

Federalismo, relação de consumo e liberdade econômica: o embate hermenêutico na jurisdição constitucional, sobre o poder legislador dos estados em matéria de direito civil e direito comercial

Federalism, consumption relationship and economic freedom: the hermeneutic clash in constitutional jurisdiction, on the legislative power of states in matters of civil and commercial law.

Gustavo Henrique Vieira Bezamat



RESUMO

O presente estudo apresenta, inicialmente, uma breve análise histórica do antigo conflito político no Brasil, a respeito da centralização do poder legislativo no governo central. Esse embate entre as forças políticas teve início ainda no período do Brasil Império. Porém, permanece nos dias atuais, numa outra esfera de debate, isto é: no controle de constitucionalidade concentrado. Desse modo, o trabalho faz uma abordagem objetiva do problema da interpretação da Constituição nas ações diretas de inconstitucionalidades, julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente em dois pontos importantes: I) A usurpação da competência do Congresso Nacional, por parte das assembleias legislativas dos estados para legislar sobre direito civil e direito comercial. II) O conteúdo substantivo das normas, especialmente quanto à liberdade individual de livre contratação, representada pelo princípio da livre iniciativa (Art. 1º, IV, Art. 5º, II e Art. 170 da CR/88). Nesse sentido, apresenta-se uma série de julgados do Tribunal Constitucional brasileiro, apresentando ao leitor, as bases teóricas para um método hermenêutico baseado no paradigma do constitucionalismo liberal, como mecanismo de promoção do sistema de livre mercado.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade. relações de consumo. liberdade econômica. federalismo centralizador.

ABSTRACT

This study presents a brief historical analysis of the former political conflict in Brazil, regarding the centralization of legislative power in the central government. This clash between political forces began in the Brazilian Empire period. However, it remains today, in another sphere of debate, that is: in the concentrated control of constitutionality. Thus, the work presents an objective approach to the problem of interpretation of the Constitution in direct actions of unconstitutionality, judged by the Federal Supreme Court, especially in two important points: I) The usurpation of the competence of the National Congress, by the legislative assemblies of the states to legislate on civil and commercial law. II) The substantive content of the norms, especially regarding the individual freedom of free contracting, represented by the principle of free enterprise (Art. 1, IV, Art. 5, II and Art. 170 of CR/88). In this sense, a series of judgments by the Brazilian Constitutional Court is presented, presenting the reader with the theoretical bases for a hermeneutic method based on the paradigm of liberal constitutionalism, as a mechanism for promoting the free market system.

Keywords: constitutionality control. consumption relations. economic freedom. centralizing federalism.

INTRODUÇÃO

O problema da interpretação da constituição envolvendo a competência dos estados federados e a União, vem sendo objeto de grandes debates na esfera da jurisdição constitucional brasileira. Esse problema, parece não ter fim, considerando a grande quantidade de processos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, em que se discute a constitucionalidade de leis estaduais sobre matéria de direito privado. Além disso, o problema envolve não apenas o debate sobre a violação das normas de processo legislativo, mas também, o problema ainda mais grave da intervenção estatal na economia. Sendo que, essa intervenção ocorre de forma indireta, por meio de normas jurídica que criam obrigações para as partes contratantes.

Nesse sentido, o presente trabalho pretende abordar o problema envolvendo a interpretação da Constituição Federal, analisando alguns julgamentos importantes do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Primeiramente, faremos uma breve recordação do federalismo no Brasil, e como ela se desenvolveu historicamente. Em seguida, faremos uma análise dos julgamentos que envolvem o debate jurisdicional do tema, com uma análise da descentralizada legislativa na matéria de produção e consumo, sob o paradigma do constitucionalismo liberal e da economia de livre mercado.

O EMBATE POLÍTICO SOBRE O PODER LEGISLATIVO DAS ANTIGAS PROVÍNCIAS NO IMPÉRIO DO BRASIL

Primeiramente, a questão envolvendo a inconstitucionalidade de normas estaduais e municipais sobre produção, consumo e desenvolvimento econômico, envolve um tema de grande impacto social: a geração de empregos e movimentação da economia. Levando em consideração que a Constituição Federal consagrou e definiu parâmetros de competência legislativa para todos os entes da federação, esta também reservou boa parte deles à União, de maneira que os estados e municípios ficam limitados para editar normas específicas, bem como normais relacionadas ao interesse local, levando em conta a particularidade de cada cidade e estado. Situação muito peculiar do Brasil, considerando a sua diversidade geográfica e cultural. Nesse sentido, importante trazer o conceito e fundamento teórico do federalismo, nas palavras do professor DALMO DE ABREU DALLARI (2010, p. 251):

Em sentido mais amplo, federação, palavra que vem do latim “foedus”, significa aliança. É com tal sentido que ela aparece com mais frequência em sua origem latina. Em termos de uniões políticas, são muitos os casos de alianças de povos e de governantes celebrados em diferentes épocas e lugares, desde a antiguidade. Mas tais alianças, tinham alcance limitado quanto aos objetivos e à interferência nos poderes e interesses de cada participante. Do ponto de vista formal, havia o pressuposto de que cada celebrante da aliança mantinha sua independência para todos os assuntos, embora na prática não fosse raro que o aliado mais poderoso acabasse exercendo maior influência nas ações do conjunto dos integrantes da aliança. Em épocas mais recentes, a palavra “aliança”, aplicada à associação de Estados, acabou tendo uma espécie de bifurcação. Em muitos casos, ela continuou e continua significando uma associação para fins limitados, preservando-se a independência dos celebrantes. A par disso, entretanto, “aliança” acabou tendo o sentido de federação, uma forma especial de aliança, que resultou no federalismo e hoje tem, para os teóricos em geral, um sentido básico, embora apresentando diversas variantes, havendo ainda algumas formas de associação que suscitam dúvidas quanto a configurarem ou não uma federação.

O problema da centralização do poder legislativo no Brasil vem sendo discutido desde a outorga da Constituição Imperial de 1824. Nesse período, haviam dois partidos políticos no Brasil: o Partido Brasileiro, formado por aristocratas ruais; e o Partido Português, representado por comerciantes em geral. Esses “partidos” não eram organizados e fortes como nos dias atuais, pois eram apenas forças político-ideológicas que agrupavam de forma privada (BALEIRO, 2012, p. 21). Isto é: grupos das elites formados por grandes proprietários de terras e comerciantes das cidades.

Após a outorga da Carta de 1824, as províncias nasceram, juridicamente, sem um poder legislativo (NOGUEIRA, 2012, p. 51), sendo que o chefe do poder executivo (o presidente), era nomeado pelo Imperador (Art. 165). Os cidadãos poderiam participar do Conselho Geral da Província, por meio de eleições indiretas (Art. 72; Art. 90), que eram constituídos por 21 membros

nas provinciais mais populosas: Pará, Maranhão, Ceará, Pernambuco, Bahia, Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul. As demais teriam apenas treze membros (Art. 73). No entanto, esses conselhos não poderiam debater temas de interesse nacional (Art. 83), e se aprovassem alguma medida, esta deveria ser encaminhada para a Assembleia Geral na capital do Império, “para serem propostas como projetos de lei e obter a aprovação da Assembleia por uma única discussão em cada câmara.” (Art. 84). Ou seja, as províncias eram praticamente constituídas por um poder executivo, que administrava os bens públicos de interesse coletivo. Uma forma bastante arcaica de administração pública.

Não se propõe neste trabalho, analisar se o antigo sistema de governo provincial era melhor ou pior do ponto de vista de nenhuma corrente teórica, mas apenas destacar o fato de que, o Estado brasileiro era bastante reduzido, nos moldes do paradigma do Estado liberal típico do século XIX.

Na época da Regência (1831-1840), que se deu em razão da renúncia de Dom Pedro I, decorrente de diversas crises políticas e econômicas (PAIM, 2018, p. 102-103), haviam três forças políticas no Brasil: 1) O Partido Exaltado (farroupilhas), que defendiam maior autonomia das províncias, nos moldes do sistema constitucional norte-americano; 2) O Partido Restaurador (caramurus), que defendia a volta de uma maior centralização no Governo Imperial. Este partido deixou de existir com o falecimento de Dom Pedro I em 24 de setembro de 1834. Porém, havia um terceiro grupo chamado de Partido Moderado (os chimangos), com pensamento político menos radical, aceitando negociações políticas. Logo, foi nesse período que as assembleias provinciais foram criadas, pelo Ato Adicional de 1834 (NOGUEIRA, 2012, p. 11, 91).

Nesse contexto, o debate principal era justamente a respeito de manter ou reduzir a autonomia legislativa das assembleias provinciais, para servir aos interesses das oligarquias locais. Nesse período, os restauradores passaram a ser considerados “regressistas”, defendendo a revogação do Ato Adicional de 1834, enquanto os exaltados se tornaram “progressistas”, defendendo a ampliação do rol de competência legislativa das províncias, nos moldes da Constituição dos Estados Unidos da América.

Esses embates políticos causaram muitas crises econômicas no Brasil, considerando que a centralização de poder na Corte Imperial provoca revoltas de grupos políticos nas províncias. Por exemplo, a revolta da Confederação do Equador em Pernambuco, que foi reprimida pelas tropas imperiais em 1824. Importante destacar, que essas guerras civis sempre geram crises financeiras para o país, considerando os gastos excessivos com exércitos e custos marginais. Portanto, o problema da centralização sempre foi motivo de crises no Brasil, devido a sua extensão geográfica. Sendo este um dos motivos pelo qual o primeiro imperador brasileiro não conseguiu governar de forma pacífica, e seu governo durou menos de dez anos.

Já no Segundo Reinado (1840-1889), quando Dom Pedro II se tornou imperador antes de completar 18 anos de idade, e por isso foi chamado de “Golpe da Maioridade” (Art. 121), dois partidos se formaram: 1) O Partido Liberal (os Luzias), e o Partido Conservador (Saquaremas). Ambos apoiavam o governo imperial de Dom Pedro, no entanto, os luzias pretendiam reformas constitucionais descentralizadoras, e os Saquaremas queriam manter o poder limitado dos estados provinciais. Por isso, Dom Pedro II conseguiu equilibrar as forças políticas, formando uma espécie de parlamentarismo, com um governo de coalizão. Isto é: dividindo o poder legislativo entre os dois partidos, haja vista que o Poder Moderador autorizava, indiretamente, a nomeação

e remoção de membros do Senado (Art. 43; Art. 101), fora sua força política nas eleições para deputados (PAIM, 2018, p. 107).

Após um longo período de crises políticas entre as classes sociais no segundo reinado, Dom Pedro II foi deposto do cargo de Imperador, e uma nova constituição foi aprovada em 1891. Essas crises ocorreram, basicamente, em razão da disputa pelo poder, entre o Imperador e as elites agrárias das províncias. Podemos seguramente dizer que as causas do golpe republicano foram que: os proprietários de grandes latifúndios, se sentiram bastante prejudicados com o fim da escravidão decretada pela Lei Áurea de 1888 (BALEEIRO, 2012, p. 11-12). Além disso, os militares também estavam muito insatisfeitos pela forma como eram tratados pelo governo imperial. Isto é, tinham poucos privilégios concedidos pelo Estado; especialmente, ganharam força política e uma certa popularidade após a Guerra do Paraguai (1864 a 1870).

Nesse novo modelo de Estado federativo, e sistema de governo presidencialista, as províncias se tornaram estados federados, e a autonomia legislativa das assembleias aumentou. Entretanto, importante destacar que a autonomia não era plena, como no modelo norte-americano, em que os estados estão autorizados a legislar sobre diversos assuntos incluindo direito penal e processual penal. Isso ocorreu, certamente, em razão da história do federalismo brasileiro. Já que este apenas se consolidou, artificialmente, em 1891, enquanto que as antigas colônias britânicas na América do Norte, já possuíam uma longa tradição de independência, desde suas fundações, o que não ocorreu com as províncias brasileiras.

A CONTROVÉRSIA SOBRE O FEDERALISMO CENTRALIZADOR NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Após quase um século da primeira constituição republicada, a Constituição Federal de 1988 ainda provoca muitos debates políticos sobre a autonomia dos estados. Contudo, atualmente a discussão ocorre no Supremo Tribunal Federal, por meio da jurisdição constitucional concentrada. Isso porque, o Poder Constituinte Originário de 1988 estipulou, no Artigo 22¹, que compete privativamente à União legislar sobre quase todos os assuntos, mas, especialmente, sobre direito civil, comercial, comércio interestadual e comércio exterior. Entretanto, embora a Constituição tenha dado maior força normativa ao Congresso, observa-se que, o artigo 24 ampliou a possibilidade dos estados e municípios também legislarem, de forma concorrente, sobre uma das matérias mais controversas e polêmicas da política nacional: o tema “produção e consumo” (inciso V²).

Desse modo, verifica-se que, ainda nos termos do parágrafo primeiro do artigo 24, a União deverá apenas editar normas gerais, e no parágrafo seguinte, os Estados ficaram autorizados a editar essas mesmas normas, apenas na hipótese do Congresso Nacional já não ter feito. Isto é, na hipótese de uma omissão deste órgão legislador; bem como, no último parágrafo (§ 4º), determina que esta eventual norma subsidiária perderá sua eficácia na hipótese do Poder Legislativo Federal promulgar alguma norma geral. Ou seja, nota-se a criação de um microssistema normativo no patamar constitucional, que, muito embora tenha força de norma constitucional, em muitos casos se mostra confuso, provocando muitas controvérsias interpretativas, especial-

¹ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

² Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) V - produção e consumo;

mente no que concerne à produção e consumo.

Primeiramente, vejamos o caso da ADI 907, em que o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a Lei Estadual 2.130/1993, do Estado do Rio de Janeiro, que obrigava os supermercados a oferecerem aos seus clientes, por meio de um funcionário do próprio estabelecimento, o serviço de empacotador de compras nos caixas da loja. O Ministro LUIS ROBERTO BARROSO, abrindo divergência do Relator Min. ALEXANDRE DE MORAES, afirmou a inconstitucionalidade da norma, tanto formal quanto material, asseverando que, o modelo econômico determinado na Constituição Federal é, justamente, o sistema que prioriza a livre iniciativa:

Existem, Presidente, dois grandes sistemas econômicos praticados no mundo, a meu ver; um de economia planificada, em que as principais decisões são tomadas pelo Estado com grande restrição à iniciativa privada, que é o modelo socialista. E um outro de economia descentralizada, em que os agentes econômicos é que tomam livremente as suas decisões quanto a preço e quanto aos serviços que são ofertados. Esse é o modelo de livre iniciativa. Acho que esse é o modelo que foi escolhido expressamente pelo constituinte brasileiro, e está inscrito no art. 1º, IV, como um dos fundamentos da República, a livre iniciativa. De modo que eu não acho que, num modelo de livre iniciativa, possa caber legitimamente ao Estado decidir se vai ter empacotador ou não vai ter empacotador no supermercado. Num sistema de economia aberta, quem vai decidir se vai ter empacotador ou não vai ter empacotador é o mercado de livre concorrência. Se há demanda por empacotador, o concorrente vai colocar empacotador, agora o Estado... (ADI 907, p. 23)

Seguindo a mesma linha de pensamento, a maioria dos ministros entendeu que a norma ofende diretamente o princípio da livre iniciativa. Isso ocorreu pelo simples fato de criar uma obrigação legal aos supermercados, em manter pelo menos um funcionário em cada máquina registradora, com a atribuição de acondicionar as compras ali efetuadas. Assim, verifica-se uma evidente intervenção na propriedade privada, bem como na esfera de decisões livres do proprietário da loja, criando, por consequência das violações constitucionais, uma espécie de reserva de mercado para os funcionários da loja. Portanto, observa-se que, no julgamento da ADI 907, os Ministros debateram sobre o tema, trazendo reflexões importantes sobre a matéria, especialmente a respeito da sanção imposta pelo legislador estadual na hipótese de descumprimento. Nesse sentido, mostra-se importante trazer, *ipsis literis*, o conteúdo da norma impugnada:

Art. 1º - Os Estabelecimentos Comerciais autodenominados de Supermercados, sediados ou com filiais no Estado do Rio de Janeiro, terão que prestar serviço de empacotamento dos produtos comercializados nos mesmos.

Parágrafo único - Entende-se, por EMPACOTAMENTO, o serviço prestado por funcionário do estabelecimento, que terá como função principal a de EMPACOTADOR, de colocar, em sacolas, os produtos que forem adquiridos pelos clientes.

Art. 2º - O descumprimento desta Lei acarretará as seguintes penalidades:

I - Multa de 10 a 100.000 UFERJs;

II - Interdição do Estabelecimentos.

Art. 3º - Os estabelecimentos, citados, terão prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data da publicação da presente Lei, para adequarem seus quadros de pessoal às normas aqui contidas. Art. 4º - Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Infere-se da leitura da Lei estadual do Rio de Janeiro declarada inconstitucional, um evidente abuso do poder de legislar, especialmente no que se refere às penalidades prescritas no

artigo segundo, quando, além de aplicar multa pelo descumprimento da norma, ainda prescreve, de forma até mesmo intimidatória e claramente coercitiva, a pena de interdição do estabelecimento. Assim, um ponto importante a ser mencionado em relação a este caso em particular, é o fato curioso e alarmante informado pelo autor da ação, a CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO. Segundo ela, outra direta de inconstitucionalidade já havia ajuizado anteriormente, impugnando outra norma também editada pela Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro (Lei nº 1.914/1991), de conteúdo praticamente idêntico a este. Trata-se da ADI 669 (Rel. Min. Octavio Gallotti).

A Confederação afirma na petição inicial, que após o deferimento da liminar para suspender a execução da primeira lei, “a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro elaborou nova lei, com o mesmo comando daquela cuja incidência foi suspensa, ou seja, a Lei nº 2.130, de 16 de junho de 1993”, o que provocou o ajuizamento de reclamação constitucional, alegando desrespeito à autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal. Portanto, verifica-se não apenas um abuso do poder de legislar, mas um flagrante desrespeito à Jurisdição Constitucional, bem como aos preceitos fundadores da decisão que suspendeu liminarmente a eficácia da lei.

Não sendo suficiente tal situação, há pouco tempo, no ano de 2020, a Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro editou a Lei estadual 8.932/2020 com o mesmo conteúdo normativo, porém alegando que, para evitar a formação de filas e aglomeração nos caixas de supermercados, estes ficariam obrigados a designar o serviço de empacotador nos caixas enquanto perdurar o estado de calamidade pública decorrente da pandemia do coronavírus. Sendo assim, a CNC ajuizou uma nova ação no Supremo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.498 (Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

Voltando ao julgamento da ADI 907, que serviu como marco jurisprudencial de padrão interpretativo, mostra-se importante destacar que, pelo fato da decisão colegiada não ter sido unânime entre os Ministros do Tribunal, algumas ponderações interessantes foram feitas a respeito da importância da defesa do consumidor. Assim, o Min. Relator ALEXANDRE DE MORAES, julgou parcialmente procedente afirmando tratar-se de norma que visa melhorar o serviço prestado pelo supermercado. No entanto, o que mais chama atenção é o voto do Min. RICARDO LEWANDOWSKI, vejamos ad litteram:

(...) Não vivemos na Inglaterra, nem na Alemanha, em que existem caixas automáticos que funcionam perfeitamente bem. Eu me permito até usar uma linguagem um pouco mais coloquial, para atender ao interesse daqueles que nos assistem: Quem vai a um supermercado hoje sabe o sofrimento do consumidor, quando passa pelo caixa e tem que empacotar os produtos que adquiriu. Não raro vemos senhoras de idade, gestantes, e mesmo pessoas mais capazes fisicamente lutando para empacotar, sendo empurrados pelo consumidor seguinte. E a fila vai se adensando, exatamente porque o supermercado não coloca à disposição dos consumidores mais caixas e pessoas que devam auxiliá-los no sentido de dar conta dos produtos que foram adquiridos. Esse é um aspecto importante que deve ser observado. Nós estamos realmente em um estágio do capitalismo brasileiro em que, infelizmente, os empresários procuram levar vantagens, e, nesta época de crise econômica, estão cortando a mão de obra em detrimento do consumidor.

Analisando as palavras do Ministro, verifica-se, neste caso específico, uma hermenêutica totalmente inversa à economia de livre mercado, na medida em que não houve qualquer ponderação sobre a força normativa do princípio da livre iniciativa. Segundo o Eminentíssimo Ministro, o empresário deve ter a obrigação de promover um melhor atendimento ao consumidor, inclusive afirmando que aquele (empresário), apenas busca levar vantagens em detrimento deste (o con-

sumidor). Isto é, o raciocínio posto no voto deixou de extrair do texto constitucional, a essência do constitucionalismo limitador do poder estatal, permitindo uma invasão do estado no campo da esfera privada entre consumidor e fornecedor. Assim, ao contrário do que fora dito pela minoria vencida, o Min. GILMAR MENDES esclarece em seu o seguinte:

Nenhuma dúvida de que se tratava de uma norma que queria preservar a categoria. Sabemos inclusive do destino histórico dessas leis. Estamos vendo esse movimento hoje, taxistas, Uber, diante dessa evolução tecnológica. O Ministro Alexandre tenta salvar o espírito da lei eliminando o parágrafo único. Mas a questão parece ser muito mais profunda e tem relação com o Direito do Trabalho e com o Direito Comercial. Imaginem, recentemente houve – foi muito noticiado – uma decisão do TRT do Espírito Santo, 17ª Região, que proibiu as demissões naquele Estado, simplesmente dizendo que não haveria dispensa, independentemente da decisão do Supremo sobre livre iniciativa. Aquele Estado acabaria por tornar-se, caso subsistisse essa decisão, que foi revista pelo próprio tribunal, um tipo de ilha da fantasia, um paraíso trabalhista ao contrário, porque é claro que as empresas não gostariam de lá estar, uma vez que é a solução venezuelana, bolivariana, em que as empresas fecham, mas não podem dispensar os seus funcionários. (ADI 907, p. 46)

Observa-se que, a intervenção da norma estadual no domínio da iniciativa privada, tem uma forte tendência de criar uma espécie de “engano econômico”. Isto é, uma ordem artificial que não condiz com a realidade, provocando claro desequilíbrio do sistema econômico com consequências sociais terrivelmente negativas, atingindo até mesmo o campo da dignidade humana, vejamos novamente as palavras do Ministro:

Agora, infelizmente, não se cria empregos artificialmente. Lembro-me, para falar de experiências, da antiga República Democrática Alemã. Eles produziram, até o final, em 1989 e 90, um carro célebre, chamado LADA, era um FIAT dos anos 50, que foi sendo fabricado. Quando a situação na Alemanha chegou ao quadro de explosão, então, se soube como funcionava, as televisões passaram a entrar lá, e os carros... Todo mundo sabe que, para ter um carro, na Alemanha oriental, era preciso entrar numa brutal fila, não se produziam carros com a dinamicidade do sistema ocidental. Lá havia a determinação do direito ao emprego, direito ao trabalho, na Constituição. Como se cumpria mais ou menos essa exigência constitucional? Criando os empregos ficticiamente, simulando que se pagava. Então, nessa fábrica LADA, uma peça era conduzida até a outra, numa roldana, em que o sujeito carregava. Vejam, o empregado alemão, criativo como é, fazendo esse tipo de trabalho, montando um carro manualmente porque tinha o direito ao trabalho. É algo indescritível, foi isso que o socialismo produziu, o socialismo real, essa realidade. Então me parece que esta é uma questão realmente muito séria, estamos condenados a discutir este tema. (ADI 907, p. 47)

Ademais, a legislação estadual, com pretexto de auxiliar o serviço ao consumidor, acaba por criar serviços e empregos privados, cujo custo será transferido ao preço dos produtos nas prateleiras dos supermercados. Ou seja, sinônimo de desvalorização da moeda nacional, conforme dito pelo Min. Marco Aurélio Melo: “Presidente, a Lei do Estado do Rio de Janeiro foi além da proteção ao consumidor. Criou serviço, e, ao fazê-lo, o legislador inobservou o fundamento da República que é a livre iniciativa. Mais do que isso. Todo serviço tem custo transferido ao usuário, ante o fato de a iniciativa privada estar sujeita à morte civil, que é a insolvência.” Ou seja, verificamos um perigo à liberdade econômica, ao permitir que os estados federados legislem sobre matérias de direito civil e relações de consumo. Isso porque, o contrato de compra e venda no supermercado se enquadra no Código de Defesa do Consumidor como “relação de consumo”, no entanto, ainda é uma matéria de direito civil (relações privadas). Segundo o Ministro Marco Aurélio: “A situação, a meu ver, é mais favorável, em termos de conclusão sobre o conflito da Lei com a Constituição Federal, do que a julgada há pouco. Deu-se a criação de serviço, maltratando-se a livre iniciativa e ferindo-se de morte a boa política do mercado. Acompanho, portanto, a divergência.” (ADI 907, p. 50)

Por fim, quanto à evidente consequência na economia e aumento de preços de produtos, bem como inflação generalizada, mostra-se evidente que regular atividade privada não produz bons resultados. Conforme dito expressamente pelo Min. Barroso: “não se deve duvidar que o custo do serviço de empacotamento será imediatamente repassado para o preço das mercadorias, em prejuízo aos consumidores.” Isto é, medidas legislativas de natureza contratual não são favoráveis ao desenvolvimento da sociedade, mas bastante prejudiciais. Por isso, uma hermenêutica constitucional voltada para a defesa da liberdade individual (livre iniciativa), deverá seguir no sentido de restringir a competência dos estados para legislar sobre direito do consumidor, aplicando essa matéria como parte do direito civil (contratos e obrigações).

Seguindo essa mesma linha interpretativa, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 24 de outubro de 2018, negou provimento ao RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 839.950, interposto pelo Município de Pelotas/RS em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, em sede de controle concentrado estadual, declarou inconstitucional a Lei Municipal nº 5.690/2010. Essa lei obrigava os supermercados a prestarem serviços de empacotador. Vejamos a tese em fixada em sede de Repercussão Geral (art. 1.038, § 3º, do CPC/2015): “São inconstitucionais as leis que obrigam supermercados ou similares à prestação de serviços de acondicionamento ou embalagem das compras, por violação ao princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV, e 170 da Constituição).”

O Relator do recurso, Ministro Luiz Fux, citou precedentes que ensejaram a repercussão geral dos recursos (RE 470.933/RS, AI 731.752/SP e RE 470.928/RS) e afirmou, com base na ADI 907, que referidas legislações possuem o condão de desenvolver uma espécie de manutenção de postos de trabalho, prejudicando a autonomia privada dos gestores de mercados, bem como a obrigação legal de prestar serviço de empacotamento, pode configurar a prática de venda casada, podendo resultar em aumento de preços para os clientes, mesmo para aqueles que não necessitem de tal serviço:

Quanto ao aspecto material, igualmente é inconstitucional a lei vergastada. O princípio da livre iniciativa, plasmado no art. 1º, IV, da Constituição como fundamento da República e reiterado no art. 170 do texto constitucional, é verdadeira barreira normativa estabelecida pelo constituinte contra providências que obstem a denominada “destruição criativa”. Noutras palavras, não cabe ao legislador adotar medidas que, direta ou indiretamente, destinem-se à manutenção artificial de postos de trabalho, em detrimento das reconfigurações de mercado necessárias à inovação e ao desenvolvimento. O empreendedor possui o direito, resguardado pela Carta Magna, de formatar o seu negócio da forma mais eficiente para o atendimento das demandas dos consumidores, aplicando a organização apropriada para otimização das tarefas e processos empresariais, conforme suas necessidades e conveniências. (REXT-839.950, 2018 p. 17)

O Ministro demonstrou no seu voto, que o papel do Estado deve ser mínimo, não cabendo o legislador substituir o administrador privado na sua gerência, criando um “modelo de supermercado”. Nas palavras de Mário A. F. L. Guerreiro (2010, p. 52), citado pelo Ministro, o Estado deve apenas “proporcionar condições mínimas de bem-estar do cidadão, cobrar tributos, prestar serviços públicos e editar comandos legais para regular as relações econômicas.”³ Ou seja, na tentativa de interferência na esfera privada, o Estado sempre termina criando ainda mais problemas, e como sempre ocorre, promovendo uma distorção que prejudica no final o próprio consumidor. Ele afirmou também que: “Além disso, ao contrário do afirmado pelo Município, a medida não beneficia qualquer consumidor. Pelo contrário, representa violação à garantia constitucional

³ GUERREIRO, Mário Augusto Figueiredo de Lacerda. O Poder Judiciário como agente regulador da economia. In: *Revista de Direito Empresarial*, nº 14, jul./dez. 2010. p. 52.

da proteção aos interesses dos consumidores (art. 5º, XXXII).” Além disso, a legislação estadual cria uma espécie de “venda casada” – uma prática proibida pelo próprio Código de Defesa do Consumidor (Art. 39, I), haja vista que obriga o comprador a adquirir outro produto sem ter solicitado. Segundo ele: “No caso em apreço, o legislador estabelece uma venda casada mandatária, visto que todos os consumidores de supermercados ficarão obrigados a pagar pelo serviço de empacotamento como um valor embutido no preço dos produtos adquiridos, ainda que não necessitem do serviço ou simplesmente não possuam recursos para gastar com esse tipo de luxo.”

Por fim, mostra-se importante mencionar, que no julgamento deste recurso, o Ministro Edson Fachin modificou seu entendimento em relação à constitucionalidade da matéria, e de forma nobre e brilhante, após o julgamento da ADI 907, demonstrou humildade e decidiu seguir os precedentes do Tribunal em favor da liberdade. Essa atitude do ministro demonstra uma imparcialidade da decisão, no sentido de que, mesmo que possua um entendimento diferente, deixou-se convencer pelos argumentos apresentados, e principalmente decidiu de forma objetiva. Isto é: de acordo com um padrão interpretativo mais coerente com os preceitos constitucionais. Nesse caso, não se trata de incoerência, mas de coerência com a ordem jurídica, bem como ao princípio da colegialidade.⁴

O problema da intervenção estatal na indústria de alimentos

Vejamos outro caso envolvendo a Associação Brasileira de Supermercados (ABRAS), contra a Lei estadual nº 15.361/2014 do Estado de São Paulo, que regulamentou a exposição de produtos orgânicos nos estabelecimentos comerciais daquele estado (ADI 5.166). Isso porque, no ano de 2003, o Congresso Nacional promulgou a Lei Federal 10.831/2003 que dispõe sobre a chamada agricultura orgânica: um modelo especial de produção agropecuária. O objetivo é promover a venda de produtos mais saudáveis no mercado de consumo, sem a presença de materiais químicos, e com isso incentivar a sustentabilidade econômica e ecológica.

Nos termos ad litteram do Artigo 2º da Lei da Agricultura Orgânica, “Considera-se produto da agricultura orgânica ou produto orgânico, seja ele in natura ou processado, aquele obtido em sistema orgânico de produção agropecuário ou oriundo de processo extrativista sustentável e não prejudicial ao ecossistema local.” Nesse sentido, em dezembro de 2007, o então Presidente da República, editou um regulamento disciplinando e detalhando a aplicação da Lei da agricultura orgânica (Decreto Nº 6.323/2007). Ocorre que, no Julgamento da ADI 5.166, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a lei estadual paulista, na realidade, tem o objetivo de promover a proteção do consumidor, o que automaticamente já incide o instituto da competência concorrente da União e dos estados, afastando a interpretação de que a referida lei regula o direito comercial. A base desse fundamento, no entanto, é a justificativa/exposição de motivos apresentado no projeto de lei, que tramitou na assembleia legislativa, entendendo que “a vontade do legislador” era facilitar para o consumidor a localização dos produtos orgânicos e estimular seu consumo, ampliando a obrigação já prevista no Decreto Federal 6.323/2007.

Isso porque, o referido Decreto presidencial determina que, no comércio varejista, os produtos orgânicos que não possam ser diferenciados visualmente dos similares, não orgânicos, devem ser mantidos em espaço delimitado e identificado. Contudo, a lei paulista foi mais além,

4 Verifica-se, portanto, que, em precedente recente deste Plenário, assentou-se a inconstitucionalidade de norma local (lei estadual) que dispunha sobre o mesmo assunto, de modo que não seria coerente, nem desejável, uma virada jurisprudencial sem razão suficientemente sólida a justificar. Diante do exposto, ressaltando ponto de vista pessoal divergente, e em homenagem ao princípio da colegialidade, nego provimento ao presente recurso extraordinário. É como voto. (RE 839.950/RS, p. 30)

devendo ser expostos em espaços exclusivos, o que na visão dos comerciantes, representados pela ABS - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SUPERMERCADOS, estaria prejudicando a sua atividade empresarial. Ou seja, a lei estadual é ainda mais interventora, provocando uma violação ao princípio da liberdade comercial (livre iniciativa: Art. I e 170 CR/88). Nesse caso, a liberdade do proprietário da loja em definir a forma como serão expostos os produtos.

Já em relação aos produtores que não utilizam o método sustentável anteriormente mencionado, o Supremo Tribunal Federal enfrentou, no ano de 2020, o problema envolvendo a rotulagem de produtos de gênero alimentícios destinado ao consumo humano (ADI 4.619), produzidos a partir de organismos geneticamente modificados. Isso porque, a Confederação Nacional da Indústria (CNI), entidade que representa os industriais brasileiros, sediada em Brasília, ajuizou ação direta de inconstitucionalidade contra a Lei 14.274 aprovada em 2010 pelo Estado de São Paulo. Essa lei, havia regulamentado a rotulagem de produtos transgêneros naquele estado da federação; e a CNI alegou, que a Assembleia Legislativa teria extrapolado a autorização constitucional para legislar sobre o assunto, invadindo a competência do Congresso Nacional para produzir normas sobre comércio interestadual. Ademais, indiretamente violava também a regra sobre direito civil (direito contratual, mais especificamente).

A referida Lei estadual determinava que, na comercialização de produtos destinados ao consumo humano, ou animal, ou também aqueles utilizados por fazendeiros na agricultura, ficaria obrigatória a informação a respeito da sua origem e procedência, quando houver a presença de organismo transgênico em proporção igual ou superior à 1% (um por cento). Ou seja, na prática, os produtores e fornecedores passariam a ter a obrigação legal de informar, nos rótulos dos produtos, a presença de tais organismos, sob pena de aplicação de multas pela administração pública. Importante dizer que a matéria enfrentada pela Suprema Corte já havia sido regulamentada pela chamada Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005), que regulamentou o Artigo 225⁵ da Constituição Federal, estabelecendo normas gerais de segurança e mecanismos para a melhor fiscalização das atividades de indústrias que envolvam organismos geneticamente modificados (OGM).

Ademais, concerne destacar que a mencionada legislação não será objeto de análise aprofundada neste trabalho, porém mostra-se importante mencioná-la, bem como informar o seu objetivo no âmbito da regulação da matéria constitucional, tendo em vista a sua importância para a saúde da população, considerando que se destina a proteger em geral os consumidores de produtos alimentícios, o que obviamente engloba a totalidade das pessoas, em todo o território nacional. Contudo, o parágrafo primeiro do Artigo 24 da Constituição Federal, define tratar-se de competência exclusiva do Congresso Nacional, elaborar normas gerais sobre os temas relacionadas à produção e consumo, sendo que aos demais entes políticos (estados da federação, municípios e Distrito Federal), cabem a tarefa de legislar promovendo normas suplementares no sentido de adequar à realidade local.

Ocorre que, muito embora a Constituição Federal tenha estabelecido o sistema de legislação concorrente entre os entes da federação, observa-se uma enorme divergência entre essas legislações nessa temática. Isso porque, no caso da regulamentação da Lei de Biossegurança

5 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...) V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

de 2005, verifica-se o problema do impacto direto na economia e no livre comércio, provocado pela lei estadual, que teria, por um “pequeno” detalhe, dificultado os negócios entre produtores e fornecedores. Isso porque, a obrigatoriedade por parte dos produtores, em todo o território nacional, segundo o ordenamento jurídico federal, era apenas de informar, nos rótulos dos produtos, a existência de organismos transgênicos, no limite de um por cento, ou seja, quando houver mais de 1% de OGM nos alimentos, estes devem ser informados, sob pena de aplicação de sanções administrativas. No entanto, a Lei Estadual teria criado uma situação diferenciada no Estado de São Paulo, afetando o comércio para aquele estado da federação, e provocando um impacto na produção e eventualmente na economia nacional.

Conforme mencionado pelo Ministro G. MENDES na ADI 907, o problema das legislações interventoras no comércio em âmbito estadual é grave, e pode gerar muitos prejuízos para a economia nacional. O mesmo problema ocorreu no Estado do Paraná, com a Lei Estadual 14.861/2005, declarada inconstitucional na ADI 3.645, por contrariar o Decreto Federal 4.680/03, ao impor a obrigação de inserir informação no rótulo de produtos, desde que seja detectado percentual de organismo geneticamente modificado superior a 1%.

O embate judicial sobre a produção de café no Estado do Paraná

Outra situação semelhante foi apresentada pela Confederação Nacional da Indústria, através do ajuizamento da ADI 2.832, contra a Lei 13.519/02 do Estado do Paraná. Essa lei estabeleceu a obrigação dos produtores de café da região, a inserir no rótulo de embalagens comercializados em todo o estado, a informação de cada espécie vegetal que compõe o produto. Além disso, deverá especificar o percentual de grão de café que não sejam do gênero “Coffea”, bem como um selo de qualidade outorgado pela APC - Associação Paranaense de Cafeicultores.

Nesse sentido, a referida Confederação, que sempre representa os industriais brasileiros no Supremo Tribunal Federal, apresenta a tese de inconstitucionalidade da Lei sob dois aspectos básico: em relação ao vício formal orgânico, a Assembleia Legislativa teria usurpado a competência da União para regulamentar o direito comercial, forte na interpretação de que o assunto é relativo ao comércio, nos termos do Art. 22, inciso primeiro da Constituição Federal. Já no aspecto substancial (inconstitucionalidade material), a lei acaba por ferir os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, considerando que as obrigações criadas pela lei, provocam, na visão dos produtores de café, uma dificuldade maior com conseqüente onerosidade do processo.

O que se observa na controvérsia, é que o princípio da livre iniciativa, estampado no Artigo Primeiro da Constituição, encontra-se protegido pelo artigo 22, quando limita a atividade legislativa dos estados membros. Justamente com o intuito de prevenir a criação de leis estaduais e municipais que eventualmente intervenham na atividade comercial. Isso é claro no texto maior. Contudo, o artigo 24, quando abre espaço para os estados legislarem sobre produção e consumo, acaba-se por criar uma gama de possibilidades de interpretações. Isto é: amplia o espaço de discricionariedade dos legisladores estaduais e municipais.

Veja-se que, em diversas teses de inconstitucionalidade apresentadas no Supremo, especialmente no que se refere à conflitos entre legislações estaduais que regulam atividades comerciais, com a finalidade de proteger o consumidor final, o problema interpretativo está em aplicar o art. 22 ou o art. 24 da Constituição Federal. Nesse sentido, como ordenamento jurídico não tolera contradições (BOBBIO, 1995, p. 203), a jurisdição constitucional passa a ter um papel im-

portante na interpretação do texto constitucional. Isto é: dar o sentido correto de qual conduta o Constituinte prescreveu, aplicando a norma de uma hierarquia superior numa hierarquia inferior (KELSEN, 2004). Além disso, buscar o sentido da conduta prescrita na norma impugnada, a fim de decidir qual regra de competência deve ser aplicada.

Nesse contexto, antes de adentrar no resultado final do julgamento, mostra-se significativo abordar os métodos hermenêuticos clássicos e contemporâneos utilizados na atividade jurisdicional, nas hipóteses de eventual conflito entre normas inserida no ordenamento jurídico. Isso porque, observa-se um evidente conflito entre a norma constitucional que limita a atividade legislativa dos estados, e a norma que autoriza esse poder, cabendo ao aplicador da norma, decidir qual deve ser a mais adequada.

Dessa maneira, nota-se que ambas as normas se encontram em patamares hierárquicos iguais, isto é, ambas estão na esfera constitucional, sendo tratadas como normas jurídicas fundamentais (KELSEN, 2004; DANTAS, 2013). No entanto, apenas uma delas deve ser aplicada, de acordo com o clássico método exegético positivista, onde o conflito entre regras jurídicas é solucionado pela aplicação ou não de uma delas, a partir do critério de validade.

No pensamento positivista clássico, todo o ordenamento jurídico é composto apenas por regras, isto é, embora seja inegável a existência de princípios jurídicos, no paradigma do positivismo clássico, estes são vistos apenas como ideias menos importantes que as regras, devendo ser utilizados apenas em casos de lacunas ou antinomias entre elas, porém de uma forma bastante restrita. Isso porque, como a base doutrinária do positivismo encontra-se firmada no princípio da segurança jurídica, bem como na necessidade da criação de um ordenamento normativo que seja possível dar previsibilidade para as decisões judiciais, busca-se com isso impedir a proliferação de interpretações baseada em critérios subjetivos do julgador. Nesse sentido, para explicar bem o que é a subjetividade na interpretação jurídica, vejamos o ensinamento do professor mineiro BRUNO CAMILLOTO (2014, p. 73):

A construção do conceito de objetividade pressupõe uma limitação do intérprete quando da atividade hermenêutica realizada frente à norma jurídica. O intérprete do Direito não pode extrair ou atribuir qualquer sentido a determinado texto legal ou a um ordenamento jurídico. Diferentemente do conhecimento das ciências da natureza, as ciências sociais não apresentam um caráter de exatidão e precisão como já salientado por Reale. Deve haver uma ideia de objetividade que permita o mínimo de segurança para o estudioso do Direito executar sua tarefa hermenêutica. Em se tratando da Ciência do Direito, a necessidade da construção do conceito de objetividade torna-se imprescindível diante do princípio da segurança jurídica. É necessário compreender os limites da interpretação jurídica, ou como diz Pontes de Miranda, qual a elasticidade da interpretação da norma jurídica.

Nesse contexto teórico, pode-se afirmar, que a hermenêutica clássica prioriza as regras em detrimento dos princípios. Esse padrão possui, na sua essência, o intuito de estabilizar a interpretação, reduzindo a discricionariedade. Porém, vem sendo objeto de debates no âmbito doutrinário e jurisprudencial. Segundo ROBERT ALEXY (2008, p. 87) os princípios constitucionais devem servir de orientação para a aplicação das regras específicas, como mandados de otimização. Segundo ele: “regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição.”

De maneira geral, considera-se que a segurança jurídica está diretamente relacionada com elementos objetivos do ordenamento, como garantia de estabilidade jurídica, segurança de

orientação e realização do direito. Nesse sentido, verifica-se que, no julgamento da ADI 2.832, que ocorreu de forma unânime em 2008, o Tribunal decidiu pela improcedência do pedido de inconstitucionalidade da lei. Logo, para demonstrar de forma clara a ponderação de princípios aplicada pelo Tribunal, bem como o problema decorrente da ampliação da discricionariedade nas decisões, vejamos as palavras ad litteram, do Ex-Ministro Celso de Melo em seu voto, afirmando que a lei estadual impugnada, torna efetivo o direito à informação do consumidor, bem como o direito à saúde. Segundo ele:

Com esse propósito, Senhor Presidente, e para não degradar o compromisso de defesa do consumidor à condição inaceitável de uma promessa irresponsavelmente vã, ou de uma proclamação constitucional meramente retórica, ou, ainda, de um discurso politicamente inconsequente, a Lei Fundamental, visando a promover o bem de todos, veio a instituir um verdadeiro condomínio legislativo, partilhando, entre a União, os Estado-membros e o Distrito Federal (CF, art. 24, VIII), sem falar nos Municípios, a competência para legislar, em caráter concorrente, sobre medidas e políticas públicas destinadas a viabilizar a proteção - que se quer efetiva, plena e real, a ser conferida ao consumidor. (ADI 2.832 - p. 201)

Verifica-se que a interpretação teleológica da Legislação estadual serviu como alicerce para o Tribunal afirmar a constitucionalidade da mesma, no momento em que se extrai da norma, a clara intenção do legislador de garantir ao consumidor o direito de informação sobre o produto que está adquirindo. Nesse caso, pelo voto do Ministro Celso de Melo, constatou-se uma forte tendência de elevar o princípio constitucional de defesa do consumidor, como base para ampliar a competência concorrente entre os entes federados. Esse método interpretativo flexibiliza, por outro lado, o princípio da livre iniciativa, invocado pela tese de inconstitucionalidade da Confederação dos cafeicultores.

Os serviços de telecomunicações nas relações de consumo

Por fim, necessário analisar a questão constitucional envolvendo a relação de consumo nos serviços de telecomunicações, o que também se mostra bastante controverso no cenário atual da jurisdição constitucional. Isso porque, recentemente, no dia 25 de novembro de 2020, o Supremo Tribunal Federal julgou a inconstitucionalidade de duas leis estaduais que tratavam do assunto: uma delas do Estado da Bahia e outra do Rio de Janeiro (ADI 6.326 e ADI 6.064). No entanto, o v. decisum colegiado não foi unânime.

Nesse contexto, importante mencionar, que em julho de 1997, o Congresso Nacional promulgou, com base na Emenda Constitucional nº 8 de 1995, a Lei Federal 9.472, denominada de LEI GERAL DAS TELECOMUNICAÇÕES, que de forma completa, regulamentou a organização dos serviços de telecomunicações, bem como criou um órgão regulador do setor: a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, vinculada ao Ministério das Comunicações, e regulada pelo Decreto Nº 2.338/1997. No entanto, embora os serviços relacionados à telefonia sejam normatizados por Lei Federal e Decreto Presidencial, a Assembleia Legislativa do Estado da Bahia decidiu inserir no ordenamento jurídico, a LEI ESTADUAL Nº 14.228/2020, que, de uma forma inovadora, estipulou um limite de tempo para a utilização de créditos ativados de telefones celulares pré-pagos, e previu sanções em caso de descumprimento, atribuindo aos órgãos e às entidades de defesa do consumidor, a fiscalização dos mesmos.

Nesse sentido, a referida lei foi totalmente impugnada pela ACEL - Associação das Operadoras de Celulares, que alegou, principalmente, a usurpação da competência da União para

legislar sobre a matéria, criando um cenário de antinomia no ordenamento jurídico nacional. No julgamento das ações em conjunto, a Ministra Cármen Lúcia reconheceu o propósito de proteção ao consumidor, porém asseverou a competência constitucional da União para explorar os serviços de telecomunicações, nos termos do Artigo 21, inciso XI, da Constituição Federal. Essa norma, por sinal, foi objeto de regulamentação pela Lei Geral das Telecomunicações (LEI nº 9.472/1997), com a criação da ANATEL, inclusive já havia regulamentando a matéria de telefonia pré-paga na RESOLUÇÃO Nº 632/2014. Essa norma instituiu prazos de validade para os créditos não inferiores a 30 dias.

Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal decidiu que não se aplica neste caso, a descentralização, visto que, além de confrontar ato normativo da agência nacional especializada na matéria, a lei estadual também interferiu em serviço público exclusivo da União, situação que pode afetar o equilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão, com forte ligação com o direito econômico. Contudo, o ministro MARCO AURÉLIO abriu divergência e afirmou o contrário. Segundo ele:

O texto constitucional não impede a elaboração de legislação estadual que, sem tratar especificamente da prestação dos serviços de telecomunicação, venha a afetar a atividade das concessionárias, preservado o núcleo de obrigações assumidas em contrato. Com a edição do diploma, buscou-se potencializar, no âmbito local, mecanismo de tutela da dignidade dos consumidores, ou destinatários finais, na dicção do artigo 2º da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. (...) Ausente interferência na atividade-fim das pessoas jurídicas abrangidas pela eficácia do ato atacado, inexistente usurpação de competência da União. Dirirjo da Relatora, para julgar improcedente o pedido. (ADI 6326/BA, 2020, p. 20-21)

Já na Ação Direita nº 6.064, proposta pela ACEL e pela ABRAFIX - Associação Brasileira de Concessionárias de Serviços Telefônico Fixo, fora questionado o conteúdo e a forma da LEI ESTADUAL Nº 7.871/2018, do Rio de Janeiro, que, entre outros pontos, proibia a cobrança das situações seguintes: 1) que os serviços de caixa postal, chamada em espera, identificador de chamadas e conferência, somente poderão ser cobrados com o prévio conhecimento dos usuários. Além disso, 2) proibiu a cobrança dos dez segundos iniciais após o acionamento do serviço de caixa postal, caso o usuário não registre mensagem. Contudo, no mesmo sentido da ADI Nº 6.326, de relatoria da ministra Rosa Weber, o Tribunal entendeu que, muito embora a ratio legis do legislador estadual seja promover a proteção do consumidor, a norma produz um efeito prático de interferir na estrutura de prestação do serviço público e no equilíbrio dos contratos administrativos. Logo, novamente, pela ponderação (relativização) de princípios, os Ministros Marco Aurélio e Alexandre de Moraes ficaram vencidos.

Além desses dois casos, envolvendo os estados da Bahia e do Rio de Janeiro, no ano de 2016, novamente a Associação das Operadoras de Celular ajuizou outras três Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI's 5568, 5569 e 5570) trazendo a mesma tese. Segundo ela, ocorreu a violação da norma constitucional que limita o poder legislativo dos estados, dessa vez na Paraíba, Mato Grosso do Sul e Pernambuco.

Isso porque, o Estado da Paraíba, por meio da Lei 10.572/2015, legislou no sentido de criar, para as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações, a obrigatoriedade de envio de contratos de adesão das empresas de telecomunicações para os consumidores, por meio de carta registrada (ADI 5.568). Já o Estado de Mato Grosso do Sul, por meio da Lei 4.824/2016, legislou obrigando as empresas prestadoras de serviços de internet móvel e de banda larga, na modalidade pós-paga, a apresentar ao consumidor, na fatura mensal, gráficos que informem a

velocidade diária média de envio e recebimento de dados. (ADI nº 5569)

Já o Estado de Pernambuco, por meio da Lei 15.637/2015, criou uma obrigação para os estabelecimentos comerciais que vendem chips e aparelhos celulares no varejo, disponibilizar para o consumidor, um mapa demonstrativo da qualidade do sinal por município. Importante frisar que essa ação direta foi extinta sem julgamento do mérito, em razão da revogação superveniente pela Lei estadual nº 16.559/2019, provocando a perda do objeto. Contudo, mostra-se importante destacar o conteúdo da referida lei.

Além das ações supra mencionadas, verifica-se mais três ações ajuizadas pela Associação das Operadoras de Celular no Supremo Tribunal Federal (ADIs 5.572, 5.574 e 5.575) sobre violação da competência privativa da União para legislar sobre serviços de telecomunicações, demonstrando a importância e recorrência do tema na jurisdição constitucional: na ADI 5.572, fora questionada a Lei 18.752/2016 do Estado do Paraná, que também obrigou as empresas prestadoras de serviços de internet, a apresentar, nas faturas, gráficos informando a velocidade média diária média de envio e recebimento de dados. No entanto, a ação foi julgada improcedente em 23/08/2019, aplicando-se o entendimento de que a norma trata de direito consumerista, e não de telecomunicações.

No entanto, de forma contraditória, o mesmo plenário da Corte entendeu pela inconstitucionalidade da Lei 10.513/2015 (ADI 5.575), julgada em 25/10/2018. Esse diploma normativo obrigava as operadoras a inserir uma mensagem de advertência da operadora de telefonia fixa e celular nas chamadas telefônicas, originadas de outras operadoras. Vejamos o teor da lei impugnada:

Art. 1º As prestadoras de telefonia fixa e celular, no âmbito do Estado da Paraíba, passam a exigir nas chamadas originadas para outras prestadoras, a seguinte mensagem: 'Você ligou para outra operadora, seguida de um sinal sonoro'.

Parágrafo único. O tempo da mensagem e do sinal sonoro é de 03 (três) segundos.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor 90 (noventa) dias após a sua publicação.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

Verifica-se que o referido ato legislativo extrapola os limites não só da competência para legislar sobre telecomunicações, mas também viola a liberdade das empresas de administrar seus negócios, criando obrigações abusivas capazes de gerar prejuízos financeiros.

Já na ADI 5.574, que impugnou a Lei 10.519/2015 do Estado da Paraíba, o Supremo seguiu a orientação inversa, e majoritária, de que a instalação de equipamentos tecnológicos para bloqueio de sinal de telecomunicações e/ou radiocomunicações nos estabelecimentos penais e centros socioeducativos, invade a competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações, considerando que a norma estadual determinava, que aparelhos celulares roubados ou furtados, terão que ser bloqueados pelas operadoras, por meio do IMEI (sigla em inglês para Identidade Internacional do Equipamento Móvel). Essa medida deveria ser adotada em até 24 horas após o registro do caso na delegacia. O entendimento era:

Portanto, pode-se observar claramente pelas teses apresentadas nas ações diretas, que os Artigos 21, inciso XI⁶, e Artigo 22, inciso IV, da Constituição Federal, que afirmam a compe-

⁶ Art. 21. Compete à União: (...) XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros

tência privativa da União para legislar sobre telecomunicações, estariam sendo relativizados e colocados de lado, em função da vontade do legislador estadual em proteger os interesses dos consumidores. Essa tendência legislativa tem se mostrado bastante controversa do ponto de vista da hermenêutica constitucional, haja vista que o Artigo 24, inciso V acaba produzindo uma ampliação da discricionariedade dos legisladores estaduais, bem como do Supremo Tribunal Federal. Isso porque, o referido dispositivo constitucional abre espaço para escolhas políticas: ora se aplica o Artigo 21, XI c/c o Artigo 22 IV, e ora se aplica o Artigo 24, V. Sendo que essa decisão acaba sendo mais política do que jurídica.

No entanto, verifica-se que, para a aplicação de uma boa hermenêutica constitucional nesses casos concretos, o Tribunal vem utilizando o clássico método lógico-sistemático (KELSEN, 2004), para dirimir a controvérsia sobre qual artigo aplicar: para tanto, invoca-se o Artigo 1º (livre iniciativa), em conjunto com o Artigo 170, incisos II e IV (propriedade privada), para declarar a inconstitucionalidade das leis estaduais.

No entanto, verifica-se que, em muitos casos semelhantes, o Tribunal acaba utilizando a técnica da ponderação de princípios constitucionais, relativizando um postulado constitucional em detrimento de outro. Ou seja: ora se aplica a defesa do consumidor (Art. 170, V), e ora se aplica a liberdade contratual (caput, inciso II e IV). No entanto, essa técnica acaba forçando o intérprete da Constituição, no caso o Supremo Tribunal Federal, a decidir de forma política e finalística, desvirtuando a atividade da jurisdição constitucional.

Apesar do problema envolvendo a dinâmica jurídica nesses casos concretos, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal vem estabelecendo uma posição firme no sentido da impossibilidade de interferência do Estado-membro nas relações jurídicas entre a União e as prestadoras dos serviços de telecomunicações. Isso porque, as flagrantes inconstitucionalidade das normas locais que interferem na estrutura de prestação de serviços de telecomunicação, provocam um grave desequilíbrio dos contratos administrativos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da pesquisa realizada, constatamos que, o debate sobre a centralização do poder legislativo vem desde a independência do Brasil. No início, com a outorga da Constituição Imperial de 1824, as províncias nem se quer possuíam um poder legislativo. As assembleias provinciais só foram criadas pela Ato Adicional de 1834, no período da regência. Nesse sentido, o debate principal entre as forças políticas era justamente sobre a autonomia legislativa das províncias: os conservadores defendiam a centralização na Corte Imperial, no Senado e na Câmara dos Deputados. Por outro lado, os liberais defendiam uma autonomia maior das províncias.

Nesse sentido, antes da implementação do federalismo pela Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891, a controvérsia era debatida na esfera do poder legislativo, (Assembleia Geral), basicamente entre o partido conservador e o partido liberal. Contudo, nos dias atuais, o debate permanece o mesmo, porém, na esfera da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal. Basicamente, o problema hermenêutico está na aplicação do artigo 22 (inciso I) e do artigo 24 (inciso V) da CR/88, no momento do controle de constitucionalidade concentrado. Isso porque, no Art. 22 (inciso I), a constituição determina que os estados não podem

aspectos institucionais; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95).

legislar sobre direito civil e comercial. Entretanto, no Art. 24 (inciso V), fica autorizada a edição de lei estadual sobre produção e consumo, de forma concorrente. Logo, verifica-se uma aparente contradição no texto maior, já que o termo “produção e consumo” acaba se enquadrando na hipótese de competência concorrente entre União e estados federados, provocando uma grande quantidade de legislações estaduais com o escopo de regulamentar as relações de consumo.

No entanto, verifica-se que a grande quantidade de leis estaduais sobre direito do consumidor também acaba provocando, de forma crônica, uma série de ajuizamentos de ações diretas de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal. Ademais, observamos que as teses de inconstitucionalidade não se restringem apenas nos vícios formais orgânicos, mas principalmente nos vícios materiais. Ou seja, as leis estaduais não apenas violam a prerrogativa da União de legislar sobre direito civil, mas principalmente violam, na maioria dos casos, a livre iniciativa (Art. 1º; Art. 5º, II; Art. 170) e a propriedade privada (Art. 5º, XXIII, LIV; Art. 170, II).

Em muitos casos, o Tribunal decide em favor da centralização, sendo que em outros casos, decide pela fragmentação do poder legislador. No entanto, esse embate também envolve o liberalismo econômico, na medida em que o termo “produção e consumo” representa a tanto o setor industrial como o setor comercial de varejo. Isto é: a base da economia nacional. Portanto, legislações interventoras nos contratos comerciais podem não apenas representar uma maior intervenção do Estado na economia, bem como são capazes de dificultar a liberdade comercial, provocando burocracias indesejadas para o setor, o que é bastante criticado pelas teorias liberais. Especialmente, a tese da soberania do consumidor: um dos pilares da economia de livre mercado.

Apesar disso, extraiu-se dos julgamentos analisados, que a hermenêutica constitucional do STF vem se inclinando para uma interpretação no seguinte sentido: embora a legislação estadual, no escopo de resguardar os interesses do consumidor nas relações comerciais, não está autorizado a invadir a competência legislativa da União para editar normas gerais sobre direito civil. Esse entendimento está baseado diretamente no clássico método lógico-sistemático, em que toda norma constitucional encontra-se inserida num sistema maior. Nesse caso, os princípios da livre iniciativa e propriedade privada, servem como parâmetro interpretativo para dirimir a controvérsia entre a aplicação da competência restrita da União, e a competência concorrente dos estados. Entretanto, o Tribunal vem dilatando a força do federalismo brasileiro, ampliando a liberdade dos estados para editar leis e regulamentos sobre direito do consumidor; podendo, para fins de nomenclatura doutrinária, ser chamado de “Federalismo Descentralizador”. Portanto, como a Constituição de 1988, no Art. 24, V, abre espaço interpretativo para os estados legislarem sobre “produção e consumo”, podemos seguramente afirmar que: a discricionariedade concedida aos legisladores estaduais, na sua função regulamentadora, e também ao poder judiciário, na sua função de controle de constitucionalidade, acaba reestabelecendo o antigo embate político brasileiro desde o Império, mas agora na esfera judicial, tendo como principal razão de disputa, a intervenção do Estado na economia por meio da regulamentação dos contratos de consumo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. Teoria Geral do Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BALEEIRO, Aliomar. 1891. 3ª edição. Brasília: Senado Federal, 2012.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do federalismo. Belo Horizonte: FUMARC, 1982.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br>.

CAMILLOTO, Bruno. Hermenêutica Jurídica: A construção de um conceito de objetividade. Ouro Preto: Editora Ouro Preto, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. A Constituição na vida dos povos. São Paulo: Saraiva, 2010.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. Direito Processual Constitucional. 4ª

edição. São Paulo: Atlas, 2013.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério [Taking rights seriously]. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1987.

LAMEGO BULOS, Uadi. Manual de interpretação constitucional, São Paulo: Saraiva, 1997.

LAMEGO BULOS, Uadi. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOGUEIRA, Octaciano. 1824. 3ª edição. Brasília: Senado Federal, 2012.

PAIM, Antonio. História do liberalismo brasileiro. São Paulo: LVM, 2018.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. Jurisdição Constitucional Democrática. Belo Horizonte: Del Rey. 2004.