

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.166 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
REQTE.(S) : ABNT - ASSOCIACAO BRASILEIRA DE
TELESSERVICOS
REQTE.(S) : FEDERACAO NACIONAL DE INSTALACAO E
MANUTENCAO DE INFRAESTRUTURA DE REDES
DE TELECOMUNICACOES E INFORMATICA -
FENINFRA
REQTE.(S) : FEDERACAO NACIONAL DOS TRABALHADORES
EM EMPRESAS DE TELECOMU
ADV.(A/S) : CLAUDIO MARCIO TARTARINI
INTDO.(A/S) : SUPERINTENDENTE DE OUTORGA E RECURSOS À
PRESTAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE
TELECOMUNICAÇÕES
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL

DECISÃO: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação Brasileira de Telesserviços - ABNT, Federação Nacional de Instalação e Manutenção de Infraestrutura de Redes de Telecomunicações e Informática – FENINFRA e Federação Nacional dos Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações – FENATTEL, em face dos itens 10 e subitens do Ato n.º 10.413, de 24 de novembro de 2021, da ANATEL, no que promovem o bloqueio sumário das ligações de telemarketing ativo, por ofensa aos arts. 2º, 5º, II, e art. 37 da CRFB, por violação ao princípio da legalidade e da separação dos poderes, e ao art. 170, por violação aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, ordem econômica, livre iniciativa e busca do pleno emprego.

As requerentes aditaram o pedido a fim de incluir a medida cautelar, de modo que adotei o rito do art. 12 da Lei n.º 9.868/98.

A ANATEL prestou informações, em que sustenta que o ato impugnado trata-se de decisão da Agência a respeito de parâmetros concretos sobre o uso das redes de telecomunicações, não tendo caráter normativo. Sustenta, ainda, a ausência de legitimidade das associações autoras, porque não são prestadoras de serviços de telemarketing, mas empresas de *call center*. No mérito, sustenta que o ato faz parte de iniciativa voltada ao aprimoramento do modelo de prestação de serviços

ADI 7166 / DF

de telemarketing a fim de evitar “ligações abusivas”, estando compreendida no âmbito de competência da ANATEL, nos termos do art. 21, XI, da CRFB, e da Lei n.º 9.472/97, sendo necessário prestigiar o juízo técnico por ela realizado. Afirma, enfim, não haver afronta à Constituição, uma vez que o ato foi editado com vistas a preservar o direito à privacidade dos usuários (CRFB, art. 5º, X), tampouco havendo violação ao princípio da legalidade e à separação dos poderes e à livre iniciativa.

A Advocacia-Geral da União apresentou manifestação assim ementada:

Direito regulatório. Telecomunicações. Item 10 e subitens, do anexo do Ato nº 10.413, de 24 de novembro de 2021, da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, por meio do qual foi aprovado o Procedimento Operacional para Atribuição de Recursos de Numeração. Preliminares. Ausência de ofensa direta à Constituição Federal. Ausência de fundamentação de parte do pedido. Irregularidade na representação processual das requerentes. Ilegitimidade ativa de parte dos requerentes. Mérito. Compatibilidade das disposições vergastadas com os artigos 2º; 5º, inciso II; 37, caput; e 170 da Lei Maior. O Ato nº 10.413, de 24 de novembro de 2021, da ANATEL, traduz decisão política de órgão da Administração Pública, respaldada em sua competência para tratar da matéria. A atuação regulamentar decorre de um espaço de conformação conferido pelo artigo 151 da Lei nº 9.472/97, não havendo óbice de natureza constitucional ou legal para que a matéria relativa à organização da exploração dos serviços de telecomunicações, na qual se insere o estabelecimento dos planos de numeração dos serviços, seja tratada pela ANATEL. A medida adotada busca, em último grau, prestigiar relevantes interesses constitucionalmente, a exemplo da proteção do usuário de serviço público, o qual tem o direito de não ser importunado em razão do uso indevido das redes de comunicação. O modelo adotado decorre de opção regulatória válida e tecnicamente justificada pela ANATEL e não tem o condão de violar quaisquer dos preceitos

ADI 7166 / DF

constitucionais invocados na inicial, sendo medida necessária, proporcional e legítima. Manifestação pelo não conhecimento da presente ação direta e, no mérito, pela improcedência do pedido formulado pelo autor.

E a Procuradoria-Geral da República apresentou parecer assim ementado:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ITEM 10 E SUBITENS DO ANEXO DO ATO 10.413/2021, DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL. PROCEDIMENTO OPERACIONAL PARA ATRIBUIÇÃO DE RECURSOS DE NUMERAÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA DE PARTE DAS ENTIDADES REQUERENTES. ATO NORMATIVO TERCIÁRIO. OFENSA MERAMENTE REFLEXA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Entidades sindicais de segundo grau não dispõem de legitimidade ativa para ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes. 2. Não cabe ação direta de inconstitucionalidade contra ato de natureza regulamentar que encontre fundamento em norma infraconstitucional, uma vez que eventual ofensa à Constituição Federal, caso existente, dar-se-ia apenas de maneira reflexa ou indireta. Precedentes. — Parecer pelo não conhecimento da ação direta.

É, em síntese, o relatório.

Assento, preliminarmente, o não conhecimento da presente ação.

Inicialmente, os legitimados ativos do art. 103, IX, da CRFB, devem demonstrar representatividade adequada e pertinência temática entre os respectivos objetivos institucionais ou estatutários e a matéria subjacente à causa.

Especificamente quanto às entidades de classe de âmbito nacional, exige-se, por analogia com a previsão da Lei dos Partidos Políticos (art. 13 da Lei 9.096/1995), (i) a presença em pelo menos nove estados da Federação, (ii) homogeneidade e representatividade dos interesses de

ADI 7166 / DF

todas as categorias profissionais afetadas, (iii) bem como correlação entre o objeto social e o ato atacado, como ilustram os seguintes julgados:

“As associações de classe não têm legitimidade universal, devendo haver pertinência temática, ou seja, elo entre o objeto social e o ato atacado. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ATOS CONCRETOS – INADEQUAÇÃO. A ação direta de inconstitucionalidade pressupõe impugnação de ato normativo abstrato e autônomo” (ADI 6077 AgR, Relator MARCO AURÉLIO, DJe 26-6-2019).

“1. A jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL exige, para a caracterização da legitimidade ativa das entidades de classe e confederações sindicais, nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, a existência de correlação entre o objeto da declaração de inconstitucionalidade e o específico escopo institucional associativo” (ADI 6542 AgR, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, DJe 24-11-2020).

“1. A Constituição de 1988 ampliou consideravelmente a legitimidade ativa para provocar o controle normativo abstrato, reforçando a jurisdição constitucional por meio da democratização das suas vias de acesso. No caso de entidades de classe de âmbito nacional, a legitimidade deve observar três condicionantes procedimentais: a) homogeneidade entre os membros integrantes da entidade (ADI 108-QI, Rel. Min Celso de Mello, Plenário, DJ de 5/6/1992; ADI 146, Rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, DJ de 19/12/2002); b) representatividade da categoria em sua totalidade e comprovação do caráter nacional da entidade, pela presença efetiva de associados em, pelo menos, nove estados-membros (ADI 386, Rel. Min. Sydney Sanches, Plenário, DJ de 28/6/1991; e ADI 1.486-MC, Rel. Min. Moreira Alves, Plenário, DJ de 13/12/1996); e c) pertinência temática entre os objetivos institucionais da entidade postulante e a norma objeto da impugnação (ADI 1.873, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, DJ de 19/9/2003)” (ADI 5999 AgR, Relator

ADI 7166 / DF

LUIZ FUX, DJe1º-10-2020).

“3. Ausência de documentos aptos a demonstrar o caráter nacional da arguente. A caracterização como entidade de classe de âmbito nacional não decorre da mera declaração formal, sendo necessária a prova da efetiva representatividade em pelo menos nove Estados da Federação. Precedente: ADI 108, rel. min. Celso de Mello, Plenário, DJ de 5/6/1992” (ADPF 566 AgR, Relator LUIZ FUX, DJe 6-9-2019).

No caso, são três as entidades autoras, duas das quais são entidades sindicais de segundo grau: FENINFRA E FENATTEL. No entanto, a Constituição reservou apenas às confederações sindicais a legitimidade ativa para ajuizar ação de controle de constitucionalidade concentrado:

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ENTIDADE SINDICAL DE SEGUNDO GRAU – INADMISSIBILIDADE – LEGITIMAÇÃO ATIVA PARA A INSTAURAÇÃO DO CONTROLE “IN ABSTRACTO” DE CONSTITUCIONALIDADE QUE SE RECONHECE, ENTRE OS ÓRGÃOS QUE COMPÕEM A ESTRUTURA SINDICAL BRASILEIRA, APENAS ÀS CONFEDERAÇÕES (ENTIDADES SINDICAIS DE TERCEIRO GRAU) – PRECEDENTES – ALEGAÇÃO DE QUE A AUTORA, NÃO OBSTANTE O SEU CARÁTER INEQUIVOCAMENTE SINDICAL, LEGITIMAR-SE-IA AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO DIRETA NA CONDIÇÃO DE ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL – IMPOSSIBILIDADE – CONDIÇÃO JURÍDICA PRÓPRIA DAS ENTIDADES SINDICAIS QUE LHEM CONFERE UMA NATUREZA DISTINTA DAS DEMAIS CATEGORIAS DE ASSOCIAÇÕES DE CLASSE – QUALIDADE JURÍDICA QUE NÃO PODE SER DESCONSIDERADA, MOMENTANEAMENTE, COM O FIM DE VIABILIZAR, POR CONVENIÊNCIA PROCESSUAL, O ACESSO AOS INSTRUMENTOS DE FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL –

ADI 7166 / DF

PRECEDENTES – AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA – INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE AGRAVO CONTRA ESSA DECISÃO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – As federações e os sindicatos, mesmo aqueles de âmbito nacional, não dispõem de legitimidade ativa para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Precedentes. – No âmbito da estrutura sindical brasileira, somente as confederações sindicais – que constituem entidades de grau superior – possuem qualidade para agir, em sede de controle normativo abstrato, perante a Suprema Corte (CF, art. 103, IX). Precedentes. – Ao reconhecer legitimação para agir em sede de fiscalização abstrata às confederações sindicais e às entidades de classe de âmbito nacional, a Constituição da República (art. 103, IX) tratou de situações que não são intercambiáveis, não se admitindo, por isso mesmo, para efeito de ativação da jurisdição de controle “in abstracto”, que uma entidade sindical de segundo grau, demitindo-se, momentaneamente, de sua condição sindical, invoque a qualidade de entidade de classe de âmbito nacional. Precedentes.

(ADI 6463 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-252 DIVULG 16-10-2020 PUBLIC 19-10-2020)

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. FEDERAÇÃO INTERESTADUAL DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE RADIODIFUSÃO E TELEVISÃO – FITERT. ENTIDADE INTEGRANTE DA ESTRUTURA SINDICAL EM SEGUNDO GRAU. FEDERAÇÃO NACIONAL DOS JORNALISTAS – FENAJ. ENTIDADE INTEGRANTE DA ESTRUTURA SINDICAL EM PRIMEIRO GRAU. ARTS. 2º, IX, E 12-A DA LEI Nº 9.868/1999 E 103, IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. CARÊNCIA DA AÇÃO. 1. Na dicção expressa do art. 103, IX, da Constituição da República, primeira parte, a legitimação ativa ad causam das

ADI 7166 / DF

entidades integrantes da estrutura sindical circunscreve-se às confederações, entidades de terceiro grau do sistema sindical. 2. Evidenciado o caráter das autoras de entidades de primeiro e segundo graus integrantes da estrutura sindical, manifesta sua ilegitimidade ativa ad causam em ação de controle concentrado de constitucionalidade, consoante a jurisprudência assente desta Suprema Corte. Precedentes: ADI 4463-AgR/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 15.4.2020; ADO 46-AgR/ES, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 03.4.2019; ADI 4184-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 25.9.2014; ADI 5056-AgR/PE, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 08.9.2014; ADI 4656-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 01.9.2014; ADI 4473-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 01.8.2012; ADI 3506-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 30.9.2005; ADI 1953, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 13.8.1999. 3. Agravo regimental conhecido e não provido.

(ADO 9 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-269 DIVULG 10-11-2020 PUBLIC 11-11-2020)

E a Associação Brasileira de Telesserviços – ABT, embora afirme possuir “associados sediados em 17 estados da Federação”, não apresentou documentos que comprovem essa afirmação, não sendo suficiente para a configuração do requisito espacial declaração formal dessa condição, como assentado, por exemplo, no julgamento do Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.230/RJ (Relator Ministro Dias Toffoli, Plenário, DJe 13.9.2011) e na Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 108/DF (Relator Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 5.6.1992).

A alegada admissão como *amicus curiae* em Reclamação não serve ao preenchimento do requisito.

Assim, as requerentes são partes ilegítimas a incoar o controle concentrado de constitucionalidade.

Ainda que assim não fosse, tampouco seria cabível a presente Ação Direta, uma vez que a ofensa à Constituição é reflexa ou indireta.

Tal como veiculado na petição inicial, o argumento da

ADI 7166 / DF

inconstitucionalidade do ato que promove o bloqueio sumário das ligações de telemarketing ativo, por ofensa aos arts. 2º, 5º, II, e art. 37 da CRFB, e ao art. 170 depende, inicialmente, da própria verificação da competência para a sua expedição e da compatibilidade de outros atos infraconstitucionais.

O ato n.º 10413, de 24 de novembro de 2021, foi editado pelo *“Superintendente de Outorga e Recursos à Prestação da Agência Nacional de Telecomunicações, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pelos art. 59 e 156 do Regimento Interno da Anatel, aprovados pela Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013, e pelo art. 42 da Resolução nº 709, de 27 de março de 2019”*, a fim de, nos termos do seu art. 1º, aprovar o *“procedimento operacional para atribuição de recursos de numeração.”* Estabelecem os requisitos ora impugnados:

10. DOS REQUISITOS PARA ATRIBUIÇÃO DE USO DE CÓDIGO NÃO GEOGRÁFICO 303

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

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

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

10.3. O código não geográfico CNG 303 é de uso exclusivo para 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 aos atuais telemarketings 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 [0303N7N6N5N4N3N2N1].

ADI 7166 / DF

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.

A alegação das requerentes é justamente que o ato teria extrapolado seu poder normativo.

Como se sabe, porém, a criação das agências reguladoras no Brasil decorre da adoção de um novo modelo de serviço público em que as entidades privadas se encarregam de sua execução direta. À Administração Pública incube a gestão e a regulação da prestação de serviços, valendo-se dos princípios constitucionais que norteiam o direito administrativo brasileiro.

Em artigo escrito em co-autoria com o Des. Fernando Quadros da Silva, publicado no livro *“Direito Regulatório: Desafios e perspectivas para a Administração Pública”*, de autoria de Daniel Castro Gomes da Costa e Reynaldo Soares da Fonseca, pontuei que, em uma perspectiva funcional, a regulação tem como objetivo promover o interesse público, atingindo seu objetivo quando veicula um processo político eficiente, acompanhado de atuação de agências reguladoras também eficientes (SILVA, Fernando Quadros; FACHIN, Luiz Edson. *Justiça e Segurança Normativa à luz de aperfeiçoamentos no processo regulatório*. In: COSTA, Daniel Castro Gomes da., FONSECA, Reynaldo Soares da, *Direito Regulatório: Desafios e perspectivas para a Administração Pública*, Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 61).

Assim, o modelo de agências adotado a partir da década de 90 busca, justamente, aprimorar a regulação econômica com uma atuação independente, tecnicamente justificada e levada a efeito por órgãos colegiados de atuação setorial. A independência das agências é justificada, assim, pela possibilidade de atribuir a um órgão técnico e

ADI 7166 / DF

dotado de notória especialização a realização de uma intervenção adequada e eficiente.

É possível afirmar, assim, que esse delineamento da função reguladora do Estado já está estabelecido, destacando-se entre as suas características:

“O modelo regulatório apresenta algumas modificações essenciais em face dos modelos clássicos de Estado de Providência.

A primeira relaciona-se com o âmbito de abrangência das atividades sujeitas aos regimes de direito público e de direito privado. Por um lado, há a transferência para a iniciativa privada de atividades desenvolvidas pelo Estado, desde que dotadas de forte racionalidade econômica. Por outro, há a liberalização de atividades até então monopolizadas pelo Estado, para propiciar a disputa pelos particulares em regime de mercado.

A segunda peculiaridade da concepção regulatória de Estado reside a inversão da relevância do instrumento interventivo. Anteriormente, preconizou-se o exercício direto pelo Estado de funções econômicas. O novo paradigma privilegia a competência regulatória. O Estado permanece presente no domínio econômico, mas não mais com o exercente direto de atividades.

A terceira característica reside no fato de a atuação regulatória do Estado se nortear não apenas pela proposta de atenuar ou eliminar os defeitos do mercado. Tradicionalmente, supunha-se que a intervenção estatal no domínio econômico destinava-se a dar suporte ao mecanismo de mercado e a eliminar eventuais desvios ou inconveniências. **Já o modelo regulatório admite a possibilidade de intervenção destinada a propiciar a realização de certos valores de natureza política ou social.** O mercado não estabelece todos os fins a serem realizados pela atividade econômica. Isso se torna especialmente evidente quanto o mecanismo de mercado passa a disciplinar a prestação de serviços públicos. A relevância dos

ADI 7166 / DF

interesses coletivos envolvidos impede a prevalência da pura e simples busca do lucro.

A quarta característica do Estado Regulador reside na institucionalização de mecanismos de **disciplina permanente das atividades reguladas**. Passa-se de um estágio de regramento estático para uma concepção de regramento dinâmico. Como apontam Antonio La Spina e Giandomenico Majone, a regulação deve ser entendida ‘como um processo, em que interessa não apenas o momento da formulação das regras, mas também aqueles da sua concreta aplicação, e, por isso, não a abstrata, **mas a concreta modificação dos contextos de ação dos destinatários.**’ (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 588, g.n.)

São esses, enfim, os fundamentos da competência regulatória das agências e do regime constitucional e legal de sujeição especial a que submetem as entidades reguladas, como as substituídas pelas requerentes.

Positivamente, a competência da ANATEL decorre do art. 21, XI, da Constituição:

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;

No exercício dessa competência, foi editada a Lei n.º 9.472/1997, Lei Geral de Telecomunicações, cujo art. 22, X, prevê a competência do Conselho Diretor para aprovar o regimento interno da ANATEL. Este, por sua vez, prevê a competência da Superintendência de Outorga e Recursos para a regulação dos recursos de numeração (art. 156, III), fundamentando, como consta no preâmbulo do ato impugnado, a sua

ADI 7166 / DF

edição após “consulta pública” (art. 59), a qual teria sido devidamente realizada entre 16.08.2021 e 29.09.2021.

Ainda, a competência para a edição do ato decorre de outros dispositivos da Lei Geral de Telecomunicações, como se lê no seu art. 1º; art. 2º, I e III; e, mais especificamente, no art. 151, que trata dos planos de numeração:

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. 2º O Poder Público tem o dever de:

I - garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas;

(...)

III - adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários;

Art. 151. A Agência disporá sobre os planos de numeração dos serviços, assegurando sua administração de forma não discriminatória e em estímulo à competição, garantindo o atendimento aos compromissos internacionais.

A Resolução ANATEL n. 709/2019, a seu turno, aprovou o

ADI 7166 / DF

Regulamento Geral de Numeração, nos termos a seguir pertinentes:

Art. 28. O uso dos Recursos de Numeração atribuídos deverá respeitar os critérios de eficiência a serem definidos em Procedimentos Operacionais específicos, nos termos do art. 42 do presente Regulamento.(Retificação publicada no DOU em 04/04/2019)

Art. 42. A Superintendência competente pela administração dos Recursos de Numeração expedirá os procedimentos operacionais necessários ao fiel cumprimento das disposições deste Regulamento, mediante a edição de ato contendo, dentre outros:

I - os níveis de eficiência de uso dos Recursos de Numeração, a serem cumpridos;

II - as informações e documentações necessárias à solicitação de Recursos de Numeração e seus prazos;

III - as condições e os prazos de reuso de Códigos de Acesso de Usuário; e,

IV - as informações que devem ser incluídas no Cadastro Nacional de Numeração.

Parágrafo único. Os procedimentos operacionais iniciais devem ser expedidos em até 60 (sessenta) dias da publicação deste Regulamento.

Como se vê, há um complexo normativo que confere à ANATEL a competência para regular os “recursos de numeração” de forma a “garantir a sua utilização eficiente e adequada.”

Conforme relatado pela ANATEL, o ato ora impugnado foi editado como uma das medidas voltadas à solução do problema referente ao tema “*ligações abusivas*”, tendo em vista o grande volume de reclamações

ADI 7166 / DF

recebidas na agência, indicando a fiscalização “*evidências de que grande parte do uso de numeração aleatória, inválida, não atribuída, ou atribuída a terceiros, pode estar associada aos sistemas robotizados de telemarketing ativo.*” (eDOC 35, p.8)

Assim, o ato 10413/2021 foi editado de modo que “*as empresas interessadas em contatar potenciais consumidores para vendas, deverão usar número com característica própria, que se torna uma ferramenta importante para o consumidor na identificação das chamadas de telemarketing e avaliação quanto ao interesse ou não em efetuar o atendimento.*” (eDOC 35, p. 9)

E, como observa a ANATEL, trata-se de diferenciação de numeração que não é incomum, como ocorre com o código “0800” e o código “0300”.

As minúcias e a conformidade regulamentar dessas previsões, no entanto, não podem ser verificadas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, uma vez que dependem da análise prévia das outras normas infraconstitucionais indicadas. Como se sabe, a ofensa meramente reflexa não autoriza o manejo da ação direta:

EMENTA Agravo regimental em ação direta de inconstitucionalidade. Decisão agravada mediante a qual se negou seguimento à ação direta de inconstitucionalidade. Incisos I e II do art. 9º da Resolução nº 15/2018 GS/SEED da Secretaria de Educação do Estado do Paraná. Ato normativo de natureza secundária. **Ausência de autonomia nomológica. Necessidade de análise prévia de outras normas infraconstitucionais para verificar a suposta ofensa à Constituição Federal. Ofensa reflexa. Crise de legalidade para cujo exame não se abre o controle concentrado de normas. Agravo regimental ao qual se nega provimento. 1. A jurisprudência da Corte é pacífica no sentido de não se admitir o controle concentrado de normas secundárias, editadas com o fim de regulamentar a legislação infraconstitucional pertinente, tais como a resolução analisada na ADI, pois elas não retiram seu fundamento de validade diretamente da Constituição Federal. 2. No caso dos autos, não é possível verificar as supostas**

ADI 7166 / DF

inconstitucionalidades dos incisos I e II do art. 9º da Resolução nº 15/2018 GS/SEED da Secretaria de Educação apenas pelo confronto desse ato normativo com a própria Constituição Federal. Para que se evidenciem tais alegações, faz-se imprescindível averiguar como as Leis Complementares estaduais nº 174/2014 e nº 103/2004 dispuseram acerca da distribuição da carga horária entre os professores da rede pública de ensino e se a resolução objurgada dispôs de modo diverso sobre o tema. 3. Fazendo-se necessário esse exame, constata-se que se está diante de típica ofensa reflexa ou indireta ao texto constitucional, para cujo deslinde não se presta o controle concentrado de normas. 4. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (ADI 5904 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 25-05-2018 PUBLIC 28-05-2018, g.n.)

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INSTRUÇÃO NORMATIVA DO INSS. CRÉDITO CONSIGNADO. ATO NORMATIVO SECUNDÁRIO. REGULAMENTAÇÃO DA LEI N.º 10.820/2003. CONTROLE DE LEGALIDADE. PRECEDENTES. NÃO CONHECIMENTO. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, é inviável o controle concentrado de instrução normativa editada para regulamentar lei, desafiando o controle de legalidade e não de constitucionalidade. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(ADI 6111 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 06/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 16-05-2019 PUBLIC 17-05-2019)

É certo que, em algumas ocasiões, este Supremo Tribunal Federal eventualmente conhece de ações diretas propostas contra atos normativos de natureza secundária. No entanto, são hipóteses em que resta evidenciada a autonomia normativa e a ofensa direta a preceitos constitucionais:

ADI 7166 / DF

EMENTA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE
INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. ART. 7º,
III E XV, IN FINE, DA LEI Nº 9.782/1999. RESOLUÇÃO DA
DIRETORIA COLEGIADA (RDC) DA ANVISA Nº 14/2002.
PROIBIÇÃO DA IMPORTAÇÃO E DA COMERCIALIZAÇÃO
DE PRODUTOS FUMÍGENOS DERIVADOS DO TABACO
CONTENDO ADITIVOS. AGÊNCIA NACIONAL DE
VIGILÂNCIA SANITÁRIA. REGULAÇÃO SETORIAL.
FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIA REGULADORAS.
PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. CLÁUSULAS
CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE INICIATIVA E DO
DIREITO À SAÚDE. PRODUTOS QUE ENVOLVEM RISCO À
SAÚDE. COMPETÊNCIA ESPECÍFICA E QUALIFICADA DA
ANVISA. ART. 8º, § 1º, X, DA Lei nº 9.782/1999. JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL. DEFERÊNCIA ADMINISTRATIVA.
RAZOABILIDADE. CONVENÇÃO-QUADRO SOBRE
CONTROLE DO USO DO TABACO CQCT.
IMPROCEDÊNCIA. 1. Ao instituir o Sistema Nacional de
Vigilância Sanitária, a Lei nº 9.782/1999 delinea o regime
jurídico e dimensiona as competências da Agência Nacional de
Vigilância Sanitária ANVISA, autarquia especial. 2. A função
normativa das agências reguladoras não se confunde com a a
função regulamentadora da Administração (art. 84, IV, da Lei
Maior), tampouco com a figura do regulamento autônomo (arts.
84, VI, 103-B, § 4º, I, e 237 da CF). 3. A competência para editar
atos normativos visando à organização e à fiscalização das
atividades reguladas insere-se no poder geral de polícia da
Administração sanitária. Qualifica-se, a competência normativa
da ANVISA, pela edição, no exercício da regulação setorial
sanitária, de atos: (i) gerais e abstratos, (ii) de caráter técnico,
(iii) necessários à implementação da política nacional de
vigilância sanitária e (iv) subordinados à observância dos
parâmetros fixados na ordem constitucional e na legislação
setorial. Precedentes: ADI 1668/DF-MC, Relator Ministro Marco

ADI 7166 / DF

Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 16.4.2004; RMS 28487/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 14.3.2013; ADI 4954/AC, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 30.10.2014; ADI 4949/RJ, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 03.10.2014; ADI 4951/PI, Relator Ministro Teori Zavascki, DJe 26.11.2014; ADI 4.093/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 30.10.2014. 4. Improcedência do pedido de interpretação conforme a Constituição do art. 7º, XV, parte final, da Lei nº 9.782/1999, cujo texto unívoco em absoluto atribui competência normativa para a proibição de produtos ou insumos em caráter geral e primário. Improcedência também do pedido alternativo de interpretação conforme a Constituição do art. 7º, III, da Lei nº 9.782/1999, que confere à ANVISA competência normativa condicionada à observância da legislação vigente. 5. Credencia-se à tutela de constitucionalidade in abstracto o ato normativo qualificado por abstração, generalidade, autonomia e imperatividade. Cognoscibilidade do pedido sucessivo de declaração de inconstitucionalidade da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 14/2012 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária ANVISA (ADI 4874, Relator(a): Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/2018, DJe-019 01/02/2019).

Ementa: AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. MEDIDA CAUTELAR. DIREITO AMBIENTAL. DIREITO À SAÚDE. PORTARIA 43/2020 DA SECRETARIA DE DEFESA AGROPECUÁRIA DO MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO MAPA. REGULAMENTAÇÃO DA LEI 13.874/2019, A QUAL DISPÕE SOBRE LIBERDADE ECONÔMICA. PRAZOS PARA APROVAÇÃO TÁCITA DE USO DE AGROTÓXICOS, FERTILIZANTES E OUTROS QUÍMICOS. CONHECIMENTO. ENTRADA, REGISTRO E LIBERAÇÃO DE NOVOS AGROTÓXICOS NO BRASIL, SEM EXAME DA POSSÍVEL NOCIDIDADE DOS PRODUTOS. INADMISSIBILIDADE. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E DA

ADI 7166 / DF

PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIOAMBIENTAL. OFENSA, ADEMAIS, AO DIREITO À SAÚDE. PRESENTES O FUMUS BONI IURIS E O PERICULUM IN MORA. CAUTELAR DEFERIDA. I - O ato impugnado consiste em portaria assinada pelo Secretário de Defesa Agropecuária do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento MAPA, que estabelece prazos para aprovação tácita de utilização de agrotóxicos, independentemente da conclusão de estudos técnicos relacionados aos efeitos nocivos ao meio ambiente ou as consequências à saúde da população brasileira. II Trata-se de portaria, destinada ao público em geral com função similar a um decreto regulamentar, o qual, à pretexto de interpretar o texto legal, acaba por extrapolar o estreito espaço normativo reservado pela Constituição às autoridades administrativas. III Exame de atos semelhantes que vêm sendo realizados rotineiramente por esta Corte, a exemplo da ADPF 489, também proposta pela Rede Sustentabilidade contra a Portaria do Ministério do Trabalho 1.129/2017, a qual redefiniu os conceitos de trabalho forçado, jornada exaustiva e condições análogas às de escravos. (...) (ADPF 656 MC, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 22/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-216 DIVULG 28-08-2020 PUBLIC 31-08-2020)

No caso, no entanto, o ato foi editado no exercício típico da competência regulatória, com vistas, conforme a citação doutrinária acima transcrita do prof. Marçal Justen Filho, seja à intervenção destinada a propiciar valores de natureza social (proteção do consumidor), seja à disciplina específica e concreta atividade regulada. Não é, como se vê do seus elementos estritamente técnicos, dotado de autonomia, generalidade e abstração suficientes a permitir o controle de constitucionalidade concentrado.

Assim, acolho a manifestação da AGU:

“Tal circunstância reforça o caráter regulamentar da

ADI 7166 / DF

norma impugnada, evidenciando que a análise quanto à validade das disposições questionadas dependeria de prévio confronto entre o Ato n.º 10.413/2021 e a legislação federal referida, como também Resoluções editadas pela ANATEL. Ocorre que a indagação relativa à adequação a dispositivos infraconstitucionais é alheia ao âmbito cognitivo dos processos de controle concentrado de constitucionalidade.” (eDOC 37, p. 11)

E da Procuradoria-Geral da República:

“Verifica-se, assim, que o Ato 10.413/2021 da ANATEL encontra fundamento de validade em normas infraconstitucionais – Lei 9.472/1997 e Resolução 709/2019 –, tendo sido editado no exercício do poder regulamentar da agência reguladora.

É, portanto, norma de caráter terciário que não desafia o controle concentrado de constitucionalidade, conforme reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADI 1.258/PR, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 20.6.1997; ADI 3.458/GO, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 16.5.2008; ADI 2.862/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 9.5.2008, entre outros julgados).

Ademais, a natureza normativa terciária sujeita o ato regulamentar ao contencioso de legalidade e não de constitucionalidade. Isso porque, se as disposições impugnadas do Ato 10.413/2021 da ANATEL extrapolarem o conteúdo da Resolução 709/2019 e da Lei 9.472/1997, o contencioso instaurado é de mera ilegalidade (crise de legalidade) e não de inconstitucionalidade.

Isso posto, nos termos dos arts. 21, § 1º, do RISTF e 4º da Lei 9.868/1999, indefiro a petição inicial.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 19 de agosto de 2022

ADI 7166 / DF

Ministro EDSON FACHIN

Relator

Documento assinado digitalmente