

CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS ESTADUAIS QUE INSTITUEM O CADASTRO PARA BLOQUEIO DO RECEBIMENTO DE LIGAÇÕES DE *TELEMARKETING*

Fabiano Haluch Maoski

Procurador do Estado do Paraná

Especialista em Direito Constitucional pela ABDCONST

Especialista em Direito Processual Civil pelo IBEJ

Especialista em Direito Empresarial pela PUC/PR

Professor de Direito Constitucional da Faculdade da Indústria

fabianomaoski@yahoo.com.br

RESUMO

O presente artigo analisa a constitucionalidade das leis estaduais que instituem o cadastro para bloqueio do recebimento de ligações de *telemarketing*, como medida de proteção ao consumidor. Aborda a divisão de competências estabelecida pela Constituição Federal, demonstrando que os Estados-membros possuem competência para legislar sobre a matéria. Pondera acerca da proporcionalidade e razoabilidade da medida, considerando a colisão com a livre iniciativa, liberdade de empresa e livre exercício da atividade econômica.

Palavras-chave: Constitucional. Competência legislativa concorrente. Estado-membro. Proteção ao Consumidor.

1 INTRODUÇÃO

Parcela significativa dos Estados-membros e o Distrito Federal editaram leis instituindo o chamado “cadastro para bloqueio do recebimento de ligações de telemarketing”, considerando as condutas abusivas e reiteradas de fornecedores assediando os consumidores através de oferecimento de produtos pela via telefônica.

O Estado do Paraná editou a Lei nº 16.135, com a seguinte redação:

Art. 1º Fica instituído no âmbito do Estado do Paraná, o Cadastro Para o Bloqueio do Recebimento de Ligações de Telemarketing.

Parágrafo único. O Cadastro tem por objetivo impedir que as empresas de telemarketing ou estabelecimentos que se utilizem deste serviço, efetuem ligações telefônicas não autorizadas para os usuários nele inscritos.

Art. 2º Compete ao PROCON/PR implantar, gerenciar e divulgar aos interessados o cadastro, a partir da publicação desta lei, bem como criar os mecanismos necessários à sua implementação.

Art. 3º O titular de linha telefônica que não deseje receber ligações de telemarketing poderá inscrever o respectivo número no cadastro que observará o disposto nesta lei.

Parágrafo único. O cadastro tem por objetivo impedir que as empresas de telemarketing ou estabelecimentos que se utilizem deste serviço, inclusive os institutos de pesquisa, efetuem ligações telefônicas, não autorizadas, para os usuários nele inscritos.

Art. 4º A partir de 30º (trigésimo) dia da inscrição, as empresas de telemarketing, os estabelecimentos que se utilizarem desse serviço ou as pessoas físicas contratadas com tal propósito não poderão efetuar ligações telefônicas direcionadas ao correspondente número, salvo se comprovarem a existência de prévia autorização do titular da linha.

Art. 5º O PROCON/PR disponibilizará às empresas a lista de usuários do cadastro a que se refere o texto, discriminando o nome, número do telefone e data da inscrição.

Art. 6º O cadastro será feito pessoalmente, via Internet, ou por telefone disponibilizado pelo PROCON/PR que regulamentará as formas de inscrição.

São Paulo editou a Lei nº 13.226; o Distrito Federal a Lei nº 4.171; o Rio Grande do Sul a Lei nº 13.249; Minas Gerais a Lei nº 19.095, Goiás a nº Lei 17.424; todas instituindo cadastro similar ao previsto na referida lei paranaense.

2. COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL

Inicialmente há que se estabelecer a competência legislativa acerca da matéria - Cadastro Para o Bloqueio do Recebimento de Ligações de Telemarketing – conforme a distribuição contida na Magna Carta.

Trata-se, evidentemente, de lei de matéria consumerista, estando incluída na competência concorrente entre União, Estados-membros e Distrito Federal.

Assim dispõe a Constituição Federal de 1988: “*Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...)V - produção e consumo;*”.

Além disso, a proteção ao consumidor figura como direito fundamental, com expressa menção no art. 5º, XXXII, reiterado, ainda, na ordem econômica e financeira, art. 170, V, inclusive com determinação de edição do Código de Defesa do Consumidor no art. 48 das Disposições Constitucionais Transitórias.

Acerca da proteção ao consumidor prevista na Magna Carta:

Realça a importância, contudo, da inserção entre os direitos fundamentais, com o que se erigem os consumidores à categoria de titulares de direitos constitucionais fundamentais. Conjugue-se isso com a consideração do art. 170, V, que eleva a *defesa do consumidor* à condição de princípio da ordem econômica. Tudo somado, tem-se o relevante efeito de legitimar todas as medidas de intervenção estatal necessária a assegurar a proteção prevista.

Isso naturalmente abre larga brecha na economia de mercado, que se esteia, em boa parte, na liberdade de consumo, que é a outra face da liberdade do tráfico mercantil fundada na pretensa lei da oferta e da procura. A defesa dos consumidores, responde a um duplo tipo de razões: em primeiro lugar, razões econômicas derivadas das formas segundo as quais se desenvolve, em grande parte, o atual tráfico mercantil; e, em segundo lugar, critérios que emanam da adaptação da técnica constitucional do estado de coisas que hoje vivemos', imersos que estamos na sociedade de consumo, em que o 'ter' mais do que o 'ser' é a ambição de uma grande maioria das pessoas, que se satisfaz mediante o consumo. (SILVA, 2014, p. 265)

O constituinte reconhecendo a importância do tema – proteção ao consumidor – entendeu por bem em inseri-lo no âmbito da competência legislativa concorrente entre União, Estados-membros e Distrito Federal.

Em tema de repartição da competência pode-se dizer que o que mais marca a Constituição de 1988 é a acentuada exploração das potencialidades da competência legislativa concorrente, na tentativa de dar maior peso às ordens parciais no relacionamento federativo. (ALMEIDA, 2010, p. 121)

Lembrando que na chamada competência legislativa concorrente cabe à União editar normas gerais, e os Estados-membros e Distrito Federal exerce a chamada competência complementar.

Assim dispõe a Constituição Federal:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

Interpretando o referido dispositivo constitucional:

...dentro de um mesmo campo material (concorrência 'material de competência), reserva-se um nível superior ao ente federativo mais alto – União – que fixa os princípios e normas gerais, deixando-se ao ente federativo que é o Estado-membro a complementação. Diz-se, por isso, que cabe ao Estado-membro uma competência 'complementar'. Admite-se até que, à falta dessas normas gerais, o Estado-membro possa suprir essa ausência (competência 'supletiva'). (FERREIRA FILHO, 1990, p. 189)

Acerca da competência concorrente:

A Constituição Federal prevê, além das competências privativas, um condomínio legislativo, de que resultarão normas gerais a serem editadas pela União e normas específicas, a serem editadas pelos Estados-membros. (MENDES, COELHO, BRANCO, 2010, p. 954)

Pois bem, a União – no exercício da competência para editar normas gerais - §1º, do art. 24, da Constituição Federal de 1988, editou o Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/1990, e em cumprimento do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Destaque-se que o Código de Defesa do Consumidor, reforçando a competência suplementar dos Estados-membros e Distrito Federal, contém norma expressa:

Art. 55. A União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixarão normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços.

§ 1º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios fiscalizarão e controlarão a produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem-estar do consumidor, baixando as normas que se fizerem necessárias.

Desta forma, o Código de Defesa do Consumidor não exaure a matéria de proteção ao consumidor, sendo que traça as normas gerais, cabendo aos Estados-membros e Distrito Federal editar normas complementares.

Inquestionável que as aludidas leis, que criaram o “cadastro para o bloqueio do recebimento de ligações de telemarketing”, estão na seara da chamada competência legislativa estadual suplementar, em conformidade com a estrutura de divisão de competência contida no art. 24 da Constituição Federal, pois tutelam o consumidor, notadamente o bem-estar.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se manifestar acerca da atividade legislativa estadual complementar, em situação envolvendo a tutela do consumidor, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2832, e assim decidiu:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ADI CONTRA LEI PARANAENSE 13.519, DE 8 DE ABRIL DE 2002, QUE ESTABELECE OBRIGATORIEDADE DE INFORMAÇÃO, CONFORME ESPECIFICA, NOS RÓTULOS DE EMBALAGENS DE CAFÉ COMERCIALIZADO NO PARANÁ. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 22, I e VIII, 170, CAPUT, IV, E PARÁGRAFO ÚNICO, E 174 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. OFENSA INDIRETA. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

I - Não há usurpação de competência da União para legislar sobre direito comercial e comércio interestadual porque o ato normativo impugnado buscou, tão-somente, assegurar a proteção ao consumidor.

II - Precedente deste Tribunal (ADI 1.980, Rel. Min. Sydney Sanches) no sentido de que não invade esfera de competência da União, para legislar sobre normas gerais, lei paranaense que assegura ao consumidor o direito de obter informações sobre produtos combustíveis.

III - Afronta ao texto constitucional indireta na medida em que se mostra indispensável o exame de conteúdo de outras normas infraconstitucionais, no caso, o Código do Consumidor.

IV - Incorre delegação de poder de fiscalização a particulares quando se verifica que a norma impugnada estabelece que os selos de qualidade serão emitidos por entidades vinculadas à Administração Pública estadual.

V - Ação julgada parcialmente procedente apenas no ponto em que a lei impugnada estende os seus efeitos a outras unidades da Federação.

No mesmo sentido, entendimento contido no julgamento da medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1980:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 12.420, DE 13.01.1999, DO ESTADO DO PARANÁ, QUE ASSEGURA AO CONSUMIDOR O DIREITO DE OBTER INFORMAÇÕES SOBRE NATUREZA, PROCEDÊNCIA E QUALIDADE DOS PRODUTOS COMBUSTÍVEIS, COMERCIALIZADOS NOS POSTOS REVENDEDORES SITUADOS NAQUELA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 22, I, IV e XII, 177, §§ 1º e 2º, I e III, 238 e 170, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR.

1. A plausibilidade jurídica da Ação Direta de Inconstitucionalidade ficou consideravelmente abalada, sobretudo diante das informações do Exmo. Sr. Governador do Estado do Paraná.

2. Com efeito, a Constituição Federal, no art. 24, incisos V e VIII, atribui competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar sobre produção e consumo e responsabilidade por dano ao consumidor. O § 1º desse artigo esclarece que, no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. E o § 2º que a competência da União para as normas gerais não exclui a suplementar dos Estados.

3. No caso, a um primeiro exame, o Estado do Paraná, na Lei impugnada, parece haver exercido essa competência suplementar, sem invadir a esfera de competência da União, para normas gerais. Aliás, o próprio Código do Consumidor, instituído pela Lei Federal nº 8.078, de 1990, no art. 55, a estabeleceu.

4. E, como ficou dito, o diploma acoimado de inconstitucional não aparenta haver exorbitado dos limites da competência legislativa estadual (suplementar), nem ter invadido a esfera de competência concorrente da União, seja a que ficou expressa no Código do Consumidor, seja na legislação correlata, inclusive aquela concernente à proteção do consumidor no específico comércio de combustíveis.

(...)

No julgamento de mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1980, houve confirmação da medida cautelar:

INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei nº 12.420/99, do Estado do Paraná. Consumo. Comercialização de combustíveis no Estado. Consumidor. Direito de obter informações sobre a natureza, procedência e qualidade dos produtos. Proibição de revenda em postos com marca e identificação visual de outra distribuidora. Prevenção de publicidade enganosa. Sanções administrativas. Admissibilidade. Inexistência de ofensa aos arts. 22, incs. I, IV e XII, 170, incs. IV, 177, §§ 1º e 2º, e 238, todos da CF. Ação julgada improcedente. Aplicação dos arts. 24, incs. V e VIII, cc. § 2º, e 170, inc. V, da CF. É constitucional a Lei nº 12.420, de 13 de janeiro de 1999, do Estado do Paraná, que assegura ao consumidor o direito de obter informações sobre a

natureza, procedência e qualidade de produtos combustíveis comercializados nos postos revendedores do Estado.

Desta forma, deve ser afastada qualquer interpretação no sentido de invasão na esfera da competência privativa da União, pois se trata da competência concorrente entre União, Estados-membros e Distrito Federal, considerando que se trata de proteção ao consumidor, e não há regulamentação da matéria em norma geral (Código de Defesa do Consumidor).

3. COLISÃO COM LIBERDADE DE EMPRESA – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DA MEDIDA PROTETIVA DO CONSUMIDOR – PRESERVAÇÃO DO NÚCLEO ESSENCIAL

Definido que os textos legais referidos se inserem na competência legislativa estadual suplementar, com a consequente constitucionalidade com relação à divisão de competências, resta apreciar a adequação, necessidade e proporcionalidade da medida prevista.

Inquestionável que o direito fundamental da defesa do consumidor – âmbito coletivo - colide com a livre iniciativa postulado da sociedade capitalista.

Acerca da questão:

A par de consubstanciar, a defesa do consumidor, um modismo modernizante do capitalismo – a ideologia do consumo contemporizada (a regra ‘acumulai, acumulai’ impõe o ditame ‘consumi, consumi’, agora porém sob a proteção jurídica de quem consome) – afeta todo o exercício da atividade econômica, inclusive tomada a expressão em sentido amplo, como se apura da leitura do parágrafo único, II do art. 175. (GRAU, 2007, p. 248)

A Magna Carta brasileira contempla os valores da defesa do consumidor (art.5º, inciso XXXII), livre iniciativa (art. 1º, inciso III), liberdade de ofício (art. 5º, XIII) e livre exercício da atividade econômica (art. 170, parágrafo único).

Inquestionável que a instituição do “cadastro para bloqueio do recebimento de ligações de telemarketing” afeta a livre iniciativa, pois implicará em restrição para captação de possíveis consumidores pelos agentes econômicos.

Inicialmente há que se considerar que o princípio da livre iniciativa não é absoluto, sendo conformado pelos demais princípios constitucionais, especialmente a defesa do consumidor.

Invocamos antiga lição:

Ser livre não significa, como nos dizem, ter 'a liberdade irrestrita de fazer tudo que quisermos' (quem seria livre, permanecendo refém das vontades dos outros?). Ser livre é ter a liberdade de ditar suas ações e dispor de seus bens, e de todas as suas propriedades, de acordo com as leis regentes;(…) (LOCKE, 2014, p. 61)

Sobre a colisão dos direitos fundamentais.

Especificamente em relação aos direitos fundamentais, o reconhecimento de sua estrutura (*prima facie*) principiológica indica que um direito poderá sofrer limitações em prol da necessidade de preservação de outro direito com ele conflitante no caso concreto. A limitabilidade, assim, é da própria essência desses direitos. Nessa perspectiva, as leis que limitem o seu alcance não atuarão propriamente como fatores de contenção de um conteúdo constitucional previamente delineado: em verdade contribuirão para o delineamento desse conteúdo do modo a harmonizá-lo com outros direitos de estatura constitucional. (GARCIA, 2015, p. 377)

Entretanto, há que se ponderar acerca da restrição, se efetivamente atinge o núcleo essencial do direito fundamental do livre exercício da atividade econômica, bem como sobre sua razoabilidade e proporcionalidade.

Acerca do núcleo essencial “A ideia fundamental deste requisito é aparentemente simples: existe um núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias que não pode, em caso algum, ser violado.” (CANOTILHO, 1991, p. 456)

Deve-se atentar que as aludidas leis estaduais buscam justamente concretizar o valor constitucional da defesa do consumidor, especificamente na questão sensível das ligações de telemarketing pelos fornecedores.

A conformação/restrrição do direito fundamental liberdade de empresa, prevista em lei, visa tutelar o interesse coletivo dos consumidores de não serem assediados indevidamente pelos fornecedores inconvenientes.

Lembrando:

A liberdade dos homens sob a tutela do governo – um código de regras para viver – é comum a todos da sociedade, e instituída pelo poder legislativo que dela nasce; a liberdade para seguir meu livre arbítrio em todos os assuntos que a lei não contempla;”(LOCKE, 2014, p. 61)

O que deve ser considerado é se a aludida lei promove restrição inconstitucional da liberdade de empresa, sempre ponderando os demais direitos fundamentais em jogo, notadamente o interesse coletivo.

(...) Essa perspectiva de análise, como se disse, é especialmente sentida em relação aos direitos fundamentais, que somente devem sofrer limitações para a salvaguarda de outros interesses constitucionais de indiscutível relevância para a coletividade. (...)” (GARCIA, 2015 p. 378)

Lembrando, ainda, que os direitos fundamentais se encontram em constante colisão, cabendo ao legislador promover a sua conformação, da melhor forma possível, sem anulação do núcleo essencial do direito.

O voto do Ministro JOAQUIM BARBOSA na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 173, em julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, esclarece: “*Para ser tida como inconstitucional, a restrição ao direito do exercício da atividade econômica deve ser desproporcional e não-razoável.*”

A medida implementada pelas aludidas leis estaduais mostra-se adequada, necessária, proporcional e razoável, considerando o constante assédio promovido pelos fornecedores na via telefônica.

Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), isto é, de se proceder à censura sobre a adequação (*Geeignetheit*) e a necessidade (*Erforderlichkeit*) do ato legislativo. (MENDES, COELHO, BRANCO, 2010, p. 400)

O aspecto da voluntariedade da inscrição no cadastro denota prestígio à liberdade individual, sendo que não se proíbe a prática de *telemarketing*, entretanto, há a possibilidade – mera opção do consumidor – de incluir seu número em cadastro para bloqueio de recebimento de chamadas telefônicas.

Por óbvio, que não viola o núcleo essencial do livre exercício da atividade econômica, sendo que o agente econômico pode utilizar outros meios para captar os potenciais consumidores.

Deve-se ponderar, ainda, acerca da proteção ao bem-estar do consumidor, que muitas vezes tem o sossego perturbado por ligações indesejadas de fornecedores oferecendo produtos ou serviços.

4. CONCLUSÃO

Desta forma, conclui-se pela constitucionalidade das leis estaduais que implementam o chamado “cadastro para bloqueio do recebimento de ligações de telemarketing”.

A medida se encontra na esfera de proteção do consumidor, sendo que a Constituição Federal prevê competência legislativa concorrente para tal seara, com a atuação da União, Estados-membros e Distrito Federal.

O Código de Defesa do Consumidor, que estabelece normas gerais, prevê o caráter concorrente da atuação da União, Estados-membros e Distrito Federal na proteção ao consumidor.

Não há dúvida acerca da competência dos Estados-membros e Distrito Federal para criar e regulamentar cadastro com a finalidade de viabilizar o bloqueio de chamados mediante ato voluntário do consumidor.

A medida não fere o núcleo essencial do direito fundamental ao livre exercício da atividade econômica, e mostra-se adequada, necessária e proporcional, para proteger o consumidor, considerando o assédio promovido pelos fornecedores através do *telemarketing*.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo. Atlas, 2010.

BRASIL. **Constituição Federal Brasileira**, 1988.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2832**. Relator: Ricardo Lewandowski. Publicado DJe-112 20/06/2008. Ementa vol-02324-01 pp-00170.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1980**. Relator: Sydney Sanches. Publicado DJ 25/02/2000 PP-00050. Ementa vol-01980-01 pp-00173.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1980**. Relator: Cezar Peluso. Publicado DJe-148 07/08/2009 Ementa Vol-02368-01 pp-00151.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 173**. Relator: Joaquim Barbosa. Publicado DJe-20/03/2009. Ementa vol-02353-01 pp-00001.

CANOTILHO, J.J. Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra. Almedina. 1991.

DISTRITO FEDERAL. **Lei nº 4.171**, de 08 de julho de 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990.

GARCIA, Emerson. **Conflito entre Normas Constitucionais**. São Paulo: Editora Saraiva. 2015.

GOIÁS. **Lei nº 17.424**, de 21 de setembro de 2011.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros. 2007.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil**. São Paulo: Edipro. 2014

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 2010

MINAS GERAIS. **Lei nº 19.095**, de 02 de agosto de 2010.

PARANÁ. **Lei nº 16.135**, 29 de dezembro de 2009.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei nº 13.249**, de 08 de setembro de 2009.

SÃO PAULO. **Lei nº 13.226**, 07 de outubro de 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo. Malheiros. 2014.