNICAÇÕES E INFORMÁTICA – FENINFRA**, inscrita no CNPJ/ME sob o nº 25.186.390/0001-67, com sede na Rua Joaquim Floriano, nº 101, cj. 102, Itaim Bibi, São Paulo/SP, CEP 04534-010 e **FEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES E OPERADORES DE MESAS TELEFÔNICAS – FENATTEL**, inscrita no CNPJ/ME sob o nº 04.036.866/0001-03, com sede na Rua Santa Isabel, nº 160, 1º andar, conjunto 11, Centro, São Paulo/SP, CEP 01221-010,

vêm, respeitosamente, por seus advogados (**doc. 01**), à presença de V. Exa., com fundamento no artigo 102, inciso I, alínea a, da Constituição Federal, e na Lei n. 9.868/1999, propor

ACÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

para pleitear ao Supremo Tribunal Federal a declaração da inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto do item 10 e subitens, do anexo do Ato nº 10.413, de 24 de novembro de 2021, da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, doravante “Anatel”, pelos motivos de fato e de direito a seguir aduzidos.

I – Síntese do Caso

1. Com fundamento no parágrafo único do artigo 1º e no inciso IV do artigo 22, ambos da Lei nº 9.372, bem como os artigos 59 e 156 do Regimento da Anatel, aprovados pela Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013, e pelo artigo 42 da Resolução nº 709, de 27 de março de 2019, a Anatel aprovou o Procedimento Operacional para Atribuição de Recursos de Numeração, através da publicação do Ato nº 10.413, de 24 de novembro de 2021.

2. Conforme item 10 e subitens do Anexo do referido Ato nº 10.413, de 24 de novembro de 2021 (**doc. 02**), a Anatel regulamentou os requisitos para atribuição de uso de Código Não Geográfico 303, determinando o seu uso exclusivo para atividades de telemarketing, definido no item 3.21 do mesmo Anexo, como *“prática de oferta de produtos ou serviços por meio de ligações ou mensagens telefônicas, previamente gravadas ou não”*.

3. Em que pese a tentativa de garantir maior eficiência na gestão dos recursos de numeração, construir ferramenta para o consumidor na identificação das chamadas de telemarketing e abrir frente ao combate ao uso indiscriminado das redes de telecomunicações para a oferta indesejada de produtos e serviços, a Anatel, ao publicar o Ato normativo, permitindo o bloqueio de toda e qualquer chamada identificada com o referido Código Não Geográfico 303 pelos consumidores, acaba por violar frontalmente a Constituição Federal, **(i)** seja ao afetar a política de crédito nacional e o exercício da atividade empresarial, em violação ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade e, em última análise, à ordem econômica, livre iniciativa e busca do pleno emprego, infringindo o disposto no artigo 170 da Constituição Federal **(ii)** como ao extrapolar seu poder normativo, subvertendo a impossibilidade de delegações legislativas em branco à Administração Pública, violando o princípio da legalidade, bem como o princípio da separação de poderes, conforme artigos 2º, 5º, inciso II, e 37 da Constituição Federal.

4. Assim, ao **conferir abertura semântica** ao parágrafo único do artigo 1º e inciso IV do artigo 22, ambos da referida Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Anatel **(i)** justificou a publicação da Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013 e da Resolução nº 709, de 27 de março de 2019 e, conseqüentemente, **(ii)** a aprovação do Procedimento

Operacional para Atribuição de Recursos de Numeração, através da publicação do Ato nº 10.413, de 24 de novembro de 2021, **empenhando-se fortemente em justificar o suposto poder de polícia** que estaria exercendo através da publicação do Ato nº 10.413, de 24 de novembro de 2021. Contudo, tal **abertura semântica** extrapolou vigorosamente seu poder normativo, em desacordo à ordem constitucional.

5. Diante dos efeitos do Ato normativo, seja nas atividades do setor das Autoras, seja nos demais setores econômicos, não restou alternativa senão a proposição da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, para que seja declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, mediante interpretação conforme a Constituição Federal, do item 10 e subitens, do anexo do Ato nº 10.413, de 24 de novembro de 2021, conforme restará demonstrado a seguir.

II - Aspectos Processuais – Objeto e Legitimidade da Jurisdição Constitucional

II.1 – Legitimidade Ativa das Autoras e Pertinência Temática

6. De acordo com o art. 103, IX, da Constituição Federal, reproduzido pelo art. 2º, IX, da Lei nº 9.868, de 1999, as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional são legitimadas para a propositura de ações diretas desde que o objeto da ação guarde **(a)** pertinência temática com sua atividade de representação. Relativamente às associações de classe, exige-se, ademais, **(b)** que os associados se caracterizem pela homogeneidade e **(c)** que a associação não represente apenas fração da classe.

7. A Associação Brasileira de Telesserviços – ABT é entidade de classe de âmbito nacional, a qual representa as empresas prestadoras de telesserviços no Brasil. A ABT possui associados sediados em 17 estados da federação (Bahia, Goiás, Minas Gerais, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, São Paulo, Ceará, Pará, Pernambuco, Santa Catarina, Alagoas, Piauí, Sergipe, Paraíba, Rio Grande do Norte e Mato Grosso do Sul) e o Distrito Federal, congregando tão somente empresas que prestam telesserviços **(doc. 03)**, observados, portanto, os requisitos da abrangência nacional e da homogeneidade do seu quadro de associados.

8. A defesa dos interesses de seus associados, inclusive perante o Poder Judiciário, está prevista no art. 3º de seu Estatuto, segundo o qual lhe cabe “*prover a orientação jurídica especializada do setor*”; “*representar o setor perante o poder público*”; “*posicionar-se sobre a legislação relacionada ao setor de telesserviços*”.

9. Além disso, esta E. Corte tem correta e correntemente reconhecido a representatividade da **ABT** para discutir, na condição de *amicus curiae*, assuntos relativos à aplicação da legislação de telecomunicações. A intervenção da **ABT** foi admitida, por exemplo, nos autos da Reclamação no 10.132/PR, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, ajuizada para impugnar a decisão do Tribunal Superior do Trabalho que afastou a aplicabilidade do art. 94, II, da Lei nº 9.472/97 – Lei Geral de Telecomunicações:

“O interesse jurídico do terceiro interveniente, pressuposto para o ingresso no feito, fica evidente quando a decisão que vier a ser proferida entre assistido e a parte contrária puder refletir em uma relação jurídica do assistente. No caso, verifico que a Associação Brasileira (ABT) tem interesse jurídico na solução da controvérsia favoravelmente à reclamante, uma vez que representa as empresas de call center.”

10. A **FENINFRA** - Federação Nacional de Call Center, Instalação e Manutenção de Infraestrutura de Redes de Telecomunicações e de Informática, constituída em 2016, é entidade sindical patronal de grau superior sem fins lucrativos, para efeitos de representação, estudo, coordenação e defesa dos direitos e interesses econômicos coletivos ou individuais, de sindicatos que os representem o segmento, e empresas que sejam, a ele, similares ou conexas.

11. Para a realização de seus objetivos, a entidade tem como função a representação política e institucional da categoria perante o Poder Público e a Sociedade, visando tanto à realização não só dos objetivos da entidade, mas especialmente no atendimento das aspirações, demandas e expectativas dos trabalhadores, das empresas e dos sindicatos que integram a categoria econômica representada.

12. Por fim, a **FENATTEL** - Federação Nacional dos Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações e Operadores de Mesas Telefônicas é um órgão de

coordenação das ações sindicais no setor de telecomunicações no país, fundada em 1948 é uma entidade sindical de segundo grau, que coordena a ação dos sindicatos da categoria, em 15 estados e um sindicato nacional, representando hoje mais de 620 mil trabalhadores no país.

13. Em relação ao requisito da pertinência temática, é indubitavelmente observado em relação às Autoras, que congregam empresas e trabalhadores do setor de call center, telemarketing e telesserviços. O item 10 e subitens da norma objeto da presente ADI é **imposta exclusivamente às atividades de telemarketing ativo**, definido no item 3.21 do Anexo ora combatido, como prática de oferta de produtos ou serviços por meio de ligações ou mensagens telefônicas, previamente gravadas ou não.

14. De forma que o deslinde da controvérsia suscitada na presente ADI produzirá enorme impacto não só nas atividades econômicas das empresas do setor, como de todas as atividades que se utilizam da oferta de produtos e serviços por meio de ligações ou mensagens telefônicas, isto é, os clientes das empresas do setor, assim como os trabalhadores do setor. O requisito da pertinência temática, portanto, é atendido plenamente.

15. A respeito do tema, esta E. Corte reconheceu a legitimidade das associações de classe de âmbito nacional para impugnar normas que incidem não apenas sobre suas representadas, mas também sobre empresas que desempenham outras atividades econômicas.

16. No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 324, ajuizada pela Associação Brasileira do Agronegócio – ABAG, impugnou-se conjunto de decisões da Justiça do Trabalho que proibia a terceirização da “atividade fim”. Embora o problema da terceirização da atividade fim seja do interesse de múltiplos outros setores, para além do agronegócio, o STF conheceu da ação, examinado detidamente os problemas da legitimidade ativa e da pertinência temática.

17. Assim, a Corte concluiu que não se aplica à hipótese a jurisprudência do STF que não permite o conhecimento de ações diretas propostas por associações que representam apenas fração da classe. No mesmo sentido, o ato regulatório objeto desta ADI gera efeitos a quaisquer setores que utilizam da oferta de produtos e serviços por meio de ligações ou mensagens telefônicas.

18. Cabe destacar, também, que não há, nem seria natural ou desejável que houvesse, associação de classe que congregasse todos os empregadores do Brasil. Instituir tal exigência equivaleria a fechar o acesso ao STF às associações de classe para impugnar normas de aplicação geral – e não específica a uma categoria profissional ou econômica - o que estaria em frontal contradição com a própria razão de ser da legitimação dessa entidade.

19. Restam comprovadas, portanto, a legitimidade ativa das Autoras para propor a presente ADI, assim com a pertinência temática de sua representação com o deslinde da presente controvérsia.

II.2 – Dispositivos que figuram como objeto da ADI: item 10 e subitens do Anexo do Ato nº 10.413, de 24 de novembro de 2021, da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL

20. A presente ADI tem como objeto requerer a declaração da inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do item 10 e subitens, do Anexo do Ato nº 10.413, de 24 de novembro de 2021, da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, nos termos do pedido formulado ao final desta petição, cabendo a reprodução da norma:

Anexo do Ato nº 10.413, de 24 de novembro de 2021, da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL

<i>“10. DOS REQUISITOS PARA ATRIBUIÇÃO DE USO DE CÓDIGO NÃO GEOGRÁFICO 303</i>

<i>10.1. O usuário interessado, previamente à solicitação do recurso pela prestadora, deve fazer a reserva do código no nSAPN.</i>

<i>10.1.1. Mediante solicitação formal do usuário, a Prestadora poderá fazer a reserva do código em nome do usuário.</i>

<i>10.2. De posse da reserva do código, a prestadora deve solicitar a Autorização de Uso no nSAPN.</i>

10.3. O código não geográfico CNG 303 é de uso exclusivo para a atividades de telemarketing ativo, vedada a utilização pelo assinante de quaisquer outros códigos para esse fim.

10.3.1. É obrigatória a utilização da numeração específica também ao atuais telemarketing ativos, dentro do prazo regulamentar estabelecido neste ATO.

10.4. As redes de telecomunicações devem permitir, no caso das chamadas originadas pelas empresas de telemarketing ativo, a identificação clara no visor do terminal do usuário de destino o código virtual usado, no formato [0303N7N6N5N4N3N3N1].

10.5 As operadoras devem realizar o bloqueio preventivo de chamadas originadas de telemarketing ativo a pedido do usuário.

10.6. As Empresas que se utilizam de Telemarketing ativo devem fazer uso de um único Código Não Geográfico [303].

10.7. As entidades que realizam atividades de telemarketing ativo podem utilizar o CNG 0303 para receber chamadas nos termos da regulamentação.”

II.3 – Existência de controvérsia judicial relevante sobre o objeto da presente ADI

21. A Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador, a Anatel, e outros aspectos institucionais. Dentre as competências do órgão regulador encontra-se a edição de normas e atos de outorga de serviços de telecomunicações, assim como as normas sobre a prestação dos referidos serviços.

22. Contudo, conforme se demonstrará pormenorizadamente ao longo dessa inicial, ao editar Ato nº 10.413, de 24 de novembro de 2021, a Anatel extrapolou seu poder normativo, ao conferir **abertura semântica** ao parágrafo único do artigo 1º e inciso IV do artigo 22, ambos da referida Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Os dispositivos em questão dispõem:

“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.”

“Art. 22. Compete ao Conselho Diretor:

(...)

IV - editar normas sobre matérias de competência da Agência;”

23. Assim, ao interpretar inconstitucionalmente os referidos dispositivos, a Anatel acaba por obrigar (termo utilizado no item 10.3.1) a utilização de numeração específica às atividades de telemarketing ativo. Ocorre que, em caráter genérico e abstrato, a Anatel impõe restrições às **atividades telemarketing exercidas sobre empresas que não estão sob sua fiscalização**, subvertendo a impossibilidade de delegações legislativas em branco à Administração Pública, violando o princípio da legalidade, bem como o princípio da separação de poderes, conforme artigos 2º, 5º, inciso II, e 37 da Constituição Federal, conforme se demonstrará.

24. Não suficiente, além de extrapolar seu poder normativo, a solução implementada pela Anatel através do Ato nº 10.413, de 24 de novembro de 2021, que possibilita o bloqueio sumário de chamadas originadas de telemarketing ativo (item 10.5), foge dos limites da razoabilidade e, em última análise, viola a ordem econômica, livre iniciativa e busca do pleno emprego, infringindo o disposto no artigo 170 da Constituição Federal, quando disponíveis soluções que atenderiam os objetivos da agência, conforme restará demonstrado.

25. Desta forma, resta comprovada a controvérsia judicial relevante da presente ADI, visto que os dispositivos impugnados, do item 10 e subitens, do Ato nº 10.413, de 24 de novembro de 2021, operaram e têm operado mudanças significativas, seja no setor de telemarketing, composto pelos representados das Autoras, seja das demais atividades que se utilizam do telemarketing ativo para prestação de seus serviços.

26. Em primeiro lugar, a Anatel extrapolou seu poder normativo, ao impor obrigações às atividades que não estão sob sua jurisdição, subvertendo a impossibilidade

de delegações legislativas em branco à Administração Pública, violando o princípio da legalidade, bem como o princípio da separação de poderes, conforme artigos 2º, 5º, inciso II, e 37 da Constituição Federal. E, por fim, impôs bloqueio sumário de chamadas originadas de telemarketing ativo, em violação ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade e, em última análise, à ordem econômica, livre iniciativa e busca do pleno emprego, infringindo o disposto no artigo 170 da Constituição Federal.

III – Fundamentos Jurídicos – A Inconstitucionalidade Parcial, Sem Redução de Texto, do Item 10 e Subitens, do Anexo do Ato N° 10.413, de 24 De Novembro de 2021, da Anatel

III.1 – Abuso do Poder Normativo – Subversão da Impossibilidade de Delegações Legislativas em Branco à Administração Pública - Violação do Princípio da Legalidade e da Separação de Poderes - Artigos 2º, 5º, inciso II, e 37 da Constituição Federal

27. Como mencionado, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador, a Anatel, e outros aspectos institucionais. Dentre as competências do órgão regulador encontra-se **a edição de normas e atos de outorga de serviços de telecomunicações**, assim como as normas sobre a prestação dos referidos serviços.

28. Assim, as empresas de telecomunicações, além de estarem sujeitas à autorização da Anatel para exploração de seus serviços, conforme regulamentação própria, devem observar as disposições advindas de suas normas regulamentadoras para a exploração de sua atividade.

29. Sendo assim, em 16 de julho de 1997 teve início a iniciativa da Anatel para conter ligações indesejadas feitas pelos prestadores de serviços de telecomunicações, conhecido como Não Me Perturbe. Conforme informações do próprio Governo Federal, a medida foi implantada para consumidores que não desejam receber chamadas com **ofertas de serviços de telecomunicações**¹.

¹ <https://www.gov.br/anatel/pt-br/consumidor/destaques/cadastro-nacional-de-nao-me-perturbe-para-servicos-de-telecomunicacoes-esta-disponivel-a-partir-de-16-7> Acesso em 07 de abril de 2022.

30. Verifica-se, portanto, que a Anatel, através da iniciativa do Não Me Perturbe, estabeleceu a possibilidade do referido cadastro **aos serviços de telecomunicações**, isto é, dentro de suas competências, conforme a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

31. Contudo, ao editar Ato nº 10.413, de 24 de novembro de 2021, a Anatel **extrapolou seu poder normativo**, ao conferir abertura semântica ao parágrafo único do artigo 1º e inciso IV do artigo 22, ambos da referida Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Os dispositivos em questão dispõem:

“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.”

“Art. 22. Compete ao Conselho Diretor:

(...)

IV - editar normas sobre matérias de competência da Agência;”

32. Assim, ao interpretar inconstitucionalmente os referidos dispositivos, a Anatel acaba por, através do Ato nº 10.413, de 24 de novembro de 2021, especificamente o item 10 e subitens, objetos desta ADI, regulamentar a atividade de TELEMARKETING ATIVO, **fugindo em absoluto de sua competência e abusando de seu poder normativo**, obrigando a utilização da numeração específica a todos os serviços de telemarketing ativo, **não somente aqueles que ofertam serviços de telecomunicação**.

33. Desta forma, é essencial que este E. Tribunal defina a interpretação adequada dos dispositivos, visto que a Anatel, **valendo-se de uma interpretação inconstitucional dos dispositivos em questão**, considera deter poder

normativo para regulamentar a atividade de telemarketing ativo, atuando de modo incompatível com a ordem constitucional.

34. Em caso semelhante ao presente, este E. Supremo Tribunal Federal, além de colacionar lição da professora Maria Sylvia Zanella de Pietro, trouxe precedentes no mesmo sentido, ao julgar o Mandado de Segurança nº 25.838, de relatoria do saudoso Ministro Teori Zavascki. Vejamos:

*“Ora, atos administrativos normativos não podem ultrapassar os limites da lei que visam regulamentar, dispondo acerca de situações não previstas na norma primária de que retiram seu fundamento de validade, mormente em situações como a dos autos, em que o regulamento trata de matéria que a própria Constituição Federal reserva à lei em sentido formal (art. 37, X, e 128, § 5º, da CF/88). Conforme dispõe a doutrina, **“o ato normativo não pode contrariar a lei, nem criar direitos, impor obrigações, proibições, penalidades que nela não estejam previstos, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade”** (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 94).*

*No mesmo sentido, posiciona-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que é firme ao assentar a impossibilidade do exercício do poder regulamentar fora dos limites impostos pela lei em sentido formal. Nesse sentido: MS 28.033, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe de 30/10/2014; AC 1.033-AgR-*QO*, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJ de 16/6/2006; e ADI 1.075-MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJ de 24/11/2006.” (MS 25838, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 29/09/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 09-10-2015 PUBLIC 13-10-2015) – grifos nossos*

35. A esse respeito, trazemos a lição, em detalhes, da ilustre professora Maria Sylvia Zanella de Pietro², mencionada no trecho acima:

*“Além do decreto regulamentar, o poder normativo da Administração ainda se expressa por meio de **resoluções, portarias, deliberações, instruções, editadas por***

² Pietro, Maria Sylvia Zanella D. *Direito Administrativo*, 35th edição. Grupo GEN, 2022. p. 136

38. O tema foi objeto de debate neste E. Supremo Tribunal Federal também no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.668, de relatoria do Exmo. Ministro Edson Fachin⁴:

“Este Tribunal, por diversas oportunidades, já assentou a compatibilidade entre o poder normativo conferido às agências reguladoras, e os ditames constitucionais, em especial o princípio da legalidade.

(...)

Nesse sentido, compreende Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao examinar a função normativa das agências reguladoras:

“As normas que podem estabelecer têm que produzir efeitos internos apenas, dirigidos à própria agência, ou podem dizer respeito às regras que se contêm no edital de licitações, sempre baseadas em leis e regulamentos prévios, como também podem ter a natureza de atos normativos de efeitos concretos ou apenas explicitar ou interpretar conceitos jurídicos indeterminados contidos em lei (especialmente os conceitos técnicos). Parcerias na Administração Pública, 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pp. 251-253

(...)

O que as agências não podem fazer, porque falta o indispensável fundamento constitucional, é baixar regras de conduta, unilateralmente, inovando na ordem jurídica, afetando direitos individuais, substituindo-se ao legislador. Esse óbice constitui-se no mínimo indispensável para preservar o princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica. Principalmente, não podem as agências baixar normas que afetem os direitos individuais, impondo deveres, obrigações, penalidade ou mesmo outorgando benefícios, sem previsão em lei” (idem, pp. 251-253).

(...)

As agências reguladoras estão submetidas, como entes administrativos, ao princípio da legalidade (art. 5º, II, CF), o que exige a necessidade de estrita observância das diretrizes e dos limites previstos na lei como condição de legitimidade dos atos normativos praticados no exercício da função reguladora.

⁴ ADI 1668, Relator: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/2021

Portanto, o poder normativo exercido pelas agências reguladoras vê os seus limites materiais condicionados aos parâmetros fixados pelo legislador.” – grifos
NOSSOS

39. Assim, em última instância, a edição do referido Ato, em contraposição ao disposto em legislação federal, aprovada pelo Congresso Nacional, após tramitação em processo legislativo próprio, **ofende ao princípio da separação dos poderes**, protegido constitucionalmente através do artigo 2º da Carta Magna⁵.

40. Neste sentido é o entendimento do ilustre José Afonso da Silva, aplicado pelo Exmo. Ministro deste E. Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio, no julgamento do Recurso Especial nº 902.261/SP⁶:

“Percebam a premissa básica: as regras fixadas na Constituição Federal devem ser, até que modificadas pelo poder competente, observadas. A Lei Maior estabelece a impossibilidade de o Estado criar obrigações ou restringir direitos dos administrados senão em virtude de lei. De acordo com o ensinamento de José Afonso da Silva, para realização plena do princípio da legalidade, o texto constitucional refere-se, em rigor técnico, à lei formal, isto é, a ato legislativo emanado dos órgãos de representação popular e elaborado em conformidade com o processo legislativo descrito na Constituição (SILVA, J. A. Curso de Direito Constitucional Positivo, 39ª edição, 2015, Malheiros, página 424) – grifos nossos

41. Assim, é possível entender que este E. Supremo Tribunal Federal, nos julgados expostos, ao aplicar o entendimento doutrinário uníssono, entende o poder normativo das agências reguladoras como uma extensão ao conteúdo disposto nas leis, em sentido formal, que regulamentam suas atividades, visto que a lei, **em sentido formal**, é de atividade constitucionalmente atribuída ao legislador, responsável por traduzir a vontade da sociedade, que elege os membros do Congresso Nacional.

⁵ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁶ RE 902.261, Relator: Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 22/09/2020

42. Pede-se vênia para evidenciar o juízo expresso no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.874⁷, que reproduziu o voto da Exma. Ministra Rosa Weber, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.093⁸, colacionando diversos ensinamentos doutrinários, detalhando o campo de normatização das agências reguladoras, *verbis*:

“Noutro giro, acrescento que às agências reguladoras não compete legislar, e sim promover a normatização dos setores cuja regulação lhes foi legalmente incumbida. Poder normativo não é poder legislativo. A abertura ou indeterminação dos conceitos empregados nos textos normativos não pode ser interpretada como atribuição ilimitada de competências discricionárias, sob pena de elevar o agente regulador à condição de superego da sociedade.

O campo no qual o agente regulador atua com liberdade tem suas margens definidas pelos conteúdos que podem ser inequivocamente extraídos, senão da letra da lei, pelo menos do propósito claro e manifesto do legislador. Para ser legítima, a atuação normativa do agente regulador deve ser capaz de ser justificada como a integração de uma evidente escolha legislativa. Em outras palavras, a orientação seguida pelo Administrador deve necessariamente traduzir uma escolha previamente realizada pelo Legislador, que lhe confere autoridade, e não uma interpretação possível, entre tantas outras, de conceitos jurídicos indeterminados.

Isso em absoluto significa reduzir a regulação setorial ao preenchimento de lacunas e muito menos à execução mecânica da lei. Dotada de inquestionáveis relevância e responsabilidade, a função regulatória só é dignificada pelo reconhecimento de que não é inferior nem exterior à legislação. Exercida em um espaço que se revela qualitativamente diferente daquele em que exercida a competência legiferante, a competência regulatória é, no entanto, conformada pela ordem constitucional e legal vigente.

O poder normativo atribuído às agências reguladoras pelas respectivas leis instituidoras consiste em instrumento para que dele lance mão o agente regulador de um determinado setor econômico ou social na implementação das diretrizes,

⁷ ADI 4874, Relatora: Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/2018

⁸ ADI 4093, Relatora: Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 24/09/2014

*finalidades, objetivos e princípios expressos na Constituição e na legislação setorial. No domínio da regulação setorial, a edição de ato normativo geral e abstrato (poder normativo) destina-se à especificação de direitos e obrigações dos particulares. Não permite a Constituição, no entanto, lhes seja emprestada força legislativa suficiente para criá-los ou extingui-los. O poder normativo atribuído às agências reguladoras vocaciona-se a 'traduzir, por critérios técnicos, os comandos previstos na Carta Magna e na legislação infraconstitucional acerca do subsistema regulado'*²

*A norma regulatória deve se compatibilizar com a ordem legal, integrar a espécie normativa primária, adaptando e especificando o seu conteúdo, e não substituí-la ao inovar na criação de direitos e obrigações. Seu domínio próprio é o do preenchimento dos espaços normativos deixados em aberto pela legislação, e não o da criação de novos espaços. Hierarquicamente subordinado à lei, o poder normativo atribuído às agências reguladoras não lhes faculta inovar ab ovo na ordem jurídica, mormente para 'impor restrições à liberdade, igualdade e propriedade ou determinar alteração do estado das pessoas'*³.

Vale ressaltar, ainda, que, sendo uma das justificativas centrais para a emergência da regulação setorial por agências independentes o elevado grau de segurança jurídica exigido pela complexidade das relações sociais no mundo contemporâneo, admitir alto grau de discricionariedade do agente regulador ou baixa vinculação da regulação aos limites impostos pela lei contraria a sua própria finalidade institucional, passando, as agências reguladoras, de agentes estabilizadores a fatores de instabilidade jurídica.

*Somente ao legislador é dado, no Estado democrático de direito, limitar o âmbito de eficácia das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, de modo a conformá-las com os demais postulados constitucionais e, ainda assim, desde que preservado o seu núcleo essencial*⁴. Das linhas gerais do mandato genérico conferido pelo legislador a um órgão regulador para normatizar, fiscalizar e controlar a oferta de um determinado produto, não é lícito deduzir uma atribuição implícita de poderes para atuar de modo a limitar sobremaneira o direito fundamental da livre iniciativa.

No cumprimento do seu dever de implementação das políticas públicas do Estado, não raro o Administrador intervém ativamente na sociedade, e não sem exercer

certa dose de criatividade. E, de fato, constitui um traço familiar das democracias modernas a delegação de poderes legislativos limitados ao Poder Executivo⁵. Nada disso, no entanto, o transforma em legislador. O caráter criativo da interpretação do direito, quer seja efetuada pela Administração, quer pelo Poder Judiciário, encontra limites intransponíveis na necessidade de manutenção da estrutura de separação de poderes e do princípio do rule of law, instituições ínsitas ao regime democrático⁶. A decisão da Agência reguladora deve ser determinada – e legitimada – por um direito a ela preexistente.” – grifos nossos

43. Assim, não se pretende tolher a autonomia da Anatel no exercício de seu poder normativo, mas que este **seja exercido dentro dos parâmetros constitucionalmente estabelecidos**, isto é, de acordo com o previamente aprovado pelo legislador ao editar a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que estabelece o campo de atuação da Anatel que, absolutamente, **não abrange as atividades de telemarketing quando não executadas no bojo de atividades econômicas reguladas pela Anatel, ou seja, quando não executadas por empresas prestadoras de serviços de telecomunicação.**

44. A necessidade das agências reguladoras, que estabelecem regras em setores específicos, não significa que se tenha suprimido da Constituição a premissa segundo a qual a delegação de atribuições normativas tem limites na Constituição.

45. Reforça a violação à separação de poderes por parte da Anatel ao publicar o referido Ato, o fato de que o próprio Congresso Nacional tem se debruçado na normatização da matéria. Colacionamos, a título de exemplo, o texto do Projeto de Lei nº 3.221/2021 (**doc. 04**), que objetiva alterar o Código de Defesa do Consumidor para vedar ligações telefônicas excessivas, acrescentando o artigo 42-B ao CDC, com a finalidade de harmonizar regras de proteção ao consumidor.

46. Cabe destacar, ainda, que a competência normativa das agências reguladoras devem estar atreladas a um contexto de exercício de funções executivas, não devendo ser admitida cláusula aberta que transforme as autoridades reguladoras em autênticos legisladores, tomando a função do Congresso Nacional. **Por se tratar de restrição**

extremamente grave à liberdade de iniciativa, uma determinação geral e abstrata só pode ser veiculada por lei em sentido formal.

47. Desta forma, é inquestionável que, ao conferir abertura semântica ao parágrafo único do artigo 1º e inciso IV do artigo 22, ambos da referida Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Anatel aplica interpretação inconstitucional, no sentido de admitir a criação de competências regulamentares aptas a inovar na ordem jurídica e vedar atividade que só poderiam ser vedadas por meio de lei em sentido formal.

48. Apenas a lei pode estabelecer vedações com abstração e generalidade, só fazendo sentido que o administrador proíba quando a lei for descumprida. Assim, extrapola-se a normatização da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e a Anatel, assumindo papel de legislador, subverte a impossibilidade de delegações legislativas em branco à Administração Pública, violando o princípio da legalidade, bem como o princípio da separação de poderes, conforme artigos 2º, 5º, inciso II, e 37 da Constituição Federal.

III.2 - Interpretação conforme a Constituição Federal do parágrafo único do artigo 1º e inciso IV do artigo 22, ambos da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 – Ausência de Lastro em uma Interpretação da Lei Razoável e Compatível com a Constituição no Exercício do Poder pela Agência Reguladora (item 10 e subitens do Anexo do Ato nº 10.413, de 24 de novembro de 2021 da Anatel)

49. Pelo exposto, se mostra necessário que este E. Supremo Tribunal Federal delimite o âmbito de atuação legítima da Anatel, através da interpretação conforme a Constituição Federal, ajustando a generalidade da interpretação do parágrafo único do artigo 1º e inciso IV do artigo 22, ambos da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que sob a perspectiva da Anatel conferiria a autorização para a edição do item 10 e subitens do Ato nº 10.413, de 24 de novembro de 2021, em especial a interpretação do alcance da competência regulamentar sobre “*o uso dos serviços*” de telecomunicação, conforme texto do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997:

*“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.” (grifos nossos)*

50. O poder delegado à Anatel, para que seja consoante a Constituição Federal, apenas pode ser lido como autorização para que a agência regulamente **a atividade dos setores restritos à sua normatização**. Contudo, a abertura semântica do parágrafo único do artigo 1º e inciso IV do artigo 22, ambos da referida Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, conferida pela Anatel dá margem ao entendimento de que a agência tem competência para editar normas em caráter primário, genérico e abstrato, vedando atividade que só poderia ser vedada por lei em sentido formal. É justamente essa leitura que se revela inconstitucional, em especial a leitura de que seria possível a Anatel restringir a forma de oferta de produtos e serviços por todos os setores da economia, e não somente por aqueles que exploram serviços de telecomunicações.

51. Em oportunidade anterior, este E. Supremo Tribunal Federal delimitou a possibilidade do exame de constitucionalidade de ato normativo editado por agência reguladora com base em interpretação do diploma legislativo definidor das suas próprias competências e atribuições ⁹:

*“Não é demais ressaltar que, em face de ato normativo editado por agência reguladora com base em exegese do diploma legislativo definidor das suas próprias competências e atribuições, a tônica do exame de constitucionalidade deve ser a **deferência da jurisdição constitucional à interpretação empreendida pelo ente administrativo.**”*

A doutrina da deferência administrativa, conhecida como Chevron deference porque sistematizada pela Suprema Corte dos EUA no julgamento do caso Chevron

⁹ ADI 4874, Relatora: Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/2018

U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., de 1984, orienta que, uma vez claramente definidos, na lei de regência, as políticas a serem perseguidas, os objetivos a serem implementados e os objetos específicos de tutela, ainda que ausente pronunciamento direto, preciso e não ambíguo do legislador sobre as medidas específicas a adotar, não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional da exegese conferida por uma Agência ao seu próprio estatuto legal, simplesmente substituí-la pela sua própria interpretação da lei. Sendo a lei ambígua com relação à questão específica, a questão a ser decidida pela Corte é se, ao acomodar interesses contrapostos, a solução a que chegou a agência foi devidamente fundamentada e se tem lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição. Esse é o ponto.” (grifos nossos)

52. Nos termos da decisão acima, a doutrina da deferência administrativa corrobora a conclusão de que no caso de atividades econômicas não reguladas pela Anatel, como no caso muitos outros setores regulados federal, como no setor de seguros, de instituições financeiras, não caberia a Anatel, mas sim ao BACEN, SUSEP, CVM, ANEEL, ANAC, entre outros órgãos, a citada deferência administrativa, no que se refere a regulação da oferta de produtos e serviços.

53. Já em setores não regulados, como o varejo, jornais e diversos seguimentos de pequenos negócios, caberia identificar se caberia à Anatel regular a forma como estes setores oferta produtos e serviços, ainda que por meio telefônico.

54. Os impactos sobre todos estes setores não regulados pela Anatel na restrição da oferta de produtos e serviços por telefone não podem ser mensurados pela agência, assim como **não há formas de a agência avaliar a adequação ou não da restrição da atividade de telemarketing na competição destes setores.** Para muitos destes setores, a concorrência através da oferta por telefone tem um **papel central na formação de preços módicos** ao consumidor. Neste ponto cabe destacar inserções na mídia especializada que apontam impactos sobre emprego, sobre pequenos negócios e sobre o próprio consumidor menos abastado (vide por exemplo a reportagem disponível na internet, acesso em 10/05/2022: <https://www.terra.com.br/noticias/tecnologia/prefixo-0303-para-telemarketing-pode-gerar-seria-crise-alerta->

[entidade,847c1eabf5bb6d766c57cbd71f1f2c42svh0ihkg.html?msclkid=2c4bbc22d0b711ecb a08fe79646861d5](https://entidade.847c1eabf5bb6d766c57cbd71f1f2c42svh0ihkg.html?msclkid=2c4bbc22d0b711ecb a08fe79646861d5) (doc. 05).

55. O que parece claro é que diante da generalidade e abstração da normatização promovida no item 10 e subitens do Ato nº 10.413, de 24 de novembro de 2021, é necessário que esta E. Corte decida se a solução a que chegou a Anatel foi devidamente fundamentada e se tem lastro e razoabilidade a interpretação dada ao parágrafo único do artigo 1º e inciso IV do artigo 22, ambos da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e se esta interpretação é compatível com a Constituição Federal. A conclusão das Autoras é de que referida norma da Anatel **não é compatível com a Constituição Federal**, merecendo a apreciação desta Egrégia Corte para reconhecer a inconstitucionalidade desta norma, ao menos no que se refere ao telemarketing ativo promovido por empresas que não sejam prestadoras de serviços de telecomunicação.

III.3 - Violação dos Princípios da Razoabilidade, Proporcionalidade, Ordem Econômica, Livre Iniciativa e Busca do Pleno Emprego

III.3.a - Violação dos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade

56. Comprovadas as violações ao **princípio da legalidade e separação de poderes**, previsto nos artigos 2º, 5º, inciso II, e 37 da Constituição Federal, resta demonstrar como o Ato nº 10.413, de 24 de novembro de 2021, especialmente item 10 e subitens, violam **os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, ordem econômica, livre iniciativa e busca do pleno emprego**, infringindo o disposto no artigo 170 da Constituição Federal.

57. O parâmetro da razoabilidade foi pioneiramente desenvolvido pela jurisprudência constitucional norte-americana no caso *West Coast Hotel Co. vs. Parrish*. De acordo com esse precedente, para determinar se a legislação é razoável, é necessário verificar se persegue um interesse estatal legítimo e se propõe uma solução capaz de satisfazê-lo. A lei, ao atender a esses requisitos, não pode ser considerada arbitrária ou caprichosa, e não deve ser declarada inconstitucional: *“Liberty under the Constitution is thus necessarily*

subject to the restraints of due process, and regulation which is reasonable in relation to its subject and is adopted in the interests of the community is due process.”¹⁰.

58. Em conjunto com o princípio da proporcionalidade, em que pese não expressos literalmente na Constituição Federal, operam como critério de interpretação inseparável da Constituição e de aplicação obrigatória pelo administrador, sendo absolutamente essenciais à consecução do devido processo legal, este sim expressamente previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal. O respeito aos referidos princípios exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e os princípios e garantias constitucionais, assim como a escolha de meios adequados, necessários e proporcionais para aplicação da medida.

59. Como amplamente noticiado pela Anatel, o objetivo do referido Ato é construir ferramenta para o consumidor na identificação das chamadas de telemarketing e abrir frente ao combate ao uso indiscriminado para a oferta indesejada de produtos e serviços, mapeando os números telefônicos que pertencem a empresas legítimas, e que seguem as regras, das empresas “piratas” que atuam no país¹¹.

60. Contudo, como mencionado, a Anatel, através do Ato nº 10.413, de 24 de novembro de 2021, especialmente item 10 e subitens acabou por **autorizar o bloqueio sumário de chamadas originadas de telemarketing ativo**, adotando medida que foge da razoabilidade e proporcionalidade.

61. Para, efetivamente, adotar meio adequado, necessário e proporcional, **há outras medidas disponíveis** que possibilitam a identificação de empresas

¹⁰ O parâmetro foi aperfeiçoado em *United States vs. Carolene Products Co.* A Suprema Corte distinguiu dois *standards* para se aferir a constitucionalidade das leis: o *standard* mais rigoroso, conhecido como “escrutínio estrito” (*strict scrutiny*), aplicável para se examinar a constitucionalidade de normas que restringem liberdades pessoais, e o teste de racionalidade (*rationality test*), empregado para se verificar a constitucionalidade de medidas que limitam direitos de natureza não pessoal, como é o caso das liberdades econômicas. As teorias criadas pela Suprema Corte americana no período que procedeu ao *New Deal* foram amplamente debatidas e refinadas também pela doutrina. Em sua mais famosa acepção, o conteúdo da nota de rodapé número 4 em *Carolene Products* serviu de inspiração para o desenvolvimento da teoria de John Hart Ely acerca do controle de constitucionalidade. O autor sustenta que as leis que restringem direitos relacionados à participação política deveriam ser submetidos a um escrutínio estrito por parte da Corte. Nos demais temas, a postura de auto restrição judicial seria absolutamente fundamental para a preservação do equilíbrio democrático. Cf.: ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, pp. 75 e ss.

¹¹ <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2022/04/07/por-que-voce-ainda-recebe-ligacoes-de-telemarketing-sem-0303.htm> Acesso em 11 de abril de 2022;

que adotem práticas irregulares. Exemplo disso é a ferramenta STIR/SHAKEN, utilizada nos Estados Unidos da América desde 2021, que rastreia as ligações recebidas, verificando a legitimidade da origem da chamada e investigando se não se trata de programa de computador utilizado para mascarar a identidade de quem efetua a ligação.

62. Conforme informações da imprensa especializada, a estrutura “consiste em dois componentes de alto nível: um processo técnico de autenticação e verificação das informações de identificação de chamadas; e um processo de governança de certificado que mantém a confiança nas informações de autenticação de identificador de chamada na terminação do tráfego”¹².

63. Foi noticiado também a efetividade de utilização da ferramenta nos Estados Unidos da América¹³:

“Na segunda metade de 2021 e no início de 2022, após a implantação dos regulamentos Stir/Shaken (processo técnico de autenticação e verificação das informações de identificação de chamadas), as robocalls permaneceram aproximadamente na faixa de 4 bilhões de chamadas/mês, que é onde estavam em meados de 2018, e diminuíram materialmente em relação ao quase 5 bilhões que ocorreram há cerca de um ano, em março de 2021.

‘Estamos satisfeitos em ver que a combinação de maior fiscalização, implantação de Stir/Shaken e maior uso do consumidor de aplicativos e serviços de bloqueio de robocall estão contribuindo para que as robocalls estejam agora muito abaixo do pico do final de 2019’, disse Alex Quilici, CEO do YouMail. “Robocalls ainda são um grande problema, mas está claro que o progresso está sendo feito para reduzir os volumes de robocall.’

Esses números mais recentes são fornecidos pelo YouMail, um aplicativo de bloqueio de robocall totalmente gratuito e serviço de proteção de chamadas para telefones celulares. Esses números são determinados pela extrapolação do tráfego de robocall tentando chegar aos milhões de usuários ativos do YouMail.”

¹² <https://www.telesintese.com.br/anatel-debate-tecnologia-que-vasculha-origem-da-chamada/> Acesso em 11 de abril de 2022;

¹³ <https://tiinside.com.br/08/03/2022/consumidores-dos-eua-receberam-quase-38-bilhoes-de-chamadas-por-robos-em-fevereiro/> Acesso em 11 de abril de 2022;

64. Conforme se extrai do que foi destacado acima, há outros meios de coibir abusos no uso dos serviços de telecomunicação e que tem soluções mais eficiente e amplas. A prova dessa afirmação é que a própria Anatel realizou, no dia 07 de abril de 2022, isto é, em momento próximo à edição do Ato nº 10.413, de 24 de novembro de 2021, evento buscando difundir a ferramenta STIR/SHAKEN e subsidiar eventual adoção da tecnologia. Através da utilização da ferramenta STIR/SHAKEN não haveria necessidade de utilização do Código Não Geográfico 0303 para coibir abusos na abordagem de cidadãos, já que seria facilmente identificável por órgãos de proteção do consumidor os abusos nas abordagens incessantes de cidadãos. As abordagens excessivas de cidadãos só são realizadas pois ainda é possível no Brasil que a empresa com prática abusiva se esconda por meio da possibilidade de não ter sua ligação identificada e rastreada até sua fonte. A ferramenta STIR/SHAKEN coibi este “anonimato” e ao mesmo tempo permite o bloqueio do consumidor por ferramentas diversas, geradas por fabricantes de aparelhos e sistemas de celulares ou de aparelhos fixos.

65. É nítido, portanto, que **há disponibilidade de soluções mais razoáveis** para, ao menos, atenuar situações incômodas aos usuários, e que **a Anatel detém conhecimento a respeito da eficácia da ferramenta**, visto que realizou seminário a respeito do tema, de forma que a medida adotada. Neste contexto, o Ato nº 10.413, de 24 de novembro de 2021, que autoriza o bloqueio sumário de chamadas de telemarketing ativo, é medida desproporcional ao objetivo de identificação e verificação da legitimidade da origem da chamada, em inconteste violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

66. Além disso, parece ofender ainda de forma mais grave os princípios da razoabilidade de proporcionalidade, a **restrição da oferta de produtos e serviços para usuários do serviço de telefonia que já possuem relação de consumo com as empresas que exercem o telemarketing ativo ou que tenham consentido com a oferta de produtos e serviços**.

67. No julgamento da emblemática Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.874¹⁴ foi proferido julgamento a respeito da proibição da adição de aroma e sabor em cigarros, por parte da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

¹⁴ ADI 4874, Relatora: Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/2018

Em seu voto, o Exmo. Ministro Luiz Fux destaca, em tópico apartado, o que considera como os **limites do poder normativo das agências reguladoras**, *verbis*:

“Ocorre que, como defendi anteriormente, a atuação da agência regulatória deve circunscrever-se às diretrizes erigidas pela Lei que a criou.

(...)

A contenção de poder é um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Assim como as agências reguladoras atuam como um poder externo, que fiscaliza, ordena e pune os administrados que se lhes subordinam, as próprias autarquias devem estar sujeitas a limites e balizas. Não se trata de podar os seus poderes, mas de lhes dar contorno.

Tal definição contribui, inclusive, para a otimização das capacidades institucionais da agência.

Sob a perspectiva do cidadão sobre o qual recai a regulação, a delimitação da competência normativa da agência permite o controle dos excessos regulatórios, com a subsequente invalidação do ato e eventual responsabilização civil da agência.

(...)

Assim como não se pode admitir que, no silêncio da lei, a agência pode tudo, a delimitação dos contornos da lei deve impedir que, no exercício de seu poder ordenador, a agência viole princípios e regras constitucionais. Nessa hipótese, à toda a evidência, o excesso perpetrado pelo regulador será inconstitucional.”

68. Em seguida, o Exmo. Ministro Luiz Fux relata as etapas que levaram à sua conclusão pela desproporcionalidade do ato regulamentador da ANVISA, visto que restringiam a viabilidade e livre iniciativa de uma atividade econômica lícita e que os custos dificilmente poderiam ser suportados pela empresa ou repassados aos consumidores:

“Na primeira etapa do exame de proporcionalidade, a análise de adequação investiga a aptidão da medida estatal para atingir a finalidade constitucional almejada. Trata-se, aqui, de um cotejo entre meio e fim, a exigir que o meio selecionado seja empiricamente idôneo à promoção do fim perseguido.”

69. Assim, no entendimento do Exmo. Ministro Luiz Fux, analisa-se a aptidão da medida adotada na regulamentação estatal para atingir a finalidade almejada, verificando se o meio selecionado é empiricamente idôneo ao fim perseguido. Na ADI 4.874 o STF não formou placar que reconhecesse a incompatibilidade da norma da Anvisa em face da Constituição. Mas o caso presente é muito mais grave, já que se trata de ato de agência reguladora que regula as atividades de oferta de todas as atividades econômicas do país.

70. Analisando o caso concreto, como mencionado, o propósito do Ato nº 10.413, de 24 de novembro de 2021, pela Anatel, é impedir a atuação de empresas de telemarketing irregulares que importunam os consumidores com ligações recorrentes. Ocorre que **o bloqueio sumário das ligações apenas afetará as empresas regularmente estabelecidas que, obrigatoriamente, adotarão o Código Não Geográfico 0303**, ao passo que as empresas irregulares continuarão a exercer suas atividades e importunar os consumidores, visto que não adotarão o Código Não Geográfico 0303 ou não utilizará o referido código, e, por consequência, não terão suas chamadas bloqueadas.

71. Assim, verifica-se da análise desta primeira etapa, que **a medida adotada pela Anatel**, qual seja, o bloqueio sumário de ligações de telemarketing ativo, através da edição do Ato nº 10.413, de 24 de novembro de 2021, especialmente através do item 10 e subitens, **não está apta a atingir a finalidade pretendida** e, de um cotejo entre meio e fim, **o meio selecionado não se mostra empiricamente apropriado à promoção do fim perseguido**.

72. Nesta ação restou demonstrada a **existência de ferramenta tecnológica cuja utilização é muito menos onerosa à livre iniciativa e ainda mais hábil a alcançar o propósito almejado**. Através da utilização da ferramenta STIR/SHAKEN, não haveria necessidade de utilização do Código Não Geográfico 0303 para coibir abusos na abordagem de cidadãos, já que seria facilmente identificável por órgãos de proteção do consumidor os abusos nas abordagens incessantes de cidadãos. As abordagens excessivas de cidadãos só são realizadas pois ainda é possível no Brasil que a empresa com prática abusiva se esconda por meio da possibilidade de não ter sua ligação identificada e rastreada até sua fonte. A adoção do 303 nos termos do Ato nº 10.413, de 24 de novembro de 2021 não resolve esse problema do anonimato. O Ato nº 10.413, de 24 de novembro de 2021 é uma regra para

empresas cumpridoras da legislação e com boas práticas de conformidade. Mas o abuso não é cometido por estas empresas.

73. Sendo assim, verifica-se **a desproporcionalidade e adequação da medida**, qual seja, o bloqueio sumário de ligações de telemarketing ativo, através da edição do Ato nº 10.413, de 24 de novembro de 2021, especialmente através do item 10 e subitens, em razão de **haver meios menos onerosos à livre iniciativa**.

III.3.b - Violação dos Princípios da Ordem Econômica, Livre Iniciativa e Busca do Pleno Emprego

74. Não suficiente a violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, demonstrada acima, cabe destacar, neste momento, que o setor de atendimento ao cliente é um dos maiores empregadores formais do país – sendo aproximadamente 1,4 milhão de trabalhadores. Uma ideia mais clara sobre a sua importância para o mercado de trabalho brasileiro pode ser constatada a partir da observação dos **dados do CAGED que atestam as mais de 650 mil contratações entre os meses de janeiro/2020 e dezembro/2021 – o que representou a criação de mais de 46 mil novas posições de trabalho**.

75. Para muito além de representar um verdadeiro vetor de oportunidades, **o setor é ulteriormente inclusivo**. Basta destacar que, em sua grande maioria, encontramos mulheres (70%), jovens entre 18 e 29 anos (60%), trabalhadores em primeiro emprego (variando até 60% em algumas regiões) e pretos e pardos (cerca de 70%). Ou seja, o perfil médio dos trabalhadores é ulteriormente jovem e que encontra no setor de teleatendimento uma forma de ingresso no mercado de trabalho.

76. De forma que o bloqueio sumário de ligações de telemarketing ativo, através da edição do Ato nº 10.413, de 24 de novembro de 2021, especialmente através do item 10 e subitens, além de **violar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, afeta sobremaneira a ordem econômica**, garantida pela Constituição Federal, através do

artigo 170¹⁵, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e objetivando assegurar a busca do pleno emprego.

77. Além disso, não se pode admitir que restrição tão intensa à liberdade de iniciativa, decorra de regulamentos e da vontade do administrador. A insegurança jurídica gerada é ilegítima e fora dos limites constitucionais.

78. É por isso que a alteração brusca do estado de coisas, com a vedação genérica e abstrata da realização de ligações de telemarketing ativo, ainda que possível, deve estar condicionada ao mais amplo debate no Poder Legislativo e à observância do rito próprio. Mesmo nos casos de urgência, a medida provisória é a única via capaz de respeitar o princípio da segurança jurídica, considerando-se que a eventual proibição normativa sumária ditada pelo Chefe do Poder Executivo passará pelo crivo do legislador.

79. Assim, o bloqueio sumário de ligações de telemarketing ativo, determinado pelo Ato nº 10.413, de 24 de novembro de 2021, especialmente através do item 10 e subitens, **inviabiliza a proteção constitucional da livre iniciativa**, visto que, além de impedir o exercício de atividade empresarial de diversos setores da economia, proporciona significativas vantagens às empresas irregulares que continuarão a exercer suas atividades e importunar os consumidores, ao passo que as empresas regularmente estabelecidas que, obrigatoriamente, adotarão o Código Não Geográfico 0303, terão suas chamadas bloqueadas. Não suficiente, a iniciativa acaba por minar a busca do pleno emprego, visto que representará **forte retração da empregabilidade de um dos setores que mais emprega no país**, aumentando significativamente a taxa de desemprego que já é alarmante.

III.3.c – Conclusões

80. Restou demonstrada, portanto, a **violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade**, visto que a medida adotada pela Anatel, qual seja, o **bloqueio sumário das ligações de telemarketing ativo**, promovida pelo Ato nº 10.413, de

¹⁵ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV - livre concorrência; (...) VIII - busca do pleno emprego;

24 de novembro de 2021 não atinge a finalidade pretendida, qual seja, impedir a atuação de empresas irregulares ou com más práticas que importunam os consumidores.

81. Além disso, restou comprovado que **existem meios alternativos e ainda mais eficazes**, como a ferramenta STIR/SHAKEN e, por fim, que **não há proporcionalidade da medida com os bens jurídicos em jogo**. E apenas se cogitaria a verificação da existência de razoabilidade e proporcionalidade se a vedação se desse **somente** em relação à oferta por telefone de produtos e serviços **por empresas prestadoras de serviços de telecomunicação**, visto que dentro das competências da agência reguladora (Anatel). Ainda mais, cabe destacar a desproporcionalidade em **exigir o uso do número 3030, sujeito ao bloqueio genérico**, diante da **existência de relação de consumo** com o usuário do serviço de telefonia ou que se este tenha autorizado o contato para oferta de produtos e serviços.

IV – Síntese das Violações e Conclusão

82. Restou demonstrada a violação:

(a) do **princípio da legalidade**, previsto nos artigo 5º, inciso II, e 37 da Constituição Federal, bem como do **princípio da separação de poderes**, conforme artigo 2º da Constituição Federal, e a subversão da impossibilidade de delegações legislativas em branco à Administração Pública, visto que o Ato nº 10.413, de 24 de novembro de 2021, especialmente item 10 e subitens, extrapola a normatização da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador, a Anatel, que acaba assumindo papel de legislador, diante da inexistência de lei em sentido formal que atribua à Anatel a competência de impor obrigações, proibições e penalidades às atividades de telemarketing quando não exercidas por empresas prestadoras de serviços de telecomunicações, ou seja, em atividades econômicas não reguladas pela Anatel;

(b) do **princípio da razoabilidade e proporcionalidade**, visto que a medida adotada pela Anatel, qual seja, o **bloqueio sumário das ligações de telemarketing ativo**, promovida pelo Ato nº 10.413, de 24 de novembro de 2021 não atinge a finalidade pretendida, além de **existirem meios alternativos e ainda mais eficazes**, como a

ferramenta STIR/SHAKEN e, por fim, que **não havendo proporcionalidade da medida com os bens jurídicos em jogo;**

(c) e violação à ordem econômica, livre iniciativa e busca do pleno emprego, infringindo o disposto no artigo 170 da Constituição Federal, visto que a medida proporciona significativas vantagens às empresas irregulares que continuarão a exercer suas atividades e importunar os consumidores, além de colocar em risco os postos de trabalho de um dos setores que mais emprega no país.

V – Dos Pedidos

83. Por todo exposto, é a presente para requerer que:

- (i)** seja declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do item 10 e subitens, do Anexo do Ato nº 10.413, de 24 de novembro de 2021, da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL e para que esta E. Corte, mediante interpretação conforme a Constituição Federal da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, em especial do parágrafo único do artigo 1º e inciso IV do artigo 22, para fixar a interpretação no sentido de que a restrição do uso e fruição prevista item 10 e subitens, do Anexo do Ato nº 10.413, de 24 de novembro de 2021, da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL seja restrita à oferta por telefone de produtos e serviços por empresas prestadoras de serviços de telecomunicação, ou seja, empresas com atividades reguladas pela Anatel; e
- (ii)** seja declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do item 10 e subitens, do anexo do Ato nº 10.413, de 24 de novembro de 2021, da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, para a oferta de produtos e serviços para pessoa com a qual ofertante já tem relação contratual ou tenha obtido a autorização de contato para oferta, diante das violações descritas no item IV.

84. Por fim, requer que todas as publicações sejam realizadas em nome do advogado Claudio Marcio Tartarini, OAB/DF nº 59.781, sob pena de nulidade.

Termos em que,
Pede deferimento.

Brasília, 13 de maio de 2022.

Cláudio Márcio Tartarini
OAB/DF nº 59.781

Fernanda Campos Zivtsac
OAB/SP 403.141