

Crítica à Declaração de Direitos de Liberdade Econômica: inconstitucionalidade e confronto com o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor

Victoria Rodrigues e Silva Tavares¹

Resumo: Este artigo tem como objetivo demonstrar aspectos inconstitucionais da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, Lei Ordinária 13874/2019, bem como a incoerência com as normas consumerista e os princípios do Código de Defesa do Consumidor. Ao final, será evidenciado o conflito prático, com relação ao art. 51, do CDC, a respeito das cláusulas abusivas na relação de consumo.

Palavras Chave: Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Medida Provisória. Inconstitucionalidade. Código de Defesa do Consumidor.

INTRODUÇÃO

O direito do consumidor é garantido pela Constituição no art. 5º, inciso XXXII como direito fundamental, como também no art. 170, inciso V, sendo princípio geral da Liberdade Econômica.

Em seu primeiro ano de mandato, o presidente Jair Messias Bolsonaro publicou a Medida Provisória 881/2019, aprovada pela comissão mista e transformada em lei pelo Congresso Nacional. Esta lei recebeu o nome de Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Para o Ministro da Economia, Paulo Guedes, é “caminho para a prosperidade” e apresentada como a salvação econômica brasileira.

O presente trabalho é uma crítica a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Para isso, foi usado o método descritivo e qualitativo, com revisão bibliográfica e pesquisa de fontes primárias e secundárias.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU.

Apesar de não intervir diretamente no direito do consumidor, a alteração feita ao art. 421 do Código Civil, que trata sobre o princípio da função social do contrato, tem consequências diretas na relação de consumo no que diz respeito as cláusulas abusivas.

Assim, será demonstrado como esta entra em desacordo com o Código de Defesa do Consumidor e seus princípios, e em consequência disso, porque deve ser considerada inconstitucional em algumas partes para todos os efeitos.

BREVE ANÁLISE DE MEDIDA PROVISÓRIA

Antes de aprofundar na análise da Lei de Liberdade Econômica, que teve origem com a MPV 881/2019, cabe primeiramente explicar o que é uma Medida Provisória, para que seja possível apontar a sua inconstitucionalidade, bem como afronta ao Código de Defesa do Consumidor.

Trata-se de ato legislativo, trazido na Constituição Federal de 1988 da seguinte forma:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (BRASIL, 1988)

É, portanto, competência normativa primária extraordinária outorgada pela Constituição para o Chefe do Poder Executivo e a substituição trazida pela Constituição de 1988 para o antigo decreto-lei. Possui força de lei e eficácia a partir de sua publicação. Ressalta-se, ainda, a indispensável necessidade de relevância e urgência para que o Presidente da República possa usar da sua capacidade de legislar. Cita-se parte do voto do Ministro Relator Celso de Melo da ADI 2.213-MC o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto a banalização dos Chefes do Executivo do seu poder de legislar, ignorando os critérios constitucionais:

A crescente apropriação institucional do poder de legislar, por parte dos sucessivos Presidentes da República, tem despertado graves preocupações de ordem jurídica, em razão do fato de a utilização excessiva das medidas provisórias causar profundas distorções que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo. Nada pode justificar a utilização abusiva de Medidas Provisórias, sob pena de o Executivo, quando ausentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material, investir-se, ilegitimamente, na mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, vindo a converter-se, no âmbito da comunidade estatal, em instância hegemônica de poder, afetando, desse modo, com grave prejuízo para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de *checks and balances*, a relação de equilíbrio que necessariamente deve existir entre os Poderes da República.

Cabe, ao Poder Judiciário, no desempenho das funções que lhe são inerentes, impedir que o exercício compulsivo da competência extraordinária de editar medida provisória culmine por introduzir, no processo institucional brasileiro, em matéria legislativa, verdadeiro cesarismo governamental, provocando, assim, graves distorções no modelo político e gerando sérias disfunções comprometedoras da integridade do princípio constitucional da separação de poderes. Configuração, na espécie, dos pressupostos constitucionais legitimadores das medidas provisórias ora impugnadas. Conseqüente reconhecimento da constitucionalidade formal dos atos presidenciais em questão. (Supremo Tribunal Federal, ADI 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 23/04/04).

Apesar do abuso do uso de medidas provisórias por parte do Presidente da República ao longo dos anos, este não pode alterar seu texto após sua publicação. Assim, deve editar nova medida provisória para revogar a anterior, que fica suspensa até a análise de ambas pelo Congresso Nacional. Caso a MPV revogadora seja convertida em lei, a revogação da anterior é definitiva. Por outro lado, caso seja rejeitada, a primeira MP volta a produzir efeitos.

Destaca-se como peculiaridades da Medida Provisória o órgão competente, excepcionalidade, efeito *ex tunc*, além da necessidade expressa de relevância e urgência.

Assim, além das contradições com o Código de Defesa do Consumidor que apontarei no decorrer deste trabalho, a Lei de Liberdade Econômica também é falha, pois a MPV que a originou é caduca, e por consequência inconstitucional, por não apresentar a necessidade de urgência para sua implementação.

É evidente que os conceitos de relevância e urgência são abstratos e ficam à mercê do entendimento do Presidente da República. Por isso, concordando com as palavras citadas do Ministro, cabe intervenção do Poder Judiciário para que o Poder Executivo não abuse de sua função extraordinária de legislar.

Voltando para a definição sobre Medida Provisória, considero de igual importância a explicação de como é implementada.

Como já dito, a Medida Provisória produz efeitos imediatos a partir do momento que é editada. Por outro lado, para que seja convertida de forma definitiva em lei ordinária precisa de apreciação das casas do Congresso Nacional.

Possui prazo de vigência de 60 (sessenta) dias prorrogáveis por igual período. É criada uma comissão mista no Congresso Nacional com membros de ambas as casas para emitir parecer sobre a Medida Provisória, o texto segue para o plenário da Câmara e posteriormente para o Plenário do Senado. Caso seja rejeitada, é

necessário a edição de decreto legislativo para tratar dos efeitos jurídicos gerados durante a vigência.

Caso a Medida Provisória seja aprovada em ambas as casas do Congresso Nacional, é convertida em lei, sendo que é função do Presidente do Senado a promulgação e remessa para o Presidente da República determinar a publicação. Não há necessidade de sanção pelo chefe do Poder Executivo, exceto quando existe alguma alteração pela Câmara ou Senado.

As alterações mencionadas no parágrafo anterior podem acontecer tanto para emendar ou quanto limitar o texto originário da Medida Provisória.

A rejeição da MP pode ocorrer por decurso de prazo, de maneira expressa ou tacitamente, sendo que perde sua eficácia desde sua edição, conforme art. 62, §3º da Constituição Federal.

Concluindo, Medida Provisória é a excepcional possibilidade de o Chefe do Poder Executivo de legislar. Como a Constituição traz termos abstratos, relevância e urgência, para determinar a ocasião para acionar tal alternativa, ao decorrer dos anos ficou evidente a utilização do poder de legislar pelo Presidente da República conforme seu interesse. Após essa breve apresentação sobre Medida Provisória, é possível discorrer de forma mais consistente sobre o tema abordado no presente texto.

DA CONVERSÃO DA MP N.881/2019 EM LEI ORDINÁRIA COM VETO PARCIAL

Apesar de críticas diversas a respeito da MPV em questão, esta foi promulgada e convertida em lei ordinária pelo presidente da Mesa do Congresso Nacional, após passar pelo Senado Nacional e Câmara dos Deputados com veto parcial. Foi sancionada pelo presidente em 20 de setembro deste ano.

Uma importante alteração realizada diz respeito ao art.2º da MPV 881/2019, que aborda os princípios da Lei de Liberdade econômica. A redação era:

Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Medida Provisória:
I - a presunção de liberdade no exercício de atividades econômicas;
II - a presunção de boa-fé do particular; e
III - a intervenção subsidiária, mínima e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas. (BRASIL, 2019)

A nova redação será mencionada a seguir, mas destaca-se desde já que foi acrescentado o inciso IV, que trata sobre a vulnerabilidade do particular perante o Estado.

Com relação ao presente trabalho, não existe qualquer alteração do texto da norma que nos interessa. Seja pelo seu aspecto inconstitucional formal e material, seja pela contrariedade ao Código de Defesa do Consumidor, não houve qualquer alteração significativa que alterasse o curso do presente trabalho, apesar da transformação com veto parcial. Dessa forma, independente da nomenclatura que possui, sendo medida provisória ou lei ordinária, o que importa é que continua com falhas com relação ao ordenamento jurídico brasileiro.

INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA DECLARAÇÃO DE DIREITOS DE LIBERDADE ECONÔMICA

Publicada em 30 de abril deste ano e, portanto, assinada pelo atual Presidente da República Jair Messias Bolsonaro, a MPV 881/2019 em apreciação foi implementada com o objetivo de estabelecer garantias de livre mercado, análise de impacto regulatórios e outras providências. Apresentada para a população pelo atual governo como uma forma de tornar o Brasil competitivo internacionalmente por apresentar incentivo a liberdade de contratar e facilidade para exercer atividade econômica no país, a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica trouxe mudanças pragmáticas para o ordenamento jurídico.

Com a alegação de seguir os termos do inciso IV do caput do art. 1º, no parágrafo único do art. 170 e no caput do art. 174 da Constituição, visa proteger a livre iniciativa e o livre exercício da atividade econômica, conforme aponta em seu art. 1º. É relevante a citação dos artigos mencionados para maior clareza do tema.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (...)

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

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (BRASIL, 1988)

Evidente então que tem como base os dispositivos constitucionais que tratam de ordem econômica e princípio da livre concorrência. O §1º do mesmo artigo determina

a aplicação da presente norma na interpretação de direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho.

O art. 2º da MPV 881/2019 apresenta os princípios que norteiam o disposto na MP. Vejamos:

Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Medida Provisória:

I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas;
II - a boa-fé do particular perante o poder público;
III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e
IV - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.
(BRASIL, 2019)

Considera-se que não é pertinente para o presente trabalho apontar todas as inovações apresentadas pela Lei de Liberdade Econômica. Dessa forma, será apresentado apenas sobre as que apresentam confronto com o Código de Defesa do Consumidor, por ser o tema delimitado em questão.

Além dos princípios citados apresentados no art.2º, a Declaração de Liberdade Econômica alterou o texto do art. 421 do Código Civil, que trata da função social do contrato, com a seguinte nova redação:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.
Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual (BRASIL, 2019)

Foi acrescentado ao artigo o parágrafo único, sobre a intervenção mínima estatal. Trata-se de norma que aborda o princípio da função social do contrato. Conforme o Enunciado n. 22 da I Jornada de Direito Civil do CJF: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.” Em outro tópico explicarei o princípio da função social do contrato.

Importante destacar que a função social do contrato não anula o princípio de autonomia das partes. Porém, conforme entendimento do Enunciado n. 23 da I Jornada de Direito Civil, seu alcance é reduzido quando existe interesses metaindividuais ou individual relativo à dignidade da pessoa humana. Por exemplo, quando existe uma parte mais vulnerável como na relação consumidor e fornecedor, a autonomia das partes não pode ser garantida de forma ampla e ilimitada.

Dessa forma, pela matéria abordada na norma discutida no presente artigo, é possível confirmar sua inconstitucionalidade formal, pois não deveriam ser abordadas por esse meio. Apresenta assim, vício de origem, conforme dito anteriormente, não apresentam os parâmetros relativos a relevância e urgência. Portanto, a conversão em lei da MPV/881 em lei ordinária é um desrespeito direto a Carta Magna. No próximo tópico, será apresentado brevemente o parecer da comissão mista da MPV 881/2019. A seguir, para melhor entendimento, será explicado de forma mais detalhada o porquê da inconstitucionalidade formal e material. Posteriormente, princípios do Código de Defesa do Consumidor para que seja possível compreender o confronto entre a declaração de liberdade econômica e a relação consumerista. E por fim, será demonstrado porque mesmo sem mencionar o Código de Defesa do Consumidor, entra em conflito com o art. 51 deste código, que trata das cláusulas abusivas em contratos de consumo.

O PARECER DA COMISSÃO MISTA DA MPV 881/2019

Conforme texto constitucional, após a publicação de uma medida provisória no diário oficial da União, deve o Presidente do Congresso Nacional designar comissão mista formada por 12 (doze) senadores e 12 (doze) deputados. Este devem apreciar previamente os pressupostos de urgência e relevância, mérito e adequação financeira e orçamentária.

Primeiro, se destaca com relação ao descrito logo acima que, como discorrido anteriormente, muitas vezes a medida provisória é uma forma usada pelo Chefe do Executivo para legislar sobre o que não é de sua alçada. A conclusão apresentada pela comissão mista foi a seguinte:

Em 11/07/2019, a reunião é reaberta e o Relator apresenta complementações de voto. Foram apresentados 7 requerimentos de destaque, que tiveram sua admissibilidade rejeitada por votação em globo. É aprovado o Relatório, que passa a constituir o Parecer da Comissão, **o qual conclui pelo atendimento aos pressupostos constitucionais de relevância e urgência da Medida Provisória no 881, de 2019; pela constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa da MP nº 881/2019** e das trezentas e uma Emendas apresentadas; pela adequação e compatibilidade financeira e orçamentária da MP nº 881/2019 e das trezentas e uma Emendas apresentadas; e no mérito, pela aprovação da Medida Provisória nº 881, de 2019, e das Emendas de nº 020, 021, 040, 041, 051, 052, 055, 061, 063, 065, 067, 068, 097, 098, 111, 112, 113, 126, 128, 129, 130,

135, 138, 139, 148, 155, 158, 164, 165, 170, 185, 198, 202, 205, 212, 214, 215, 217, 218, 219, 220, 227, 229, 230, 240, 242, 244, 249, 251, 262, 269, 270, 271, 277, 278, 284, 294, 003, 008, 025, 043, 078, 091, 092, 100, 114, 116, 117, 119, 120, 133, 146, 150, 166, 171, 173, 177, 192, 194, 254 e 260 a ela apresentadas, na forma do Projeto de Lei de Conversão apresentado, e pela rejeição das demais. (Comissão mista MPV 881, 2019 – grifo nosso).

O trecho acima foi retirado do resultado da 3ª reunião da Comissão Mista em 11 de julho deste ano. O Código de Defesa do Consumidor é garantia fundamental constitucional presente em dois artigos da Constituição, e reitera-se, não existe urgência evidente da necessidade das medidas trazidas ao ordenamento pela MPV.

O interesse de diminuir com a burocracia e proporcionar mais fidelidade ao contrato não é amparo ou justificativa para uma Medida Provisória. Deve existir equilíbrio entre os princípios de liberdade econômica e bem estar social, sendo que a Constituição não permite que um anule o outro. Entretanto, como o texto da norma constitucional apresentar termos de conceito abstrato e subjetivo, existe a possibilidade do parecer da comissão mista ser tendencioso visando interesses de relação política, por exemplo. No mesmo sentido, como veremos posteriormente, é inconstitucional pelo texto e pela forma.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DE LIBERDADE ECONÔMICA E SEUS ASPECTOS INCONSTITUCIONAIS

Em nosso ordenamento jurídico existe uma hierarquia entre as normas, no sistema proposto por Hans Kelsen em teoria geral do direito e estado, a validade da norma inferior é consequência da adequação com a sua forma de produção determinada pela norma superior. Para ser considerada válida, a norma deve seguir o determinado com relação a forma de elaboração e conteúdo determinada por outra.

O conceito de inconstitucionalidade decorre do princípio de Supremacia da Constituição e sua rigidez. Assim, um ato legislativo só é válido quando está de acordo com a Carta Magna, em consequência da superioridade das normas constitucionais com relação as demais normas do ordenamento jurídico. Destaca-se que entende como ato legislativo todos descritos no art.59, incisos II a VII da CF/88, quais sejam: leis complementares; leis ordinárias; leis delegadas; medidas provisórias; decretos legislativos e resoluções. Neste sentido, temos:

O conflito de leis com a Constituição encontrará solução na prevalência desta, justamente por ser a Carta Magna produto do poder constituinte originário, ela próprio elevando-se à condição de obra suprema, que inicia o ordenamento jurídico, impondo-se, por isso, ao diploma inferior com ela inconciliável. De acordo com a doutrina clássica, por isso mesmo, o ato contrário à Constituição sofre de nulidade absoluta. (MENDES, 2015, p.108).

Dessa forma, a inconstitucionalidade consiste no antagonismo entre o ato normativo inferior e as regras e princípios constitucionais, podendo acontecer tanto com o confronto de procedimento, quanto de conteúdo da norma inferior. Assim, explicarei a seguir os tipos de inconstitucionalidades pertinentes para o presente trabalho.

a. Inconstitucionalidade por ação

Esta inconstitucionalidade é decorrente da função do Poder Legislativo, e excepcionalmente do Poder Executivo de legislar. No momento de criação de atos normativos primários (art. 59, II a VII da CF/1988), existe um confronto com a Constituição, seja pelo conteúdo, inconstitucionalidade material, seja pela violação do procedimento previsto, inconstitucionalidade formal. Dessa forma, é necessário um ato do agente público para que ocorra este tipo de violação constitucional.

b. Inconstitucionalidade Material

Consiste na contradição entre o texto da norma da Constituição, sendo assim, uma incoerência de conteúdo. Conforme Kildare Gonçalves Carvalho:

Espécie de inconstitucionalidade material consiste na inconstitucionalidade por excesso do Poder Legislativo, traduzida na incompatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos, ou na inobservância do princípio da proporcionalidade. Deve ser pronunciada a inconstitucionalidade das leis que contenham limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais (não razoáveis), é o que lembra Gilmar Ferreira Mendes, para quem tal procedimento empresta maior intensidade e rigor ao controle da constitucionalidade e preserva o próprio Estado Democrático de Direito. (2013, p.406)

É assim, uma inconstitucionalidade por ação, sendo que pode ser parcial ou total, dependendo do conteúdo do ato normativo em questão. Com relação ao texto constitucional, a Lei de Liberdade Econômica apresenta contradição explícita.

A Lei estudada no presente trabalho tem por base o inciso IV do caput do art. 1º, o parágrafo único do art. 170 e o caput do art. 174 da CF/1988. Entretanto, o art. 5º, inciso XXXII, da Constituição garante que o Estado promoverá a defesa do consumidor, na forma da lei.

Na clássica classificação das normas constitucionais proposta pelo doutrinador José Afonso da Silva, trata-se de normas com eficácia limitada, ou seja, só produzirá

efeitos após a edição de ato normativo previsto por esta para complementá-la. Nas palavras de Marcelo Novelino:

Apesar de não possuírem, desde sua entrada em vigor, uma eficácia positiva, são dotadas de eficácia negativa, ab-rogando a legislação precedente que lhe for incompatível e impedindo que o legislador edite normas em sentido oposto ao assegurado pela Constituição. (2013, p.126)

Além da previsão no capítulo de garantias e direitos fundamentais, a defesa do consumidor também está prevista no art. 170, relativo a atividade econômica, em seu inciso V e no art.48 das Disposições Constitucionais Transitórias, que determina a elaboração do Código de Defesa do Consumidor pelo Congresso Nacional.

Portanto, como a Lei Ordinária 13874/2019 determina a intervenção mínima estatal, bem como altera a função social do contrato, e assim, tem confronto direto com o art. 170, inciso V e art.5º, inciso XXXII da Constituição Federal.

Dessa forma, conforme será demonstrado no presente trabalho, há confronto direto entre a Lei de Liberdade Econômica com o princípio constitucional de defesa do consumidor.

c. Inconstitucionalidade Formal

É o descumprimento dos procedimentos previstos na constituição para a criação da norma. Pode ser a violação quanto a iniciativa, sistema de aprovação, competência de órgão, entre outros. Assim, é a falha de no processo legislativo ao ocorrer inobservância do que está previsto no texto constitucional.

Nesse sentido, a inconstitucionalidade formal pode gerar desequilíbrio entre Poderes quando um legisla sobre a reserva de lei de outro. Neste ponto, não existe inconstitucionalidade formal da Lei de Liberdade Econômica em si, mas da Medida Provisória 881/2019. Visto que, o chefe do Poder executivo utiliza a Medida Provisória para legislar sobre matéria que não é de sua competência, sem que esteja presente o critério de relevância.

A MPV 881/2019 é formalmente inconstitucional, o que acarretaria em sua nulidade total. Entretanto, a MPV 881/2019 foi transformada na Lei Ordinária 13874/2019.

No próximo tópico abordarei o Direito do Consumidor, seus princípios e, posteriormente, o confronto com a MPV 881/2019.

ORIGEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Nos tópicos a seguir será demonstrado a base do Direito de Defesa do consumidor, a Constituição Federal de 1988, e seus principais artigos de relevância para o desenvolvimento do presente trabalho.

Direito do Consumidor: direito fundamental constitucional de ordem econômica

O Código de Defesa do Consumidor tem origem expressa de ordem constitucional. É um princípio da ordem econômica, de acordo com o art. 170, V da CF/1988 “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V - defesa do consumidor”.

Além do artigo citado acima, e conforme mencionado anteriormente, a defesa do consumidor também está garantida no título II: “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, art.5º, inciso XXXII da Constituição, que determina que o estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor, sendo também, direito fundamental constitucional.

Trata-se de norma de eficácia limitada, conforme a clássica classificação de José Afonso da Silva. Dessa forma, para que o direito fundamental de defesa do consumidor fosse exercido a pleno vigor, o legislador determinou a criação de um sistema de caráter normativo, garantido que o direito fundamental se tornasse de fato um direito aplicável ao cotidiano e as necessidades.

Assim, sendo norma fundamental, é hierarquicamente superior aos demais sistemas normativos, por vincular valores ao ordenamento jurídico. Nas exatas palavras de Felipe Peixoto Braga Netto:

São frequentes, no CDC, as chamadas normas principiológicas, isto é, normas que vinculam valores, estabelecem fins a serem alcançados. Aliás, o direito atual se caracteriza por utilizar, cada vez mais, conceitos abertos (também chamados de conceitos jurídicos indeterminados) e normas com conteúdo semântico flexível.

Isto é, ao lado de regras jurídicas, que operam com causas e consequências, vinculadas por um nexo de imputação, os princípios, assim como conceitos jurídicos indeterminados, possibilitam uma alteração do direito sem que o texto da lei tenha necessariamente que mudar. Possibilitam, portanto, uma maior adequação das normas às mudanças sociais, cada vez mais velozes. (2012, p.43)

Entretanto, a sua produção de efeitos depende do dever do Estado por meio do legislador ordinário. A intervenção estatal na relação de consumo justifica-se pela desigualdade existente entre o consumidor e o fornecedor. A seguir, apresentarei alguns dos princípios gerais do direito do consumidor, para melhor elucidar a ideia de desigualdade da relação de consumo.

Princípios

O Código de Defesa do Consumidor possui em seu texto alguns conceitos dão fundamento e instrução para delimitar o bem que será protegido por ele. Estes são princípios, essenciais para a aplicação e cumprimento desta norma de origem constitucional. A seguir, será explicado brevemente alguns dos princípios que são pertinentes a este trabalho.

a. Vulnerabilidade do Consumidor

O princípio da vulnerabilidade do consumidor é o fundamento da Política Nacional de Relação de Consumo. É a base do direito do consumidor, presente no art. 4º, I do Código de Defesa do Consumidor, da seguinte forma: “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”. A vulnerabilidade é a justificativa para a necessidade de proteção ao consumidor.

Assim, todo consumidor é vulnerável por presunção legal absoluta. Porém, é necessário destacar que, enquanto a vulnerabilidade da pessoa física como consumidora é presumida, a da pessoa jurídica deve ser demonstrada conforme o caso concreto. Não existe uma contradição com o CDC, mas sim uma possível relação empresarial e não de consumo, de acordo com cada situação.

Distinguir os conceitos de vulnerabilidade e hipossuficiência também é necessário para melhor entendimento do princípio, visto que ambas são expressões presentes no CDC. Enquanto o primeiro é absoluto por conceito legal, sendo uma identificação de fraqueza do consumidor na relação de consumo por apresentar desvantagens com relação ao fornecedor, por qualidades que são inerentes a sua existência. Trata-se de conceito que identifica a desigualdade da relação e busca o equilíbrio entre as partes.

Já hipossuficiência, presente no art. 6º, VIII, CDC, para que seja concedida a inversão do ônus da prova depende da análise do caso concreto pelo juiz. Depende, por exemplo, da natureza do serviço prestado ou da capacidade de instrução do

consumidor. É a incapacidade de realizar provas no processo, por ausência de meios para obtê-las, não necessariamente ligados ao critério econômico.

A vulnerabilidade do consumidor nem sempre será igual em todas as situações diante do fornecedor. No conceito de Cláudia Lima Marques (2013) foi dividida em três espécies: vulnerabilidade técnica, vulnerabilidade jurídica e vulnerabilidade fática.

A vulnerabilidade técnica tem relação com a falta de conhecimento do consumidor relacionado ao serviço ou produto adquirido. A jurídica diz respeito ao desconhecimento de direitos e deveres intrínsecas da relação de consumo, bem como dos contratos celebrados. E por fim, a vulnerabilidade fática é a espécie ampla, relacionada as situações concretas em que o consumidor é mais frágil na relação.

Portanto, a vulnerabilidade do consumidor é presunção absoluta e princípio fundamental que norteia as relações de consumo. Com base nele que se define a proteção da parte mais frágil e se entende uma desigualdade, independentemente de qualquer outro critério.

b. Boa-fé objetiva

Além do previsto no art. 51 do CDC acerca de práticas abusivas, o princípio da boa-fé objetiva é apresentado pelo mesmo código como a obrigação entre os que participam da relação negocial de agir com lealdade e cooperação, junto ao dever de cumprir de forma legítima as expectativas geradas a outra parte.

Este princípio não diz respeito unicamente ao cumprimento da obrigação principal contratada, mas aos deveres anexos a esta, como a cooperação, informação, segurança e proteção a pessoa ou patrimônio da outra parte.

No caso da defesa do direito do consumidor por exemplo, é necessária uma informação aprofundada, não apenas superficial sobre o serviço prestado, mas suficiente para que seja compreendida por quem contrata.

Em entendimento do STJ: “operadora de plano de saúde está obrigada ao cumprimento de uma boa-fé qualificada, ou seja, uma boa-fé que pressupõe os deveres de informação, cooperação e cuidado com o consumidor/segurado” (STJ, Resp 418.572, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª turma, DJ 30/03/2009).

Assim, o princípio da boa-fé objetiva ratifica vários artigos presentes no código de defesa do consumidor, como por exemplo o art. 39 que trata sobre as práticas abusivas, e coopera para evitar práticas que causam lesões ou ferem a expectativa do consumidor.

c. Intervenção do Estado

Como dito anteriormente, o fundamento do Código de Defesa do Consumidor está no princípio da vulnerabilidade. Além disso, e conforme dito, a Constituição brasileira o dever de defesa deste direito, como também a elaboração de lei para defesa do consumidor.

Portanto, o Estado não deve ser neutro nas relações de consumo, principalmente porque existe uma desigualdade entre consumidor e fornecedor. Por isso inclusive, foram estabelecidos diversos direitos subjetivos a este, da mesma forma que deveres ao fornecedor. Nas melhores palavras de Claudia Lima Marques:

Em matéria contratual, não mais se acredita que assegurando a autonomia de vontade e a liberdade contratual se alcançará, automaticamente, a necessária harmonia e equidade nas relações contratuais. Nas sociedades de consumo, com seu sistema de produção e de distribuição em massa, as relações contratuais se despersonalizaram, aparecendo os métodos de contratação estandardizados, como os de adesão e as condições gerais dos contratos. Hoje estes métodos predominam em quase todas as relações entre empresas e consumidores, deixando claro o desnível entre os contratantes - um, autor efetivo das cláusulas, e outro, simples aderente. É uma realidade social bem diversa daquela do século XIX, que originou a concepção tradicional e individualista de contrato, presente em nosso Código Civil de 1917. Ao Estado coube, portanto, intervir nas relações de consumo, reduzindo o espaço para a autonomia de vontade, impondo normas de maneira a restabelecer o equilíbrio e a igualdade de forças nas relações entre consumidores e fornecedores. (1999, p.16)

No próprio CDC, a intervenção estatal é no art. 4, II: “ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor”, como também no art. 5º, a respeito dos instrumentos do poder público para a execução da Política Nacional de relação de consumo, vejamos:

Art. 5º Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o poder público com os seguintes instrumentos, entre outros:
I - manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente; II - instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público; III - criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo; IV - criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo; V - concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor.(BRASIL, 1990)

Assim, trata-se de princípio constitucional de dever do estado de intervenção nas relações de consumo, positivado pelo Código de Defesa do Consumidor em seus artigos.

d. Harmonia da relação de consumo

Apesar do reconhecimento absoluto da vulnerabilidade do consumidor, como repetido diversas vezes no presente texto, isso não significa que o fornecedor deve ser prejudicado.

No art. 4º, III, do CDC, é apresentada a harmonia entre os participantes da relação de consumo nos seguintes termos: “harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;”.

Com isso, desde que haja boa-fé e equilíbrio na relação entre consumidor e fornecedor, não existe entre eles interesses contrários, mas sim complementares, objetivando a satisfação da obrigação existente entre eles. Vejamos acórdão de Apelação Cível nº 0801797-12.2017.8.12.0021 publicado em 31 de outubro de 2019 pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL DO MUTUÁRIO – REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO POR INOVAÇÃO RECURSAL ACOLHIDA DE OFÍCIO – MÉRITO – PRINCÍPIO PACTA SUNT SERVANDA – IMPOSSIBILIDADE DE QUE SEJAM ACOBERTADAS IRREGULARIDADES E ABUSIVIDADES – APLICAÇÃO DO CDC – JUROS REMUNERATÓRIOS CONTRATUAIS IGUAIS À TAXA MÉDIA DE MERCADO VIGENTE À ÉPOCA DA ASSINATURA DO CONTRATO – CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS MANTIDA, POR EXISTÊNCIA DE CONTRATAÇÃO EXPRESSA – COMISSÃO DE PERMANÊNCIA – AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE INCIDÊNCIA – APELAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, DESPROVIDA. 1- Juízo de admissibilidade. Não deve ser conhecido pedido formulado em sede recursal, em razão da vedação de inovação na lide. Recurso conhecido em parte. 2 - O princípio “pacta sunt servanda” não é absoluto, devendo ser interpretado de forma relativa, em virtude do caráter público das normas violadas no contrato. 3 - Conforme o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça, admite-se a revisão das cláusulas consideradas abusivas pelo Código de Defesa do Consumidor. 4- O Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento no sentido de que a estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade. Porém, se não há discrepância exagerada entre a taxa contratada e a taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil à época da contratação há de se manter o percentual contratado pelas partes. 5- A capitalização mensal de juros, denominada anatocismo, é permitida, desde que prevista contratualmente, nos contratos firmados a partir do ano de 2.000. A capitalização pode ser demonstrada pela redação das cláusulas convencionadas ou quando a taxa anual dos juros é superior ao duodécuplo da taxa mensal. Súmula nº 541 do STJ. Caso concreto. Capitalização contratada. 6- Além de admissível a cobrança da comissão de permanência, no particular verifica-se que inexistente no contrato firmado entre as partes incidência desse encargo na hipótese de inadimplência.

Ou seja, o julgador no caso concreto citado acima reconhece a possibilidade de intervenção do Estado em caso de abuso por parte da instituição financeira. Entretanto, as cláusulas contratuais presentes no contrato inexistem cobranças excessivas que prejudicam o consumidor.

O princípio constitucional de proteção do consumidor e a legislação gerada por ele apenas protegem consumidores de Boa-fé, não que se aproveitam das vantagens oferecidas pelo Código de Defesa do Consumidor para enriquecer ilícitamente.

De acordo com Bruno Miragem (2013, p. 133), a defesa do consumidor pretende apenas proporcionar equilíbrio em uma relação desfalcada pela vantagem que o fornecedor tem na gênese de qualquer negócio. A partir do momento que o desequilíbrio é superado, existe uma harmonia em virtude da igualdade substancial entre as partes.

e. Função social do contrato

A início, importante esclarecer que o princípio social do contrato não anula a autonomia entre as partes, seja em escolher o tipo de contrato, o contratante, bem como o que é negociado e objeto da relação. Também não interfere na obrigatoriedade gerada a partir da manifestação de livre vontade entre as partes. Sua função é limitar, de acordo com o interesse social, as relações privadas.

O princípio da função social do contrato é consequência do Estado Social, sendo que está presente tanto no Código Civil de 2002, quanto no Código de Defesa do Consumidor. Enquanto no primeiro aparece de forma explícita no art. 421, que teve seu texto reformulado pela Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, no segundo código não existe sua menção expressa. Porém, no art. 4º, inciso III, temos “compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica”. Neste trecho, podemos entender que existe de forma implícita o princípio tratado.

Dessa forma, o princípio em questão garante que quando houve conflito entre os interesses privados e os interesses sociais, deve prevalecer o último, porque o contrato será executado na sociedade.

O Código de Defesa do Consumidor é a aplicação da função social do contrato, por regulamentar as relações de consumo. Como existe uma parte mais fraca na relação, é interesse social que o direito do mais provável de danos seja tutelado pelo Estado, garantindo a justiça social mencionada no art. 170 da Constituição Federal.

Dessa forma, o princípio em questão surge como limitador da liberdade de contratar, como resultado do Estado Social.

CONTRADIÇÃO ENTRE O ART. 2º DA DECLARAÇÃO DE DIREITOS DE LIBERDADE ECONÔMICA E O PRINCÍPIO DE INTERVENÇÃO ESTATAL

As exposições dos capítulos anteriores tem a função de embasar o que será apresentado neste momento no texto. Apesar da transformação da MPV 881/2019 em Lei Ordinária, esta possui várias incoerências com relação a legislação vigente do país.

A presunção absoluta de vulnerabilidade do consumidor gera consequências para a forma com que o Estado conduzirá a relação de consumo, sendo que é direito fundamental constitucional e sua implementação depende do caráter interventivo.

A intervenção do Estado é a participação ativa na proteção do interesses do mais frágil na relação de consumo. Na jurisprudência, é um princípio consagrado e aplicado cotidianamente. Em recente decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Apelação cível. Negócios jurídicos bancários. Ação revisional de contrato. Julgamento monocrático com fulcro na súmula 548 do superior tribunal de justiça e artigo 932, inciso v, alíneas a, b e c, do novo código de processo civil. Juros remuneratórios. Postulação de limitação em 12% ao ano. Descabimento. Taxa contratada em dissonância da taxa média auferida pelo BACEN para o período. Possibilidade de limitação. Sentença mantida. Capitalização mensal dos juros. Possibilidade de cobrança capitalizada de juros nos contratos em que se encontrar prevista. Comissão de permanência. Quando pactuada, se mostra possível a cobrança de comissão de permanência limitada à taxa de juros remuneratórios aplicável ao contrato em que prevista e, desde que, não seja cumulada com outros encargos moratórios e correção monetária. Caso dos autos em que deve ser afastada a exigência simultânea, mantida a comissão de permanência. Cláusula de vencimento antecipado. Ausência de abusividade em sua estipulação. Validade da exigência no caso dos autos ante a expressa previsão contratual. Precedentes. Recurso parcialmente provido. (Tribunal de Justiça do RS, Apelação Cível, Nº 70083121848, Décima Primeira Câmara Cível, Relator: Katia Elenise Oliveira da Silva, Julgado em: 29-10-2019)

Com isso, conforme o caso concreto, deve o Poder Judiciário intervir quando as cláusulas presentes no contrato não estão de acordo com regulamentos nacionais, ou quando existe cobranças além do pactuado em contrato. Ressalta-se que conforme Súmula nº297 do STJ, o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

A intervenção estatal também é justificada no art. 1º do CDC, estabelece que possui normas de ordem pública e caráter social. O caráter de ordem pública não

necessitaria, entretanto, da expressa menção no artigo citado. Por ser a confirmação de direito fundamental, já se manifesta pelo seu conteúdo.

Para começar a análise que pretende-se no presente tópico, será citado nas melhores palavras do doutrinador Bruno Miragem:

O conteúdo do conceito jurídico de ordem pública vai estar vinculado – e neste sentido o preceito do art. 1º do CDC, aos princípios superiores que dão forma e substância ao ordenamento. Noutros termos, são núcleo de interesses essenciais de uma ordem jurídica, que encerram uma série de elementos políticos, sociais, morais e jurídicos, denotativos de uma compreensão de mundo. No entendimento de Elmo Pilla Ribeiro, ao distinguir o significado de ordem pública interna e ordem pública internacional, aquela terá o domínio de relações ou situações fáticas de natureza privada cujos elementos dizem apenas com ordem jurídica do aplicador da lei. Neste aspecto, vai estabelecer a limitação da autonomia privada pela determinação de cogência da norma.

No caso, este núcleo de interesses essenciais será, relativamente à ordem jurídica de sede constitucional, aquele que se constitua da realização ou projeção dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição, e cujo reconhecimento do atributo próprio de ordem pública terá efeitos concretos em âmbitos diversos, sobretudo quando configurado eventual conflito de lei. (2012, p. 60)

Existe um conflito expresso entre o que apresenta o Código de Defesa do Consumidor e a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, no que consiste nos princípios apresentados pelo art. 2º desta, citado anteriormente. Para começar, parece inaplicável a intervenção subsidiária, mínima e excepcional do Estado. A finalidade de eliminar burocracia e garantir o cumprimento dos contratos e vontades entre as partes, não justifica o afastamento do dever de preservar pela proteção dos mais vulneráveis. Deve existir um equilíbrio na aplicação dos princípios, sendo que possuem igual relevância a livre iniciativa e a proteção do consumidor.

TESE DE DIÁLOGO DAS FONTES

Antes de explicar porque a Lei de Liberdade Econômica entra em confronto com o art. 51 do CDC, cabe explicar a tese de diálogo das fontes. Isso porque, a lei não menciona diretamente as relações de consumo. Entretanto, como esta altera trechos do Código Civil, acaba atingindo o CDC, conforme será explicado a seguir.

Enquanto o Código Civil de 1916 era vigente, havia o entendimento de que não era possível a aplicação deste em conjunto com o Código de Defesa do Consumidor, principalmente pelas suas características individualistas e o excesso de tecnicismo.

Entretanto, como o Código Civil de 2002 e as leis Consumeristas tem como princípio a função social dos contratos, entende-se que estes ordenamentos não devem se excluir, mas pelo contrário, se complementar, em especial no que diz respeito aos contratos. A tese é da doutrinadora Claudia Lima Marques, com base na instrução do professor Alemão Erik Jayme.

Claudia Lima desenvolve seu trabalho também da seguinte forma: o diálogo das fontes pode ocorrer forma sistemático de coerência, complementar direta ou indireta, no segundo caso sendo uma subsidiária da outra e por fim, com influência recíproca sistemática, em que o conceito estrutural de uma sofre influência de outra.

No presente trabalho a tese de diálogo entre as fontes é importante porque como será demonstrado a seguir, o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor tem influência direta dos art. 187, 421 e 422 do Código Civil.

TEORIA DO ABUSO DE DIREITO

Antes de entrar no mérito de contradição entre a Lei de Liberdade Econômica e o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, é necessário explicar em que se baseia o artigo mencionado.

O abuso de direito está presente tanto no Código de Defesa do Consumidor, quando no Código Civil. Este último traz no art. 187 o conceito, nos seguintes termos:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (BRASIL, 2002)

O abuso de direito também gera o dever de indenizar, conforme o art. 927 do Código Civil, equiparando ao ato ilícito do art. 186 do mesmo código. Além disso, acarreta nulidade dos atos consequentes destes.

Conforme o texto do artigo que o determina, o abuso de direito possui três conceitos abertos: a função social e econômica do ato, a boa-fé objetiva e bons costumes.

Assim, o abuso de direito traz como base a função social do contrato, presente nos art. 421, alterado pela Lei de Liberdade Econômica, e art. 422 do CC.

O Abuso de Direito é o suporte para o art. 51 e seus incisos, que trata sobre as cláusulas abusivas. Cita-se:

Como se percebe, a norma compara o abuso de direito ao ilícito puro, ao colocar o art.187 ao lado do art. 186, dando tratamento equivalente a ambos

para os fins de gerar o dever de reparar. Além da consequente imputação para a reparação dos prejuízos suportados, o abuso de direito tem o condão de acarretar a nulidade dos atos e negócios correspondentes. Esse, aliás, é o espírito do art. 51 do CDC, ao consagrar o rol de cláusulas nulas por abusividade. A propósito, lembre-se que, nos termos do art.166, inc. II, do Código Civil, é nulo o negócio jurídico quando houver ilicitude do seu objeto. (TARTUCE, Flavio; NEVES, Daniel, 2014, p. 2604)

A CONSEQUÊNCIA DA ALTERAÇÃO DO ART. 421 PELA DECLARAÇÃO DE DIREITOS DE LIBERDADE ECONÔMICA PARA O ART. 51, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O artigo abordado em questão diz respeito das cláusulas abusivas em contratos de consumo, nos seguintes termos:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

V - (Vetado);

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias. (BRASIL, 1990)

No *caput* do artigo, a expressão “entre outras”, já deixa claro que o rol apresentado pelo artigo é meramente exemplificativo, sendo que de acordo com o caso concreto e com a necessidade sociais, os incisos citados acima servem de base para que o as decisões do julgador. Nota-se então que o artigo em questão tem como

norte os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva mencionados no presente trabalho.

Caso a cláusula contratual se enquadre em algum dos incisos do art. 51 do CDC, ou por análise do juiz seja considerada abusiva, esta é considerada absolutamente nula.

Neste caso, mesmo que o consumidor tenha assinado o contrato exercendo sua autonomia, manifestando de forma expressa sua vontade, o Código de Defesa do Consumidor limita ao máximo a vontade das partes. Trata-se de controle de conteúdo do contrato de consumo pelo Poder Judiciário, sendo que os princípios da harmonia da relação de consumo limita o princípio de autonomia das partes.

Assim, são práticas abusivas as que em desacordo com o princípio da boa-fé e as condutas de costume na relação de consumo, onde o fornecedor exerce abuso de direito, considerado ato ilícito pelo art. 187 do Código Civil, conforme descrito no tópico anterior.

Sempre que o fornecedor obtiver vantagem da fragilidade do consumidor, bem como da desigualdade da relação entre eles, a conduta será ilícita, e a cláusula contratual que a possibilita será considerada nula, independente da intenção do consumidor. Importante destacar que, em respeito ao princípio da conservação dos contratos, será declarada nula apenas que se caracterizar como abusivo.

Recapitulando, segundo as normas consumeristas, é considerada abusiva a cláusula mesmo que o consumidor tenha contratado de plena vontade o serviço oferecido pelo fornecedor. Para o doutrinador Flávio Tartuce:

Na esfera contratual, o CDC inseriu no sistema a regra de que mesmo uma simples onerosidade excessiva ao consumidor poderá ensejar a chamada revisão contratual por fato superveniente, prevendo também o afastamento de uma cláusula abusiva, onerosa, ambígua ou confusa (art.51 e 46) e a interpretação do contrato sempre em benefício do consumidor. (art.47).

Assim, conclui-se que a expressão função social do contrato está intimamente ligada ao ponto de equilíbrio que o negócio celebrado deve atingir e ao que se denomina *teoria da equidade contratual* ou *teoria da equivalência material* (BRITO, Rodrigo Toscano *Equivalência...*, 2007). Dessa forma, um contrato que acarreta onerosidade excessiva a uma das partes – tida como vulnerável- não está cumprindo seu papel sociológico, necessitando de revisão pelo órgão julgante. (2016, p.193)

Assim, de acordo com o entendimento citado, o princípio função social do contrato tem consequências diretas para a declaração de nulidade de normas abusivas.

A teoria do abuso de direito que dá suporte ao art. 51 que trata das cláusulas abusivas tem por base o art. 421 do Código Civil, alterado pela Lei de Liberdade Econômica. Esta estabeleceu que prevalece a intervenção mínima e excepcional de revisão contratual.

A grande questão é que, como dito, o rol do art. 51 do CDC é exemplificativo, dependendo da interpretação do juiz para que seja reconhecido o abuso de direito e consequentemente declarada nula a cláusula abusiva. O abuso de direito do art. 187 do CC tem como um de seus conceitos abertos a função social do contrato. Com a nova redação dada ao art. 421 do CC e ao princípio da função social do contrato, determinando a intervenção mínima e excepcional do Estado, há uma falha na proteção ao direito do consumidor, mesmo que a Lei de Liberdade Econômica não tenha alterado diretamente o texto do CDC.

CRÍTICAS FINAIS A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA

Para iniciar este tópico destacando novamente que, apesar de não modificar diretamente o texto do CDC, a lei Ordinária 13874/2019 tem consequências diretas a defesa do consumidor.

A Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, como dito anteriormente, em seu art. 2º estabelece os seguintes princípios: “I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas; II - a boa-fé do particular perante o poder público; III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e IV - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado” (BRASIL, 2019).

A partir da leitura dos princípios da declaração, como também com tudo que foi exposto em todo o presente texto, fica evidente que existe um conflito entre o Código de Defesa do Consumidor e a lei Ordinária 13874/2019.

Considerando que propõe que há sempre boa-fé do particular perante o poder público e que o Estado intervirá de forma subsidiária e excepcional no exercício das atividades, quando a cláusula contratual abusiva não decorrer da má fé do fornecedor, não seria possível declara-la nula, visto que a relação de consumo foi estabelecida por livre vontade entre as partes.

Neste sentido, mesmo que exista abusividade no contrato, ficaria ao ônus do consumidor de provar que o fornecedor não agiu conforme ao princípio da boa-fé objetiva para que houvesse declaração de nulidade.

Fica claro que a vulnerabilidade do consumidor fica sem amparo pelo Estado, com uma falha na proteção de seus interesses. Existe uma brecha jurídica possibilitando que mesmo existindo cláusula abusiva, com base no princípio da autonomia das partes, não é possível declarar a nulidade.

A Lei de Liberdade Econômica foi proposta visando o crescimento econômico e desburocratização do mercado. Foca apenas no mercado, relativizando princípios de bem estar social e ignorando a desigualdade social. Pelo bem do princípio constitucional da livre iniciativa outros não devem ser completamente apagados e esquecidos, de acordo com Ana Frazão:

Ocorre que a valorização social do trabalho e a proteção do meio ambiente, são princípios constitucionais tão importantes quanto a livre iniciativa, assim como a redução de desigualdades sociais e regionais e todos os demais incisos do art. 170 da Constituição. Não bastasse isso, é o próprio caput do artigo que deixa claro que “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Portanto, a introdução de questões relacionadas ao meio ambiente, à proteção do trabalho e à justiça social no debate sobre livre iniciativa não é ideológica: é imperativo constitucional. (FRAZÃO, 2019)

Como a defesa do interesse do consumidor é garantia constitucional, e como a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, a partir da teoria do diálogo das fontes, contradiz a Política Nacional das Relações de Consumo, em vista da alteração do art. 421 do CC, é visível a inconstitucionalidade com relação aos art. 5º, inciso XXXII e art. 170, V da CF/88, inclusive já existe em trâmite no STF as ADIs nº 6156, 6184 e 6217 sobre a inconstitucionalidade da Lei de Liberdade Econômica.

CONCLUSÃO

A Declaração de Direitos de Liberdade Econômica foi apresentada em abril deste ano pela Presidência com o intuito de diminuir a burocracia no meio comercial, atrair empresas internacionais, tornando o Brasil mais competitivo mundialmente.

Proposta por meio de uma Medida Provisória, mesmo que não aparente de forma explícita os critérios constitucionais de relevância e urgência, foi apresentada pelo Ministro da Economia, Paulo Guedes, como uma das soluções para a crise no

mercado e desenvolvimento econômico. Esta trouxe alterações na legislação vigente em vários pontos, inclusive no que diz respeito ao Direito Privado.

Coloca o desenvolvimento econômica em primeiro lugar, e por consequência existe uma relativização de outros princípios como vulnerabilidade do consumidor, intervenção do Estado e função social do contrato, que são base para o Código de Defesa do Consumidor. Para a aplicação, é visível que existe confronto entre estes citados e o princípios apresentados no art. 2º da Declaração.

Apesar de não alterar diretamente o texto do CDC, altera o art. 421 e a função social do contrato. Como o abuso de direito tem por base este artigo, a intervenção estatal com relação as cláusulas abusivas nos contratos de consumo fica limitada.

O direito do consumidor é imprescindível para que exista harmonia na relação de consumo, considerando a desigualdade e a vantagem presumida do fornecedor. Dessa forma, a alteração do art. 421 do CC, com a intervenção mínima do Estado, vai de encontro com o Código de Defesa do Consumidor, como na aplicação do art. 51, que se refere as cláusulas abusivas. Por isso, esta mudança do Código Civil deve ser considerada inconstitucional, para que não haja prejuízos irreversíveis de vulneráveis.

Abstract: This article aims to demonstrate the unconstitutionality of the Declaration of Economic Freedom Rights, Law 13874/2019, as well as the inconsistency with the consumerist norms and the principles of the Consumer Protection Code. At the end, it will be evidenced the practical conflict, about the art. 51 of the CDC concerning unfair terms in the consumer relationship.

Keywords: Declaration of Rights of Economic Freedom. Provisional Measure. Unconstitutionality. Consumer Protection Code.

REFERÊNCIAS

BRANCO. Paulo; MENDES. Gilmar. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em 21 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.213-MC**, Rel. Min. Celso de Mello, data do julgamento 23/04/04.

CARVALHO, Kildare. **Direito constitucional. Volume 01. Teoria do Estado e da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

COMISSÃO MISTA. **Parecer sobre a Medida Provisória 881/2019**. Disponível em < <https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?0&codcol=2262> >. Acesso em 19 de novembro de 2019.

FRAZÃO, Ana. **MP da Liberdade Econômica: temos razões para comemorar ou para nos preocupar?** 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/constituicao-empresa-e-mercado/mp-da-liberdade-economica-temos-razoes-para-comemorar-ou-para-nos-preocupar-14082019>>. Acesso em: 19 nov. 2019.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 6. Ed. São Paulo. RT, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 3. Ed. São Paulo. RT, 1999.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman. **A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme**. Revista dos Tribunais: Thomson Reuters, São Paulo, p.21-40, fev. 2018.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, Daniel. TARTUCE. Flávio. **Manual de direito do consumidor**. 3 ed. São Paulo: Método, 2014.

NETTO, Felipe. **Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ**. 7 ED. Salvador: Juspodium, 2012.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RAMOS, Catarina; OLIVEIRA, Wiliana. **Lei da Liberdade Econômica: promessa ou realidade?** Disponível em < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/reg/lei-da-liberdade-economica-promessa-ou-realidade> 14102019>. Acesso em 19 de novembro de 2019.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO. Rodrigo Xavier. **A MP da liberdade econômica: o que mudou no Código Civil? (parte 1)**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-06/direito-civil-atual-mp-liberdade-economica-mudou-codigo-civil>>. Acesso em 19 de novembro de 2019.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO. Rodrigo Xavier. **A MP da liberdade econômica: o que mudou no Código Civil? (parte 2)** . Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-08/direito-comparado-mp-liberdade-economica-mudou-codigo-civil-parte>>. Acesso em 19 de novembro de 2019.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TARTUCE, Flávio. **A MP 881/19 (liberdade econômica) e as alterações do Código Civil. Primeira parte**. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI301612,41046A+MP+88119+liberdade+economica+e+as+alteracoes+do+Codigo+Civil>>. Acesso em 19 de novembro de 2019.

TARTUCE, Flávio. Direito civil. **Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **A Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (MP nº 881) e o direito privado**. Disponível em < <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI301832,81042A+Declaracao+de+Direitos+de+Liberdade+Economica+MP+881+e+o+direito>>. Acesso em 19 de novembro de 2019.