



Número: **0034479-25.2015.8.07.0001**

Classe: **INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE CÍVEL**

Órgão julgador colegiado: **Conselho Especial**

Órgão julgador: **Gabinete do Des. Alfeu Machado**

Última distribuição : **13/10/2022**

Valor da causa: **R\$ 10.000.000,00**

Assuntos: **DIREITO CIVIL, Cabimento**

Objeto do processo: **SISTJ**

Nível de Sigilo: **0 (Público)**

Justiça gratuita? **NÃO**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **NÃO**

Partes	Advogados
QUARTA TURMA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL (ARGUINTE)	
CLARO S.A. (ARGUIDO)	
	PATRICIA HELENA MARTA MARTINS (ADVOGADO) ROBERTA MUNDIM DE OLIVEIRA ARAUJO (ADVOGADO)
MINISTERIO PUBLICO DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITORIOS (ARGUIDO)	

Outros participantes	
AGENCIA NACIONAL DE TELECOMUNICACOES (INTERESSADO)	
	(REPRESENTANTE LEGAL)
ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO - AGU (INTERESSADO)	

Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
45603351	11/04/2023 19:41	<a href="#">Acórdão</a>	Acórdão

**TJDFT**

Poder Judiciário da União

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

<b>Órgão</b>	Conselho Especial
<b>Processo N.</b>	INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE CÍVEL 0034479-25.2015.8.07.0001
<b>ARGUMENTO(S)</b>	QUARTA TURMA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL
<b>ARGUIDO(S)</b>	CLARO S.A. e MINISTERIO PUBLICO DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITORIOS
<b>Relator</b>	Desembargador ALFEU MACHADO
<b>Acórdão N°</b>	1684816

## EMENTA

**INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÃO DA ANATEL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES NO MERCADO DE CONSUMO. DETERMINAÇÃO NORMATIVA QUE ESTENDE, DE FORMA IRRESTRITA, AS CONDIÇÕES INSTITUÍDAS EM PROMOÇÕES E EM NOVOS PLANOS MAIS ATRATIVOS PARA OS CONTRATOS MANTIDOS COM CLIENTES PREEXISTENTES. EXTRAPOLAÇÃO DO PODER REGULAMENTAR. INTERFERÊNCIA EM MATÉRIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO. CLAUSULA CONSTITUCIONAL DE RESERVA LEGAL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. CONSTATAÇÃO. TABELAMENTO ESTATAL DE PREÇOS E CONDIÇÕES DE ACORDO COM NOVAS OFERTAS. VIOLAÇÃO DOS PRIMADOS DA LIVRE INICIATIVA E DA LIBERDADE ECONÔMICA. ALTERAÇÃO DE CONTRATOS EM VIGOR. DESRESPEITO AO ATO JURÍDICO PERFEITO. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL CONSTATADA. ARGUIÇÃO ACOLHIDA.**

1. Trata-se de arguição incidental de inconstitucionalidade instaurada em face do art. 46 da Resolução nº 632 da ANATEL, que ostenta a seguinte redação: "*Todas as ofertas, inclusive de caráter promocional, devem estar disponíveis para contratação por todos os interessados, inclusive já Consumidores da Prestadora, sem distinção fundada na data de adesão ou qualquer outra forma de discriminação dentro da área geográfica da oferta.*"

2. Via de regra, não se admite controle de constitucionalidade formal para aferição de extrapolação de poder regulamentar de Agência Reguladora, quando a causa de pedir é fundada na alegação de violação dos limites da delegação regulatória dispostos na legislação infraconstitucional, o que se entende por inconstitucionalidade reflexa, conforme orientação da Súmula nº 636 do Supremo Tribunal Federal.

2.1. Contudo, é admitido o controle de constitucionalidade formal e material quando constatado que o ato normativo não se limita a extrapolar o poder regulamentar concedido no âmbito infraconstitucional às



Agências Reguladoras, resultando em inovação legislativa que viola cláusula constitucional de reserva legal, com conteúdo que atenta diretamente contra princípios e garantias previstos na Constituição Federal.

3. No caso dos autos deve ser acolhida arguição de inconstitucionalidade formal do art. 46 da Resolução nº 632 da ANATEL, pois extrapola os limites do poder regulamentar conferido à Agência Reguladora pela Lei nº 9.472/1997, e inova no ordenamento jurídico civil e no direito das telecomunicações, a respeito matéria reservada à lei em sentido estrito e de competência legislativa privativa da União, nos termos dos arts. 22, I, IV e 175, da Constituição Federal.

4. Conforme entendimento de repercussão geral firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 6191, é materialmente inconstitucional, por afronta aos arts. 1º, IV e 170, IV, da Constituição Federal, a norma jurídica que impõe às empresas de telecomunicações a alteração compulsória de contratos firmados no mercado de consumo, para tabelamento de preço de acordo com novas ofertas, pois os primados da livre iniciativa e da liberdade econômica impedem a interferência estatal no direito das operadoras realizarem promoções ou instituírem planos mais atrativos a novos clientes.

4.1. Nesse sentido, "*É lícito que prestadores de serviços façam promoções e ofereçam descontos com a finalidade de angariar novos clientes, sem que isso signifique conduta desleal ou falha na prestação do serviço a clientes preexistentes.*". (ADI 6191, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-186 DIVULG 16-09-2022 PUBLIC 19-09-2022)

5. A imposição contida na norma editada pela ANATEL, exigindo das prestadoras de serviços de telecomunicações a alterações de contratos firmados de forma lícita e de acordo com a livre vontade das partes, para ajustá-los a novos planos ou promoções, de modo amplo e irrestrito, também revela inconstitucionalidade material por violação de ato jurídico perfeito, em afronta ao art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

**6. Incidente de arguição de inconstitucionalidade acolhido. Declarada a inconstitucionalidade formal e material do art. 46 da Resolução nº 632 da ANATEL, por afronta aos arts. 1º, IV, 5º, XXXVI, e 170, IV da Constituição Federal.**

## ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do(a) Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, ALFEU MACHADO - Relator, LEILA ARLANCH - 1º Vogal, FÁTIMA RAFAEL - 2º Vogal, DIVA LUCY DE FARIA PEREIRA - 3º Vogal, JAMES EDUARDO OLIVEIRA - 4º Vogal, CESAR LOYOLA - 5º Vogal, SANDOVAL OLIVEIRA - 6º Vogal, ESDRAS NEVES - 7º Vogal, GISLENE PINHEIRO - 8º Vogal, ALVARO CIARLINI - 9º Vogal, WALDIR LEÔNCIO LOPES JÚNIOR - 10º Vogal, J. J. COSTA CARVALHO - 11º Vogal, JAIR SOARES - 12º Vogal, VERA ANDRIGHI - 13º Vogal, MARIO-ZAM BELMIRO - 14º Vogal, ANGELO PASSARELI - 15º Vogal, ROBERVAL CASEMIRO BELINATI - 16º Vogal, SILVANO BARBOSA DOS SANTOS - 17º Vogal, SÉRGIO ROCHA - 18º Vogal e CRUZ MACEDO - 19º Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador CRUZ MACEDO, em proferir a seguinte decisão: Acolheu-se o incidente de inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade formal e material do art. 46 da Resolução n. 632 da Anatel nos termos do voto do Relator. Decisão unânime., de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 11 de Abril de 2023

**Desembargador ALFEU MACHADO**  
Relator



## RELATÓRIO

Trata-se de arguição de inconstitucionalidade suscitada nos autos do Processo nº. 0034479-25.2015.8.07.0001, de forma incidental ao julgamento de apelações interpostas por ambas as partes contra sentença que julgou parcialmente procedente ação civil pública ajuizada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL** em face de **CLARO SA**, condenando a empresa de telecomunicações a estender suas novas promoções para todos os consumidores preexistentes, além de impor à empresa obrigação de promover ampla divulgação das promoções destinadas a novos clientes.

A colenda Quarta Turma Cível deste Tribunal de Justiça determinou a formação e o processamento da presente arguição incidental de inconstitucionalidade, bem como o seu envio ao Conselho Especial, para aferição da constitucionalidade formal e material do art. 46 da Resolução nº 632 da ANATEL, que ostenta a seguinte redação:

*Resolução 632 da ANATEL: Art. 46. Todas as ofertas, inclusive de caráter promocional, devem estar disponíveis para contratação por todos os interessados, inclusive já Consumidores da Prestadora, sem distinção fundada na data de adesão ou qualquer outra forma de discriminação dentro da área geográfica da oferta.*

Nos termos dos arts. 289 a 291 do RITJDFT, foi oportunizada a manifestação da ANATEL, agencia reguladora responsável pela edição do ato normativo apontado como inconstitucional.

Manifestação da Agencia Reguladora através da Advocacia Geral da União no ID 41242362, pela constitucionalidade da norma jurídica, sob alegação de que encontra amparo na garantia constitucional da defesa do consumidor e na garantia fundamental da igualdade, dispostos no art. 5, *caput* e XXXII, e art. 170, V, da Constituição Federal.

Alega que o art. 46 da Resolução nº 632 da ANATEL visa a proteção do direito de tratamento isonômico ao consumidor, com suporte nos arts. 3, II, 5º e 127 da Lei Geral das Telecomunicações, argumentando que "*...vedar a aderência de um consumidor a alguma promoção apenas porque ele já é cliente afigura-se claramente conduta discriminatória injustificada*".

Sustenta que "*...a diretriz de não discriminar usuários esculpida no art. 46 do RGC não tem o intuito de prejudicar a livre concorrência, pois não condiciona como será feita a oferta, apenas determina que a oferta esteja disponível a qualquer usuário seja ele já integrante da base ou não da prestadora*".

Afirma que a garantia de acesso de clientes preexistentes às promoções disponibilizadas para novos clientes não terá impacto na atividade econômica das empresas do setor, pois "*...nos termos do RGC, a troca de plano ou a adesão a nova oferta são consideradas como encerramento do contrato vigente, ocasião em que se pode cobrar a multa por quebra de fidelidade, para celebração de novo contrato*".



Por fim, esclarece que apesar de haver discussão administrativa no âmbito da ANATEL a respeito de possível modulação, revogação ou confirmação do dispositivo regulamentar questionado no presente incidente, ainda não houve deliberação definitiva a respeito do tema, de modo que persiste a vigência e a eficácia do ato normativo.

Manifestação do Ministério Público do Distrito Federal no ID 41955648 pela rejeição da arguição de inconstitucionalidade, a argumento de que o art. 46 da Resolução nº 632 da ANATEL "*...visa somente impedir qualquer tipo de discriminação entre os consumidores, dando efetividade às disposições da Constituição da República que tratam do tema e que determinam expressamente a proteção ao direito do consumidor*".

Defende que a ANATEL detém competência para edição do ato normativo, nos termos do art. 214, I, da Lei n. 9.472/97 e do art. 1º do Decreto n. 3896/2001, e que o conteúdo da norma não viola o princípio da livre iniciativa, que ale não ser passível de aplicação para afastar a incidência de regras protetivas do direito do consumidor.

A CLARO SA se manifestou no ID 43358420 pelo acolhimento da arguição de inconstitucionalidade material do art. 46 da Resolução nº 632 da ANATEL, por afronta aos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, dispostos nos arts. 1º, IV e 170, IV, da Constituição Federal.

Faz remissão aos argumentos expostos na manifestação processual que deu ensejo instauração da presente arguição de inconstitucionalidade, ressaltando que trouxe aos autos "*...pareceres de ilustres economistas que demonstram as deletérias consequências práticas para o mercado de telecomunicações e para os próprios consumidores caso seja a Claro obrigada a cumprir aludida norma (ID 13264088)*".

Defende, ainda, que a arguição de inconstitucionalidade encontra amparo em entendimento vinculante emanado do Supremo Tribunal Federal no Julgamento da ADI nº 5399, nos termos do art. 102, §2º da CF e art. 927, I do CPC, porquanto "*...o Plenário do STF fixou tese no sentido da inconstitucionalidade, formal e material, dos incisos "1" e "5" da Lei nº 15.854/15 do Estado de São Paulo, que impunham aos prestadores de serviços de telefonia celular e de educação privada a obrigação de estender o benefício de novas promoções aos clientes preexistentes*".

É o Relatório.

## VOTOS

### O Senhor Desembargador ALFEU MACHADO - Relator

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do presente arguição de inconstitucionalidade.



Cuida-se de arguição de inconstitucionalidade suscitada nos autos do Processo nº. 0034479-25.2015.8.07.0001, de forma incidental ao julgamento de apelações interpostas por ambas as partes contra sentença que julgou parcialmente procedente ação civil pública ajuizada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL** em face de **CLARO SA**, condenando a empresa de telecomunicações a estender suas novas promoções para todos os consumidores preexistentes, além de impor à empresa obrigação de promover ampla divulgação das promoções destinadas a novos clientes.

Trata-se de controle difuso de constitucionalidade de ato normativo, questão prejudicial a julgamento de recurso de apelação, com efeitos restritos ao caso concreto, de acordo com cláusula de reserva de plenário instituída pelo art. 97 da Constituição Federal, em atenção à Súmula Vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal.

Conforme relatado, a Quarta Turma Cível deste Tribunal de Justiça determinou a formação e o processamento da presente arguição incidental de inconstitucionalidade, bem como o seu envio ao Conselho Especial para julgamento a respeito da constitucionalidade formal e material do art. 46 da Resolução nº 632 da ANATEL., que ostenta a seguinte redação:

*Resolução 632 da ANATEL:- art. 46. Todas as ofertas, inclusive de caráter promocional, devem estar disponíveis para contratação por todos os interessados, inclusive já Consumidores da Prestadora, sem distinção fundada na data de adesão ou qualquer outra forma de discriminação dentro da área geográfica da oferta.*

O controle difuso de constitucionalidade, também denominado concreto ou incidental, permite aferir em uma hipótese processual concreta, a compatibilidade de uma lei ou ato normativo perante a Constituição Federal, devendo ser aferida a conformidade formal e material da norma jurídica com o ordenamento constitucional.

No caso dos autos mostra imperativa a declaração incidental da inconstitucionalidade formal e material do art. 46 da Resolução nº 632 da ANATEL, de acordo com orientação jurisprudencial sedimentada no Supremo Tribunal Federal, como se verifica dos fundamentos que passo a expor:

## **I - DA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL**

A inconstitucionalidade formal decorre de vício no processo de formação da norma jurídica, em extensão que seja passível de afrontar o ordenamento constitucional, podendo ser classificada em inconstitucionalidade formal subjetiva, decorrente de vício de iniciativa, e inconstitucionalidade formal objetiva, quando derivada da inobservância do devido processo legislativo.

Ressalvo que, via de regra, não se admite controle de constitucionalidade formal para aferição de extrapolação de poder regulamentar de Agência Reguladora, quando a causa de pedir é fundada na alegação de violação dos limites da delegação regulatória dispostos na legislação infraconstitucional, o que se entende por inconstitucionalidade reflexa, conforme orientação da Súmula nº 636 do Supremo Tribunal Federal.

Contudo, é admitido o controle de constitucionalidade formal e material quando constatado que o ato



normativo não se limita a extrapolar o poder regulamentar concedido no âmbito infraconstitucional às Agências Reguladoras, resultando em inovação legislativa que viola cláusula constitucional de reserva legal, com conteúdo que atenta diretamente contra princípios e garantias previstos na Constituição Federal.

Nesse sentido, "*O desrespeito à cláusula de iniciativa reservada das leis, em qualquer das hipóteses taxativamente previstas no texto da Carta Política, traduz situação configuradora de inconstitucionalidade formal, insuscetível de produzir qualquer consequência válida de ordem jurídica. A usurpação da prerrogativa de iniciar o processo legislativo qualifica-se como ato destituído de qualquer eficácia jurídica, contaminando, por efeito de repercussão causal prospectiva, a própria validade constitucional da lei que dele resulte.*"

[ADI 2.364 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 1º-8-2001, P, DJ de 14-12-2001.]

No caso dos autos, verifico que deve ser acolhida arguição de inconstitucionalidade formal, de aspecto subjetivo, pois o art. 46 da Resolução nº 632 da ANATEL, além de extrapolar os limites do poder regulamentar conferido à Agência Reguladora pela Lei nº 9.472/1997, inova no ordenamento jurídico civil e no direito das telecomunicações, a respeito matéria reservada à lei em sentido estrito e de competência legislativa privativa da União, nos termos dos arts. 22, I, IV e 175, parágrafo único, I, II e III, da Constituição Federal.

Com efeito, nos temos em que editado, o art. 46 da Resolução nº 632 da ANATEL impõe que toda vez que divulgar uma promoção ou disponibilizar um plano mais atrativo, a operadora de serviços de telecomunicações está obrigada a estender os benefícios para todos os contratos ativos, de modo a beneficiar todos os consumidores com quem mantém relacionamento jurídico prévio, dispondo que a medida deve ser observada "*sem distinção fundada na data de adesão ou qualquer outra forma de discriminação dentro da área geográfica da oferta.*"

O referido ato normativo infralegal se imiscuiu em competência legislativa privativa da União, afetada por cláusula de reserva legal, ao versar sobre direito civil contratual e sobre direito das telecomunicações, instituindo ônus excessivo e sem amparo legal às operadoras de serviços de telecomunicações, o que não se justifica apenas pelo intuito de promover proteção dos direitos do consumidor.

Destaco que, no âmbito infraconstitucional, a Lei nº 9.472/1997 e no Decreto nº 2.338/1997, que fundamentam a edição da Resolução nº 632 pela ANATEL, não dispõem de previsão normativa que obrigue as operadoras a praticar preços uniformes de acordo com novas ofertas, mediante alteração de contratos em vigor.

O Código de Defesa do Consumidor também não possui previsão legal que imponha ao fornecedor a revisão de contratos em curso, com condição de ato jurídico perfeito, para redução de preço e adequação das condições às novas ofertas e promoções divulgadas no mercado de consumo.

O que a análise do direito infraconstitucional revela, de fato, é a desconformidade do art. 46 da Resolução nº 632 da ANATEL com o ordenamento jurídico em vigor.

Com efeito, o art. 46 da Resolução nº 632 da ANATEL viola o ordenamento jurídico ao impor revisão



compulsória de contratos individuais de serviços de telecomunicações firmados com prazo predeterminado, o que é reputado lícito, conforme entendimento há muito sedimentado na jurisprudência pátria, confira-se:

*RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TV A CABO. CLÁUSULA DE FIDELIZAÇÃO. COBRANÇA INTEGRAL DA MULTA DE FIDELIDADE INDEPENDENTEMENTE DO CUMPRIMENTO PARCIAL DO PRAZO DE CARÊNCIA. 1. A cláusula de fidelização em contrato de serviços de telecomunicação (como o serviço de TV a cabo) revela-se lícita, tendo em vista os benefícios concedidos pelas operadoras aos assinantes que optam por tal pacto e a necessária estipulação de prazo mínimo para a recuperação do investimento realizado. (REsp n. 1.362.084/RJ, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/5/2017, DJe de 1/8/2017.)"*

Destaco, ainda, recente precedente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que é reconhecida a legalidade da concessão de promoções e da instituição de novos pacotes de serviços de telecomunicações mais atrativos para captação de clientes, independente da manutenção da vigência e das condições dos contratos em curso, *in verbis*:

*APELAÇÃO – RELAÇÃO DE CONSUMO – PRÁTICA DE PREÇO MAIS FAVORÁVEL AOS CLIENTES NOVOS EM DETRIMENTO DOS ANTIGOS – PROMOÇÃO – POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DA MARGEM DE LUCRO COMO ATRATIVO DE NOVOS CLIENTES – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS - Tendo em vista a inexistência de vedação legal para que fornecedores de serviços promovam descontos a novos clientes, mormente preservando as condições dos contratos com os clientes que possui, não há que se falar em prática abusiva na fixação preço para plano novo em montante menor daquele pago pelos antigos clientes, em decorrência da simples modificação de suas políticas de lucro. Inexistência de danos passíveis de composição. (...) (TJSP; Apelação Cível 1000088-18.2021.8.26.0638; Relator (a): Maria Lúcia Pizzotti; Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Foro de Tupi Paulista - 2ª Vara; Data do Julgamento: 06/07/2021; Data de Registro: 06/07/2021)*

Assim, não há lei que ampare o contido no art. 46 da Resolução nº 632 da ANATEL, que se revela contrário ao ordenamento jurídico vigente, de modo que é manifesta a inovação normativa contida na norma impugnada.

Nesse contexto, mostra-se inviável e inconstitucional que a ANATEL imponha às operadoras alteração compulsória de contratos firmados no mercado de consumo para tabelamento de preço, mitigando o direito das operadoras realizarem promoções ou instituírem planos mais atrativos para atrair novos consumidores.

Trata-se de ato infralegal que invade competência legislativa privativa da União, em matéria que exige lei em sentido estrito, por reserva legislativa constitucional, nos termos dos arts. 22, I, IV e 175, Parágrafo único, I, II e III, da Constituição Federal, *in verbis*:

*Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:*

*I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;*

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

*Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.*





*Parágrafo único. **A lei disporá sobre:***

*I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;*

*II - os direitos dos usuários;*

*III - política tarifária;*

Ressalto que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ADI 5399, em repercussão geral, apreciando a mesma controvérsia estabelecida na presente arguição de inconstitucionalidade, firmou entendimento de que é competência legislativa privativa da União a alteração do ordenamento jurídico para criar obrigações e sanções para empresas de telecomunicações, *in verbis*:

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL Nº 15.854/2015. SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. EXTENSÃO DE BENEFÍCIOS DE NOVAS PROMOÇÕES AOS CLIENTES PREEXISTENTES.** 1. Trata-se de ação direta que impugna a Lei Estadual nº 15.854/2015, que cria a obrigação das concessionárias de serviços telefônicos móveis de estender benefícios aos clientes antigos, das promoções oferecidas a novos clientes. 2. Lei que cria obrigações e sanções para empresas de telefonia. **Violação da competência privativa da União para legislar sobre serviços de telecomunicações.** Precedentes. 3. Ação conhecida em parte e julgada parcialmente procedente, apenas no que diz respeito aos serviços de telefonia móvel. (ADI 5399, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 06-12-2022 PUBLIC 07-12-2022)

A referida Ação Direta de Inconstitucionalidade foi julgada procedente para declarar inconstitucional Lei do Estado de São Paulo de conteúdo equivalente ao art. 46 da Resolução nº 632 da ANATEL, fixando tese no sentido de que “*Viola a competência legislativa da União a Lei Estadual que cria obrigações para empresas prestadoras de serviços de telecomunicações*”.

Merecem destaque os fundamentos lançados no voto do Excelentíssimo Ministro ROBERTO BARROSO, que confirmam inconstitucionalidade formal da norma jurídica em apreço, por violação aos arts. 22, I, IV e 175, Parágrafo único, I, II e III, da Constituição Federal:

*“...Na ADI 5.399, o pedido foi conhecido com relação aos serviços de telefonia móvel, em relação aos quais a Constituição, nos seus artigos 21, XI, e 22, IV, atribui à União tanto a competência administrativa quanto a competência legislativa. Esses dispositivos são claros ao afirmar que cabe à União, privativamente, explorar os serviços de telecomunicações e legislar a respeito de tais serviços, entre os quais se encontram os serviços de telefonia móvel.*

*A Constituição atribui também ao Poder Público a obrigação de legislar sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias dos serviços públicos bem como sobre os direitos dos seus usuários - é o que diz o art. 175, parágrafo único, I e II. E não há dúvida de que os serviços de telefonia são serviços concedidos (...)*

*A Lei estadual nº 15.854/2015, ao impor aos prestadores de serviços de ensino e de telefonia celular a obrigação de estender o benefício de novas promoções aos clientes preexistentes, viola a competência legislativa privativa da União para legislar sobre direito civil e sobre telecomunicações (art. 22, I, IV e XXIV, da CF/1988)...”*

Nesses termos, e abstraída a análise da inconstitucionalidade material, que será tratada em capítulo próprio,



a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal revela a inconstitucionalidade formal do ato impugnado, pois demandaria lei federal, em sentido estrito, eventual alteração do sistema normativo para impor às prestadoras de serviços de telecomunicações a alteração de contratos em vigor, em razão de promoções destinadas a novos clientes.

Assim, reconheço a inconstitucionalidade formal do art. 46 da Resolução nº 632 da ANATEL, em razão de extrapolação do poder regulamentar da agência reguladora e diante da constatação de violação de reserva legal constitucional, sobre matéria legislativa privativa da União Federal, nos termos dos arts. 22, I, IV e 175, da Constituição Federal, com repercussão constitucional reconhecida pelo STF.

## **II - DA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL**

O vício de inconstitucionalidade material se refere a incompatibilidade do conteúdo da lei ou ato normativo infralegal em face do ordenamento constitucional, por contrariar os normas, princípios ou violar os direitos e garantias fundamentais assegurados da Constituição Federal.

No caso dos autos constata-se a constitucionalidade material do art. 46 da Resolução nº 632 da ANATEL, por afronta aos arts. 1º, IV, 5º, , XXXVI, e 170, IV, da Constituição Federal, por obrigar as operadoras de serviços de telecomunicações à estender os efeitos de novos planos e promoções para todos os contratos ativos, "...sem *distinção fundada na data de adesão ou qualquer outra forma de discriminação dentro da área geográfica da oferta.*"

### **a) DA INCONSTITUCIONALIDADE POR À LIVRE INICIATIVA E À LIBERDADE ECONÔMICA - ART. 1º, IV e 170, IV, DA CF**

A livre iniciativa é fundamental em um regime constitucional de liberdade econômica, dentre os quais se insere o direito de empreender e a garantia da liberdade para estabelecer relações negociais, com liberdade na fixação de preços, salvo em casos de intervenção do Estado justificadas no ordenamento constitucional, como, por exemplo, nas medidas destinadas ao combate de monopólios.

A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a liberdade de iniciativa e a livre concorrência garantida pelos artigos 1º, IV, e 170, IV da Constituição Federal representam cláusulas constitucionais protetivas da ordem econômica, o que torna possível ao Poder Judiciário invalidar, por inconstitucionalidade material, os atos normativos que representem restrição desproporcional a esses preceitos, confira-se:

*"DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E REGULATÓRIO. PROIBIÇÃO DO LIVRE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS. INCONSTITUCIONALIDADE. ESTATUTO CONSTITUCIONAL DAS LIBERDADES. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIVRE INICIATIVA E DO VALOR SOCIAL DO TRABALHO (ART. 1º, IV), DA LIBERDADE PROFISSIONAL (ART. 5º, XIII), DA LIVRE CONCORRÊNCIA (ART. 170, CAPUT), DA DEFESA DO CONSUMIDOR (ART. 170, V) E DA BUSCA PELO PLENO EMPREGO (ART. 170, VIII). IMPOSSIBILIDADE DE ESTABELECIMENTO DE RESTRIÇÕES DE ENTRADA EM MERCADOS. MEDIDA DESPROPORCIONAL. NECESSIDADE DE REVISÃO JUDICIAL. MECANISMOS DE FREIOS E CONTRAPESOS. ADPF JULGADA PROCEDENTE. (...) 6.*



*A liberdade de iniciativa garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira consubstancia cláusula de proteção destacada no ordenamento pátrio como fundamento da República e é característica de seletivo grupo das Constituições ao redor do mundo, por isso que não pode ser amesquinhada para afastar ou restringir injustificadamente o controle judicial de atos normativos que afrontem liberdades econômicas básicas. 7. O constitucionalismo moderno se fundamenta na necessidade de restrição do poder estatal sobre o funcionamento da economia de mercado, sobrepondo-se o Rule of Law às iniciativas autoritárias destinadas a concentrar privilégios, impor o monopólio de meios de produção ou estabelecer salários, preços e padrões arbitrários de qualidade, por gerarem ambiente hostil à competição, à inovação, ao progresso e à distribuição de riquezas. Literatura: ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. Por que as nações fracassam – As origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Trad. Cristiana Serra. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. (...) 14. A captura regulatória, uma vez evidenciada, legitima o Judiciário a rever a medida suspeita, como instituição estruturada para decidir com independência em relação a pressões políticas, a fim de evitar que a democracia se torne um regime serviente a privilégios de grupos organizados, restando incólume a Separação dos Poderes ante a atuação dos freios e contrapesos para anular atos arbitrários do Executivo e do Legislativo. (...)ADPF 449, Relator o Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2019, DJe de 30/08/2019 - g.n.)*

Sabe-se, ainda, que nenhum princípio constitucional tem valor absoluto, de modo que a livre iniciativa e a liberdade econômica devem ser balizadas por outros valores constitucionais, dentre eles o princípio de defesa do consumidor.

De fato, a defesa do consumidor também é princípio orientador da ordem econômica, nos termos do art. 170, IV, da Constituição Federal, de modo que a pessoa física ou a sociedade empresária que pretenda explorar atividade econômica, deve se submeter as regras que regem as relações de consumo.

No caso concreto, ainda que se reconheça a idoneidade do propósito de tutelar direitos do consumidor, o art. 46 da Resolução nº 632 da ANATEL, ao obrigar as operadoras de telecomunicações a revisar contratos ativos para adequá-los às condições de novas promoções ou de outros produtos mais atrativos, acaba por violar materialmente os princípios da livre iniciativa e da liberdade econômica.

Com efeito, mesmo sendo a defesa do consumidor um princípio da ordem econômica, tal proteção não permite, sob a premissa da garantia de defesa da parte mais vulnerável, o estabelecimento de intervenção econômica substancial pelo Estado, de extensão descomedida, passível de afetar o planejamento e a própria viabilidade da atividade econômica, além de impedir a livre concorrência do mercado.

A determinação contida na norma regulamentar editada pela ANATEL é inconstitucional na medida em que representa forma institucionalizada de tabelamento de preço, sem amparo legal ou constitucional, já que impõe que as empresas de telecomunicações sejam obrigadas a precificar todos seus contratos vigentes de acordo com promoções ou novas ofertas de planos destinados à captação de clientes.

Consoante já assinalado, não há previsão normativa equivalente no Código de Defesa do Consumidor ou na Lei Geral das Telecomunicações, de modo que a invocação da proteção do consumidor como atribuição da Agência reguladora não afasta a imperiosa garantia da livre concorrência assegurada às operadoras na formulação de seus produtos e na definição de preços.



O que se verifica, em nível infraconstitucional, é que a norma impugnada na presente arguição de inconstitucionalidade viola comandos contidos na Lei de Liberdade Econômica, que disciplina a aplicação dos preceitos contidos nos arts. 1º, IV, e 170, IV da Constituição Federal e define como princípios "*a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas*", e "*a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas*". (Lei nº 13.874/2019, art. 2º, I e III).

Nessa mesma senda, o art. 3º, *caput* e inciso III, da Lei nº 13.874/2019, destaca expressamente que é essencial para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País a garantia da liberdade para que os prestadores de serviços possam "*definir livremente, em mercados não regulados, o preço de produtos e de serviços como consequência de alterações da oferta e da demanda*."

A respeito da inconstitucionalidade de definição de preços pelo Estado, salvo em casos de notada excepcionalidade, confira-se os fundamentos expostos pelo Excelentíssimo Ministro JOAQUIM BARBOSA no julgamento do RE 422.941:

*"...o controle de preços é forma de intervenção do Estado na economia e somente pode ser considerado lícito se praticado em caráter de excepcionalidade, uma vez que a atuação do Estado está limitada pelos princípios da liberdade de iniciativa e de concorrência (art. 170, caput e IV, da Constituição de 1988 e art. 157, I e V, da Constituição de 1967/1969). Não pode o governo suprimir integralmente a liberdade de concorrência e de iniciativa dos particulares sem que haja razoabilidade nessa medida, vale dizer, sem que ela decorra de uma situação de anormalidade econômica tal que seja imprescindível impor restrição tão radical e, por fim, desde que os preços fixados não sejam inferiores aos custos de produção." (RE 422.941 - Rel. E. Ministro Carlos Velloso DJ 24.03.2006)*

No mesmo sentido é o entendimento da mais balizada doutrina: "*...a livre fixação de preços integra o conteúdo essencial da livre iniciativa e não pode ser validamente vulnerada, salvo situações extremas que envolvam o próprio colapso no funcionamento do mercado*". (BARROSO, Luís Roberto. A Ordem Econômica e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. Revista de Direito Administrativo, v. 226, out./dez. 2001, p. 208)

Assim, não havendo vedação constitucional, ou mesmo norma proibitiva no Código de Defesa do Consumidor ou na Lei Geral das Telecomunicações, a Constituição Federal admite, em respeito aos primados da livre iniciativa e da liberdade econômica, que prestadores de serviços de tecnologia façam promoções e ofereçam descontos com a finalidade de angariar novos clientes, sem que isso signifique conduta desleal ou falha na prestação do serviço a clientes preexistentes.

Nesse sentido, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal ao apreciar a mesma controvérsia estabelecida na presente arguição de inconstitucionalidade, declarou a inconstitucionalidade de Lei do Estado de São Paulo, manifestando entendimento de que também há inconstitucionalidade material da norma que impõem às empresas de telecomunicação a extensão de benefícios de novas promoções aos clientes preexistentes, confira-se:

*DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E CIVIL. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL QUE DETERMINA A EXTENSÃO DE BENEFÍCIOS DE NOVAS PROMOÇÕES A CLIENTES PREEXISTENTES. (...) IV.*



*Inconstitucionalidade material 6. Os dispositivos impugnados também são inconstitucionais por violação aos princípios da livre iniciativa (art. 170 da CF/1988) e da proporcionalidade. É lícito que prestadores de serviços façam promoções e ofereçam descontos com a finalidade de angariar novos clientes, sem que isso signifique conduta desleal ou falha na prestação do serviço a clientes preexistentes. (...). (ADI 6191, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-186 DIVULG 16-09-2022 PUBLIC 19-09-2022)*

Quanto à inconstitucionalidade material da norma jurídica, destaco os fundamentos lançados no voto do Excelentíssimo Ministro ROBERTO BARROSO, *in verbis*:

*"...também considero que há inconstitucionalidade material por violação aos princípios da livre iniciativa e da proporcionalidade, pelas razões que enuncio brevemente.*

*Os dispositivos impugnados são inconstitucionais por violação à livre iniciativa e à proporcionalidade. É lícito que prestadores de serviços façam promoções e ofereçam descontos com a finalidade de angariar novos clientes, sem que isso signifique conduta desleal ou falha na prestação do serviço a clientes pré-existentes. (...)*

*Os dispositivos impugnados também são inconstitucionais por violação aos princípios da livre iniciativa (art. 170, da CF/1988) e da proporcionalidade. É lícito que prestadores de serviços façam promoções e ofereçam descontos com a finalidade de angariar novos clientes, sem que isso signifique conduta desleal ou falha na prestação do serviço a clientes preexistentes." (ADI 5399, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 06-12-2022 PUBLIC 07-12-2022 - g.n.)*

Merece destaque, ainda, o voto prolatado pelo Excelentíssimo Ministro NUNES MARQUES no julgamento da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade, onde ressalta a inconstitucionalidade material da norma jurídica, sob o fundamento de que a ordem constitucional brasileira rege uma economia de mercado, não planificada, pautada pela livre iniciativa e pela liberdade econômica, confira-se:

*"...Na verdade, a extensão, por isonomia rasa, a clientes antigos, de uma condição geral de contrato é opção que pode ser praticada ou não pela empresa, a depender da situação concreta. Parece demasiado simplista, com a devida vênia, impor esse dever jurídico ao concessionário, notadamente no âmbito de uma economia que caminha cada vez mais para contratações personalizadas, baseadas em tratamento de dados pessoais. (...)*

*Segundo parece, o que motiva os legisladores estaduais a criar essas leis é o fato de que eles percebem os benefícios e promoções como um meio insidioso para "aliciar" novos clientes, que, depois de captados, passam a ser tratados de forma menos favorável.*

*Com a devida vênia, essa é uma forma distorcida de perceber a realidade econômica das empresas. É absolutamente normal, como mecanismo de marketing, que empresas busquem apresentar vantagens para que o potencial consumidor decida adquirir produto ou serviço em certa condição concreta. Excluídas as hipóteses de propaganda enganosa e de discriminação ilícita, que não estão em jogo aqui, não há qualquer ilicitude na distinção entre clientes que contrataram o serviço em momentos diferentes, sob condições de prazo e consumo diversos. Além disso, os custos mudam, as estratégias mudam, o contexto econômico em geral muda; é natural que o preço mude também.*

*Em datas especiais, como o Dia das Mães ou o Natal, as empresas costumam lançar "promoções" para que novos clientes contratem seus serviços. Também não se pode excluir que, por razões específicas da dinâmica da empresa, surja a necessidade de um aumento do fluxo de caixa em certo mês do ano, o que pode ser conseguido pela adesão de novos clientes. Por que razão a empresa não pode oferecer promoções e benefícios*



*temporários a fim de atrair clientes? Que direito dos usuários antigos está sendo ferido? Nenhum. (...)*

*Afinal, vivemos uma economia de mercado, na qual a eficiência dos processos produtivos é buscada por meio da criatividade e da inovação dos agentes econômicos, de modo que impor modelos rígidos às empresas não tem base na Constituição. O planejamento da economia, segundo a Lei Fundamental (art. 174, caput) deve ser indicativo para a iniciativa privada, nunca obrigatório. O Estado apenas pode interferir no livre mercado para evitar a dominação de mercados, a eliminação da concorrência ou o aumento arbitrário dos lucros (CF, art. 173, § 4º) – e, nesse caso, mediante lei da União.*

*A estipulação de que uma empresa não pode dar descontos a novos clientes sem estendê-los automaticamente aos antigos é típica de economia planificada e não encontra fundamento na Constituição brasileira, portanto. Cabe à empresa e aos seus antigos clientes decidirem se as promoções exclusivas para novos clientes são ou não desejáveis.*

*Nada impede que o cliente antigo deixe a relação contratual e busque um concorrente, se considerar que está sendo prejudicado. Nada impede também que o cliente novo não contrate, se não lhe for apresentada alguma vantagem adicional. A economia de livre mercado funciona assentada sobre a idéia de livre concorrência, conforme consagrado na Constituição Federal (art. 170, IV). ." (...) (ADI 5399, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 06-12-2022 PUBLIC 07-12-2022 - g.n.)*

Conclui-se que deve ser acolhida a arguição de inconstitucionalidade, pois o constata-se que o art. 46 da Resolução nº 632 da ANATEL afronta ao art. 1º, IV, da Constituição Federal por flagrante violação à livre iniciativa, estabelecida como fundamento da República Federativa do Brasil, e desrespeita o art. 170, IV, da Carta Magna, por atentar contra à livre concorrência, princípio fundamental da ordem econômica.

#### **b) DA INCONSTITUCIONALIDADE POR AFRONTA AO ATO JURÍDICO PERFEITO - ART. 5º, XXXVI, DA CF**

Para além da violação dos primados da livre iniciativa e da liberdade econômica, constata-se que o art. 46 da Resolução nº 632 da ANATEL ofende a garantia fundamental da preservação do ato jurídico perfeito, na medida em que impõe a alteração compulsória de contratos em vigor, sem qualquer distinção, mesmo que firmados por prazo determinado.

A garantia fundamental da preservação dos atos jurídicos perfeitos decorre da literalidade do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, segundo o qual “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”.

Trata-se de instituto voltado a garantia da segurança e da estabilidade das relações jurídicas, as quais devem ter seus termos e condições preservados quando válido o negócio jurídico de acordo com o ordenamento vigente ao tempo da sua formação,

A respeito do tema, a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que “*...relações jurídicas livremente pactuadas, com o uso da autonomia da vontade, devem dar valor à segurança jurídica, conferindo-se estabilidade aos direitos subjetivos e, mais ainda, conhecimento inequívoco das regras às quais todos estão vinculados, bem como a tão importante previsibilidade das consequências de suas respectivas condutas.* (RE nº 948.634, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo



Lewandowski, DJe de 18/11/2020).

Ressalto, ainda, que o ato jurídico perfeito deve ser respeitado mesmo frente ao advento de norma protetiva do consumidor, conforme entendimento jurisprudencial emanado do Pretório Excelso;

*COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. RESCISÃO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ARTIGO 5º, XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO. - Sendo constitucional o princípio de que a lei não pode prejudicar o ato jurídico perfeito, ele se aplica também às leis de ordem pública. De outra parte, se a cláusula relativa a rescisão com a perda de todas as quantias já pagas constava do contrato celebrado anteriormente ao Código de Defesa do Consumidor, ainda quando a rescisão tenha ocorrido após a entrada em vigor deste, a aplicação dele para se declarar nula a rescisão feita de acordo com aquela cláusula fere, sem dúvida alguma, o ato jurídico perfeito, porquanto a modificação dos efeitos futuros de ato jurídico perfeito caracteriza a hipótese de retroatividade mínima que também é alcançada pelo disposto no artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 205999, Relator(a): MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 16/11/1999, DJ 03-03-2000 PP-00089 EMENT VOL-01981-05 PP-00991)*

O próprio Código de Defesa do Consumidor impõe ao consumidor o respeito ao ato jurídico perfeito em contratos de prestação de serviços, ao dispor, no art. 41, § 2º, que: "*Uma vez aprovado pelo consumidor, o orçamento obriga os contraentes e somente pode ser alterado mediante livre negociação das partes.*"

Volvendo ao caso concreto dos autos, o exemplo que se extrai das ralações jurídicas mantidas pela ré da ação principal é emblemático para a constatação de violação de atos jurídicos perfeitos, caso restasse mantido o comando normativo impugnado na presente arguição de inconstitucionalidade.

A CLARO SA, como é notório, disponibiliza serviços de internet, telefone e televisão à cabo, dispondo de diversos planos para prestação desses serviços, de forma isolada ou conjugada, e com diferentes níveis de atendimento e preço, de modo a atender as várias faixas econômicas presentes no mercado de consumo.

Via de regra, são contratações por prazo determinado, o que é conhecido como prazo de fidelização, pelo qual o consumidor aceita manter os serviços por tempo mínimo, recebendo benefícios variáveis em compensação, como, por exemplo, descontos em aparelhos de celular, redução de preço de tarifas e ofertas de serviços adicionais.

A imposição contida na norma editada pela ANATEL, impondo às fornecedoras de serviços de telecomunicações a alterações de contratos firmados de forma lícita e de acordo com a livre vontade das partes, para ajustá-los a novos planos ou promoções, de modo amplo e irrestrito, representa violação de ato jurídico perfeito, em afronta ao art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

A aplicação irrestrita da norma jurídica impugnada, em nível prático, resultaria em óbice à realização de promoções ou à criação de planos de serviços mais atrativos pelas empresas de telecomunicações, pois poderia resultar em severa perda de receita, derivada da desconstituição de condições dispostas em outros contratos válidos e eficazes.

Fazendo uma interpretação analogia, não seria possível impor às instituições financeiras a alteração de contratos em vigor para aplicação de taxa de juros reduzida, em razão da instituição de novas linhas de



créditos no mercado de consumo.

Também não seria possível impor aos prestadores de serviços de transporte e de hospedagem a revisão geral do preço de reservas já realizadas, em razão de ter disponibilizado oferta pontual com condições mais benéficas para algum consumidor, o que é conhecidamente comum em vendas no ambiente digital.

De igual modo, o preço das assinaturas de jornais e periódicos não comporta revisão geral toda vez que a editora faz uma promoção volvida a atrair novos assinantes.

Esse mesmo entendimento restou estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal com relação aos estabelecimentos privados de ensino, ao reputar inconstitucional o tabelamento de preços de contratos em vigor, mesmo diante dos efeitos da pandemia da Covid 2019, concluindo a Suprema Corte que: "*À luz da necessária observância dos preceitos fundamentais da livre iniciativa, da isonomia, da autonomia universitária e da proporcionalidade, é inconstitucional decisão judicial que, sem considerar as circunstâncias fáticas efetivamente demonstradas, deixa de sopesar os reais efeitos da pandemia em ambas as partes contratuais, e determina a concessão de descontos lineares em mensalidades de cursos prestados por instituições de ensino superior.*" (ADPF 706, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 18/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-059 DIVULG 28-03-2022 PUBLIC 29-03-2022)

Portanto, por atentar contra a segurança dos atos jurídicos perfeitos, é materialmente inconstitucional a intervenção do Estado para definição de preço e condições contratuais nas hipóteses acima elencadas, assim como no caso concreto dos autos, que cuida da prestação de serviços de telecomunicações pela CLARO SA.

Por fim, ressalvo que caso ocorra eventual recusa indevida de cancelamento de contratos sem fidelização, ou abuso nas exigências impostas para rescisão de contratos com prazo de fidelidade vigente, nada obsta que o prejudicado ou os órgãos responsáveis pela defesa dos consumidores questionem a abusividade em concreto, de acordo com os direitos já assegurados no Código de Defesa do Consumidor.

Diante de todo o exposto, **acolho o incidente de inconstitucionalidade** e declaro, "*incidenter tantum*", a inconstitucionalidade formal e material do art. 46 da Resolução nº 632 da ANATEL, por afronta aos arts. 1º, IV, 5º, XXXVI, e 170, IV da Constituição Federal.

Lavrado o acórdão, remetam-se os autos à egrégia Quarta Turma Cível para prosseguimento do julgamento da Apelação Cível nº 0034479-25.2015.8.07.0001, de onde se originou a presente arguição de inconstitucionalidade.

É como voto.

**A Senhora Desembargadora LEILA ARLANCH - 1º Vogal**  
Com o relator

**A Senhora Desembargadora FÁTIMA RAFAEL - 2º Vogal**





Com o relator
<b>A Senhora Desembargadora DIVA LUCY DE FARIA PEREIRA - 3º Vogal</b>
Com o relator
<b>O Senhor Desembargador JAMES EDUARDO OLIVEIRA - 4º Vogal</b>
Com o relator
<b>O Senhor Desembargador CESAR LOYOLA - 5º Vogal</b>
Com o relator
<b>O Senhor Desembargador SANDOVAL OLIVEIRA - 6º Vogal</b>
Com o relator
<b>O Senhor Desembargador ESDRAS NEVES - 7º Vogal</b>
Com o relator
<b>A Senhora Desembargadora GISLENE PINHEIRO - 8º Vogal</b>
Com o relator
<b>O Senhor Desembargador ALVARO CIARLINI - 9º Vogal</b>
Com o relator
<b>O Senhor Desembargador WALDIR LEÔNCIO LOPES JÚNIOR - 10º Vogal</b>
Com o relator
<b>O Senhor Desembargador J. J. COSTA CARVALHO - 11º Vogal</b>
<p>Cuida-se de arguição de inconstitucionalidade suscitada nos autos do Processo nº 0034479-25.2015.8.07.0001, de forma incidental no julgamento dos recursos de apelação cível interpostos por ambas as partes, contra a r. sentença monocrática pela qual se concluiu pela parcial procedência do pedido formulado na ação civil pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E DOSTERRITÓRIOS, contra CLARO S.A., para o fim de condenar a referida empresa a estender suas novas promoções para todos os consumidores, novos e antigos, além de obrigá-la a promover divulgação em seu sítio eletrônico no sentido de que todas as promoções destinam-se a assinantes antigos e novos clientes.</p> <p>A instauração do aludido incidente foi devidamente justificada e fundamentada pela egrégia 4ª Turma Cível deste colendo Tribunal de Justiça, de forma unânime, para fins de análise por este egrégio Conselho Especial, a respeito da constitucionalidade formal e material do artigo 46 da Resolução nº 632 da ANATEL (“Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações - RGC”).</p> <p>Este o breve relatório.</p> <p>Presentes os pressupostos legais pertinentes, admito o presente incidente de arguição de inconstitucionalidade.</p> <p>Conforme consta do artigo 97 da Constituição Federal, “<i>Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público</i>”.</p> <p>O e. Supremo Tribunal Federal, por sua vez, firmou o seu entendimento quanto à necessidade do procedimento previsto no artigo 97 da Constituição Federal, mesmo para aqueles casos em que supostamente bastasse o afastamento da incidência da lei, consoante o que consolidado no verbete nº 10, da Súmula Vinculante, in verbis: “<i>Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte</i>”.</p>



No diz respeito ao caso posto para julgamento, o artigo 46 da Resolução nº 632 da ANATEL assim dispõe: *“Todas as ofertas, inclusive de caráter promocional, devem estar disponíveis para contratação por todos os interessados, inclusive já consumidores da prestadora, sem distinção fundada na data de adesão ou qualquer outra forma de discriminação dentro da área geográfica da oferta”*.

Como é cediço, consoante o que disposto no artigo 22, incisos I e IV da Constituição Federal, a competência para legislar sobre direito civil e serviços de telecomunicações é privativa da União Federal, *in verbis*:

*“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:*

*I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;*

*(...)*

*IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão”*.

Sendo assim, atos normativos estaduais que criam obrigações e sanções para empresas de telecomunicações violam a competência legislativa da União Federal.

Outrossim, de acordo com o que disciplinado pelo artigo 175, parágrafo único, incisos I e II, da Constituição Federal, compete ao Poder Público legislar sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, bem como sobre os direitos dos seus usuários, entre os quais, os serviços de telefonia, porquanto configuram serviços concedidos.

No ponto, merece destaque o fundamento lançado pelo pelo eminente Relator, segundo o qual o e. Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 5399, de Relatoria ilustre do eminente Senhor Ministro Roberto Barroso, firmou o entendimento no sentido de que *“Viola a competência legislativa da União a Lei Estadual que cria obrigações para empresas prestadoras de serviços de telecomunicações”*.

Desse modo, uma vez constatada a violação do poder regulamentar da agência reguladora, impõe-se seja acolhido o presente incidente de arguição, para o fim de ser reconhecida e declarada a inconstitucionalidade formal do artigo 46 da Resolução nº 632 da ANATEL.

Já acerca da arguição de inconstitucionalidade sob o ponto de vista material, constata-se o vício do ato normativo quando a matéria aqui tratada, por contrariar os princípios e violar os direitos e garantias fundamentais assegurados na Constituição Federal.

Ora, é de curial sabença que a livre iniciativa, fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso IV, da CF/88), consiste na liberdade de um indivíduo iniciar, organizar e gerir uma atividade, consagrando garantia de abstenção interventiva estatal no respectivo domínio. Referido fundamento, no entanto, não possui natureza absoluta, podendo sofrer algumas limitações, em caráter subsidiário e excepcional, de modo que é admitida, por exemplo, a



intervenção estatal para preservar condições de igualdade de concorrência.

Nota-se, com efeito, que eventuais restrições à livre iniciativa devem ser sustentadas por um parâmetro constitucionalmente legítimo, de modo que exista proporcionalidade entre a interferência na atividade econômica e o interesse público. É preciso considerar, ainda, que a interferência do ente público deve ocorrer de modo excepcional, sob pena de retirar da esfera privada a liberdade necessária para estabelecer seu próprio espaço no cenário concorrencial local, tendo-se em conta que a economia de livre mercado fundamenta-se sobre a ideia de livre concorrência.

Nesse sentido, conforme consignado pelo eminente Relator, no julgamento da ADI 6191, o e. Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que *“é lícito que prestadores de serviços façam promoções e ofereçam descontos com a finalidade de angariar novos clientes, sem que isso signifique conduta desleal ou falha na prestação do serviço a clientes preexistentes”*.

Ante o exposto, sem mais delongas, julgo procedente o incidente em comento e assim o faço para o fim de reconhecer e proclamar, *“incidenter tantum”*, a inconstitucionalidade da Resolução aqui impugnada, acompanhando integralmente o douto voto proferido pelo eminente Relator.

É como voto.

**O Senhor Desembargador JAIR SOARES - 12º Vogal**

Com o relator

**A Senhora Desembargadora VERA ANDRIGHI - 13º Vogal**

Com o relator

**O Senhor Desembargador MARIO-ZAM BELMIRO - 14º Vogal**

Com o relator

**O Senhor Desembargador ANGELO PASSARELI - 15º Vogal**

Com o relator

**O Senhor Desembargador ROBERVAL CASEMIRO BELINATI - 16º Vogal**

Com o relator

**O Senhor Desembargador SILVANIO BARBOSA DOS SANTOS - 17º Vogal**

Com o relator

**O Senhor Desembargador SÉRGIO ROCHA - 18º Vogal**

Acompanho o voto do E. Relator, para acolher o incidente de inconstitucionalidade formal e material do art. 46 da Resolução nº 632 da ANATEL.

#### **INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SUSCITADO PELA CLARO S/A**

Trata-se de incidente de arguição de inconstitucionalidade suscitado pela ré/apelante, Claro S/A, nos autos da Apelação Cível nº 0034479-25.2015.8.07.0001, em que requer a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 46, da Resolução n.º 632/2014 do Conselho Diretor da Agência Nacional de



Telecomunicações, em observância à cláusula de reserva de plenário (CF/88 97).

A Colenda Quarta Turma Cível desta Corte admitiu o incidente e promoveu a remessa dos autos a este E. Conselho Especial ao argumento de que o preceito infralegal colide, em princípio, com com os arts. 1º, inciso IV, e 170, inciso IV, ambos da Constituição da República, que albergam a livre iniciativa, como fundamento da República, e a livre concorrência, como princípio geral da atividade econômica.

A Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, defendeu a constitucionalidade do art. 46, da Resolução n.º 632/2014 (ID 41242362).

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela rejeição do incidente (ID 41955648).

#### DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 46 DA RESOLUÇÃO Nº 632 DA ANATEL

A Claro S/A alega, em síntese, que **1)** o art. 46, da Resolução n.º 632/2014 proíbe que as promoções sejam destinadas apenas e exclusivamente a novos e potenciais consumidores, exigindo, assim, que sejam destinadas também a clientes atuais; **2)** a resolução da ANATEL cria obrigação não prevista em lei, exorbitando o poder regulamentar; **3)** a Resolução não foi precedida de prévia consulta pública, não promoveu a Análise de Impacto Regulatório (AIR), desconsidera especialidades havidas entre os diversos serviços de telecomunicações e estabeleceu prazo absurdamente exíguo, de 120 dias, para que a ré pudesse a ela se adaptar e atender às exigências impostas; **4)** O Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 5399, fixou tese de inconstitucionalidade de lei do estado de São Paulo que obrigava os prestadores de serviços de telefonia celular e de educação privada a obrigação de estender o benefício de novas promoções aos clientes preexistentes.

Com razão a arguente, Claro S/A.

Conforme relatado, o art. 46, da Resolução n.º 632/2014 proíbe que as promoções sejam destinadas apenas e exclusivamente a novos e potenciais consumidores, exigindo, assim, que sejam destinadas também a clientes atuais.

Esta sua redação:

*“Resolução 632 da ANATEL:- art. 46. Todas as ofertas, inclusive de caráter promocional, devem estar disponíveis para contratação por todos os interessados, inclusive já Consumidores da Prestadora, sem distinção fundada na data de adesão ou qualquer outra forma de discriminação dentro da área geográfica da oferta.”*



A meu sentir, conforme já havia externado no exame da concessão de efeito suspensivo à apelação (acórdão nº 1046899), a Resolução promove uma intervenção inaceitável ao livre comércio.

É natural, plenamente razoável - e faz parte do capitalismo, que se faça promoções especiais para experimento de qualquer produto que se exponha ao mercado.

É prática comum a oferta de preços com descontos a novos consumidores para que se conheça determinado produto ou serviço.

A obrigação de estender o benefício promocional indistintamente a todos os consumidores fere os princípios da livre iniciativa e extrapola o poder regulamentar da Anatel ao criar obrigações às operadoras de telecomunicações não previstas em lei formal.

O C. Supremo Tribunal Federal debruçou-se sobre a matéria ao examinar Lei do Estado de São Paulo, que obrigava os prestadores de serviços de telefonia celular e de educação privada a obrigação de estender o benefício de novas promoções aos clientes preexistentes.

Na oportunidade, o C. STF decidiu que a oferta promocional para angariar novos clientes é prática comercial legítima e a obrigação de estender o benefício de novas promoções aos clientes preexistentes dos serviços telefônicos é materialmente inconstitucional, por violar a livre iniciativa das empresas de telefonia móvel, por ensejar em intervenção excessiva no regime de preços e no modelo de negócios dessas prestadoras (STF – ADI 5399/SP, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 09/06/2022).

## DISPOSITIVO

Ante o exposto, **acolho o incidente de inconstitucionalidade** para declarar incidentalmente a inconstitucionalidade formal e material do art. 46 da Resolução nº 632 da ANATEL, acompanhando o voto do e. Relator.

É como voto.

**O Senhor Desembargador CRUZ MACEDO - 19º Vogal**

Com o relator

## DECISÃO



Acolheu-se o incidente de inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade formal e material do art. 46 da Resolução n. 632 da Anatel nos termos do voto do Relator. Decisão unânime.



Este documento foi gerado pelo usuário 646.\*\*\*.\*\*\*-00 em 12/04/2023 10:44:38

Número do documento: 2304111941323600000044147700

<https://pje2i.tjdft.jus.br/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?x=2304111941323600000044147700>

Assinado eletronicamente por: ALFEU GONZAGA MACHADO - 11/04/2023 19:41:32