



Recebido 17/02/2017

Aceito 02/05/2017

A INCIDÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE PARTICULARES: A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Yago da Costa Nunes dos Santos¹

RESUMO

Neste artigo investiga-se, diante da incidência dos direitos fundamentais no Direito Privado, se é possível desenvolver um Controle de Constitucionalidade diferenciado do modelo que concebemos, a fim de aplicá-lo também nos negócios jurídicos com cláusulas de adesão. Para tanto, fora traçado um breve estudo de direito comparado acerca da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito privado, bem como considerações sobre os modelos de controle norte-americano, austríaco e brasileiro. Por fim, debateu-se a possibilidade do controle de constitucionalidade em contratos de adesão e concluiu-se que, para tanto, é preciso pensar um novo modelo, cujas premissas nesse trabalho foram propostas.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Direito privado. Controle de constitucionalidade. Contratos de adesão.

1 INTRODUÇÃO

É bem verdade que a expansão e a efetividade dos direitos fundamentais em determinado Estado servem como parâmetro através do qual se é possível obter um indicativo da dimensão da democracia ali estabelecida². Sendo assim, os direitos e garantias fundamentais

¹ Graduando do curso de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA).

² Para Dirley da Cunha Junior (2015, p. 443), “os direitos humanos fundamentais servem de parâmetro de aferição do grau de democracia numa sociedade”.

assumem papel de relevada importância na legitimação dos governos contemporâneos, cada vez mais marcados pelo regime democrático, constituídos não pelos arbitrários poderes de fato, mas erguidos sobre as firmes pilstras de um “poder de direito”³.

No caso do Brasil, o paulatino avanço na afirmação histórica dos direitos fundamentais resvalou na Constituição Federal de 1988, com enorme rol de garantias individuais, sociais, políticas e de nacionalidade elencadas. Apesar disso, saliente-se a necessidade da efetivação desses direitos na vida prática, visto que eles são usurpados diariamente, seja pelo poder público, seja nas relações privadas (SARLET, 2010, p. 10).

Ao debruçar os olhos sobre os fatos históricos, constata-se que os direitos fundamentais sempre foram vistos como oponíveis perante o Estado (eficácia vertical). Entretanto, com o desenvolvimento da sociedade capitalista, é notável o progressivo aumento dos ataques perpetrados por entes privados frente a tais garantias. Neste contexto, não obstante as regras contratuais figurarem por muito tempo como verdadeiras “leis entre as partes”, a afirmação da supremacia constitucional e a consequente constitucionalização do direito privado têm, aos poucos, mitigado essa visão obsoleta⁴.

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal entende haver, no Brasil, em consonância com o próprio §1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, incidência direta dos direitos fundamentais no ordenamento privado. Disso deriva, portanto, o raciocínio de que ao Estado não cabe apenas respeitar as regras e os princípios constitucionais, mas também lhe compete obrigar observância à Constituição naqueles negócios jurídicos firmados no âmbito civil (eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais)⁵.

Diante disso, o presente artigo se dispõe a questionar se os contratos - sobretudo os contratos de adesão - poderiam ser passíveis de controle de constitucionalidade e, em caso afirmativo, quais as mudanças necessárias no nosso sistema normativo a fim de viabilizá-lo. Isso porque, num Estado Democrático de Direito, cuja lei suprema vinculante é a Constituição Federal de 1988, a possibilidade de firmação de negócios jurídicos atentatórios à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais parece desenhar-se como explícita incoerência.

2 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO PRIVADO

É bem verdade que os direitos fundamentais surgiram com o escopo de conceber ao

3 Conforme Paulo Bonavides (2000, p. 144), “Se o poder repousa unicamente na força, e a Sociedade, onde ele se exerce, exterioriza em primeiro lugar o aspecto coercitivo com a nota da dominação material e o emprego frequente de meios violentos para impor a obediência, esse poder, não importa sua aparente solidez ou estabilidade, será sempre um poder de fato. Se, todavia, busca poder sua base de apoio menos na força do que na competência, menos na coerção do que no consentimento dos governados, converter-se-á então num poder de direito”.

4 Ao dissertarem sobre os negócios jurídicos, Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2016, p. 588) pontuam que deve haver uma “necessária limitação da liberdade de determinação do conteúdo negocial (no mais das vezes estabelecidas unilateralmente pelas grandes empresas e grupos econômicos), com maior intervenção estatal, através de normas de ordem pública, para assegurar a primazia da cidadania”.

5 Parte da doutrina tem criticado essa denominação, visto que nem sempre a relação entre os particulares acontece de maneira horizontal, porquanto, sobretudo nos contratos travados entre pessoa física e pessoa jurídica, estas tendem a ser muito mais poderosas em relação a aquelas. Sobre isso, trata Sarlet (2010, p. 13).

indivíduo certa tutela perante os arbítrios estatais. Nada obstante, com o transcorrer do tempo, passou-se a discutir acerca da possibilidade da incidência dessa proteção também no âmbito das relações privadas. Por conta disso, ensejou-se a aparição de algumas teorias que, doravante, provocaram e provocam, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, acalorados debates e discordâncias constantes.

Os norte-americanos não admitem a possibilidade da eficácia dos direitos fundamentais no direito privado, salvo em raras exceções⁶. Eles adotam a teoria do *state action doctrine*⁷, segundo a qual somente o Estado está vinculado às normas constitucionais que visam proteger os bens essenciais aos indivíduos e à coletividade. Aqui não há de se falar em eficácia horizontal (*drittwirkung*), mas tão somente na obrigatoriedade estatal no dever de alinhamento com os direitos fundamentais. Está presente, na verdade, a eficácia vertical dos direitos e garantias, cuja revelação se dá no momento em que o Estado, a despeito do seu poderio – e sobretudo por conta dele – encontra-se limitado pelos ditames constitucionais.

Dentre os argumentos utilizados pelos países que adotam a *state action doctrine*, destacam-se aqueles atinentes à necessidade de proteção da autonomia privada. Ademais, sobretudo nos Estados Unidos, evidencia-se a justificativa do federalismo, segundo a qual compete aos estados legislar sobre o direito privado e não à União (SARMENTO; GOMES, 2011, p. 63).

Há, todavia, países que defendem a eficácia indireta dos direitos fundamentais no direito privado. Assim se posiciona a maioria da doutrina Alemã, bem como a jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha, que tem perfilhado esse posicionamento⁸. Com a eficácia indireta, reconhece-se a tutela mediata das normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares. Desta forma, tais direitos e garantias só seriam aplicáveis quando, nos negócios jurídicos, constassem “clausulas gerais”, as quais, para gerar efeitos concretos, precisariam ser interpretadas conforme a Constituição. Destarte, no tocante ao direito privado, as garantias fundamentais, conforme essa teoria, consistem em *vetores interpretativos* que auxiliam na hermenêutica contratual.

Quem adota essa teoria entende que a aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas acabaria por resvalar na limitação do legislador, bem como no cerceamento da autonomia da vontade. Todavia, é de relevante importância considerar que os limites do legislador já estão delineados pelas Constituições (sobretudo nos modernos Estados, dotados de texto constitucional rígido e supremo). Além disso, nenhum direito é absoluto, não

6 Sobre isso, disserta Bruno Fontenele Cabral em excelente artigo publicado na revista Jus Navegandi (2011) quando pontua que a primeira das exceções é a “public punction exception”, que pode ser vislumbrada quando o requerente alegar que o seu direito fundamental foi ferido numa relação entre particulares, mas a outra parte envolvida estava no exercício de uma função pública. Outra exceção digna de nota é o caso de “entanglement exception”, situação desenhada na hipótese em que o Estado delega a um particular determinada função essencialmente estatal. Aqui, faz-se mister ainda fazer uma pontuação sobre a 13ª Emenda da constituição dos Estados Unidos da América, através da qual proibiu-se a escravidão naquele país. Esse direito fundamental, conforme pontua Daniel Sarmento e Fábio Rodrigues Gomes (2011, p. 63), possui eficácia “erga omnes”, porquanto vincula não somente o Estado, mas também os particulares.

7 A expressão pode ser traduzida para o português, de maneira aproximada, como a “doutrina da ação do Estado”.

8 A respeito do tema, importante é a observação feita por Daniel Sarmento e Fábio Rodrigues Gomes (2011, p. 66): “A teoria da eficácia horizontal mediata ou indireta dos direitos fundamentais foi desenvolvida originariamente na doutrina alemã por Günter Dürig, em obra publicada em 1956¹², e tornou-se a concepção dominante no direito germânico, sendo hoje adotada pela maioria dos juristas daquele país e pela sua Corte Constitucional”.

sendo diferente com a autonomia da vontade, também sujeita às ponderações necessárias a fim de efetivar outros direitos na máxima medida possível⁹.

Assim sendo, parece o constituinte brasileiro ter perfilhado pelo melhor caminho, porquanto consagrou a incidência direta e imediata dos direitos fundamentais no direito privado. Isso se explicita na análise do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, mormente em seu §1º, quando este positivou que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Este preceito deve ser interpretado em sentido amplo (*latu senso*) de forma a vincular não somente o Estado, mas também os negócios jurídicos realizados na esfera cível. A majoritária doutrina brasileira, bem como o Supremo Tribunal Federal tem reafirmado tal posicionamento constantemente, dando cores nítidas a um fenômeno relativamente recente, mas de sumária importância, que é a constitucionalização do direito privado¹⁰. Por esse prisma, o reconhecimento da vinculação dos particulares às normas de caráter fundamental revela a supremacia normativa da nossa Constituição Federal de 1988.

Neste íterim, ela prevê, inclusive, a impossibilidade de deliberação sobre propostas de Emendas à constituição tendentes a abolir os direitos e as garantias fundamentais (artigo 60, §4ª, IV). Mas, a despeito disso, o constituinte não fez clara referência às limitações contratuais, as quais, atualmente, não se sujeitam ao controle de constitucionalidade.

Na prática, contudo, acontecem inúmeros abusos, sobretudo nos contratos de adesão, cujo conteúdo, não raro, está repleto de cláusulas abusivas em nítida afronta ao texto constitucional, mormente aos princípios e às garantias de direito fundamental. Por isso, cabe ao Estado não apenas respeitar os direitos previstos pela constituição, mas obrigar que os particulares os cumpram. Sobre isso, disserta Ingo Wolfgang Sarlet:

Com efeito, é possível argumentar que justamente pelo fato de os direitos fundamentais estarem sujeitos a violações oriundas direitos uns dos outros (no mínimo é possível partir de um dever - juridicamente vinculativo - de respeito e não-violação por parte dos sujeitos privados) é que o Estado, por estar vedado ao particular cuidar ele próprio da tutela dos seus direitos (salvo em casos excepcionais), possui um dever de proteção. (SARLET, 2010, p. 19)

3 A SUPREMACIA NORMATIVA CONSTITUCIONAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A própria unidade do sistema jurídico pressupõe a existência de uma norma funda-

9 Para Robert Alexy, o que distingue as regras dos princípios é que havendo um conflito entre regras, este deve ser resolvido no plano da validade, mas quando existir uma colisão envolvendo princípios, deve ser resolvida por meio da ponderação, devendo ser cada um dos princípios colidentes, enquanto mandamento de otimização, ser aplicados na máxima medida possível. (SILVA, 2002, p. 26)

10 Sobre isso, disserta Sarlet (2010, p. 1) quando pontua que “um dos principais fenômenos operados no âmbito justamente dessa evolução constitucional referida é o da constitucionalização, por conta, em especial, da afirmação da supremacia da Constituição e da valorização da força normativa dos princípios e dos valores que lhes são subjacentes, de toda a ordem jurídica”.

mental da qual emane a validade de todos os princípios e regras produzidos em determinado Estado¹¹. A Constituição Federal de 1988 consiste, portanto, num conjunto de normas supremas. Consoante Dirley da Cunha (2016, p. 24), “as normas constitucionais das Constituições rígidas, independentemente de seu conteúdo, têm estrutura e natureza de normas jurídicas, ou seja, são normas providas de juridicidade, que encerram um imperativo”. Destarte, o texto constitucional é a lei inaugural, a lei das leis, na qual deve estar embasado todo o ordenamento jurídico, sob pena de resvalar em vícios de inconstitucionalidade, que resultam na invalidade da lei ou do ato do poder público. Sobre isso, importante síntese faz Fernando Jovanovichs Driwin:

Assim, pressupondo a supremacia da Constituição Federal e um escalonamento normativo, o legislador encontra no texto constitucional o fundamento de validade dos atos normativos, devendo obedecer aos trâmites previstos para a elaboração das leis, o que confirma que a rigidez constitucional provoca a ideia de fiscalização e controle. (DRIWIN, 2015, p. 9).

O fato é que a supremacia normativa da constituição implica necessidade da existência de, pelo menos, um órgão competente para aferir a validade formal e material das leis e dos atos do poder público em relação ao texto constitucional¹², rígido e hierarquicamente superior a quaisquer regras ou princípios infraconstitucionais.

O controle de constitucionalidade surgiu em 1803, nos Estados Unidos da América, quando –no caso líder (*leading case*) Marbury vs. Madison– o Chefe de Justiça John Marshall afirmou a supremacia da Constituição e declarou a competência do judiciário para apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público (SILVA, 2009, p. 197).

Com o supracitado caso envolvendo William Marbury e James Madison, consagrou-se o sistema de revisão judicial (*judicial review*). Doravante, nos Estados Unidos da América, todos os juízes ou tribunais estavam legitimados a apreciar a conformidade das leis e dos atos do poder público (controle difuso) ante um caso concreto (controle incidental ou por via de defesa). Assim, tratava-se de controle subjetivo porquanto sua realização se dá mediante um litígio envolvendo interesses intersubjetivos desenhados num conflito presente numa demanda judicial¹³.

É importante, entretanto, trazer à baila a inovação implementada por Hans Kelsen quando fora convocado para redigir a constituição austríaca no início do século XX. Foi através da obra de Kelsen que a Europa recepcionou o sistema de controle de constitucionalidade originalmente criado nos Estados Unidos, conquanto tal modelo tenha sido absorvido com estrutura bastante distinta:

11 Nesse sentido, disserta Norberto Bobbio em Teoria do ordenamento jurídico (1995, p 71).

12 Como bem salientam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, “[...] a validade destas normas infraconstitucionais está condicionada aos limites formais e materiais que lhes são impostos pela Constituição – que confinam a forma pela qual devem ser elaboradas e a sua substância/contéudo. Uma norma inferior que exceda esses limites é ilegítima, porquanto inquinada pelo vício da inconstitucionalidade.” (DIDIER JR., 2002, p. 320)

13 Ressalte-se, entretanto, que embora todo órgão judicial esteja legitimado à realização do controle de constitucionalidade, a Suprema Corte assume relevante papel hegemônico no sistema da judicial review of legislation. Isso porque os norte-americanos adotam o princípio do stare decisis, ou seja, as decisões da Corte Suprema têm caráter vinculante. Nesse sentido é a ressalva também feita pelo professor Dirley da Cunha Jr. (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 230).

De feito, Kelsen concebeu um sistema de jurisdição constitucional “concentrada”, no qual o controle de constitucionalidade estava confiado, exclusivamente, a um órgão jurisdicional especial, conhecido por Tribunal Constitucional. (CUNHA JR, 2015, p. 232)

Nesse prisma, a construção teórica de Hans Kelsen instituiu um novo paradigma de controle de constitucionalidade, doravante realizado de forma abstrata, concentrada, cujas decisões geram efeitos *erga omnes*, isto é, contra todos.

No Brasil, contudo, a opção do constituinte foi fazer uma espécie de combinação entre os modelos de controle difuso e aquele inaugurado por Hans Kelsen, concentrado. Sendo assim, a nossa Constituição Federal de 1988 positivou a possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade, que deve ser apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é a guarda da mesma¹⁴. Nesse caso, o controle abstrato (pela via principal) pode ser suscitado independentemente de haver demanda concreta, bastando quaisquer dos legitimados argüirem a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo do poder público perante a nossa Corte Suprema.

Além disso, o controle pode ainda ser realizado por qualquer juiz ou tribunal, independentemente da instância. Todavia, nesse caso, a apreciação da constitucionalidade só pode ser feita perante demanda concreta, de maneira incidental, cuja decisão vincula apenas as partes (efeitos *inter partes*). É bem verdade que o próprio Supremo Tribunal Federal pode acabar julgando recursos extraordinários oriundos de litígios reais e intersubjetivos. Contudo, diferentemente dos Estados Unidos, onde as decisões da Suprema Corte são vinculantes (*stare decisis*), com eficácia em face de todos, as sentenças proferidas pelo STF geram efeitos apenas no litígio concreto julgado, não vinculando, portanto, outros juízes ou tribunais.

Com efeito, no que diz respeito às violações de direitos fundamentais na esfera civil, com o ordenamento vigente é impossível anular determinado contrato sob o fundamento deste transgredir com os ditames constitucionais. Ora, se a Constituição é a *Lei Maior* dotada de superioridade hierárquica, parece-nos um desmedido contrassenso admitir que negócios jurídicos inconstitucionais permaneçam intocáveis por não se sujeitarem ao controle de constitucionalidade. O ministro Luís Roberto Barroso (2012, p. 33) pontua que “a supremacia da Constituição se irradia sobre todas as pessoas, públicas ou privadas, submetidas à ordem jurídica nela fundada”. Logo, outra não pode ser a consequência lógica de tal pressuposto: se a Constituição Federal de 1988 é documento dotado de supremacia capaz de vincular todas as normas produzidas pela sociedade, não podem os contratos de adesão na esfera cível manterem-se válidos quando ferem aquilo que prescreve o seu texto.

Tal problemática ganha ainda maior relevo na sociedade contemporânea, marcada pelos constantes ataques aos direitos fundamentais que, não raro, partem dos entes privados.

14 Nesse sentido, reza o caput do artigo 102 da Constituição Federal: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]”.

Aliás, a ideologia capitalista, formadora e conformadora do *mundo líquido moderno*¹⁵, parece fomentar as mais diversas agressões à dignidade humana porquanto torna realidade a coisificação dos indivíduos e, por conseguinte, a sua massificação. Essa realidade pode ser apreendida, sobejamente, a partir da crescente utilização dos contratos com cláusulas de adesão nos negócios jurídicos celebrados¹⁶.

4 O (NECESSÁRIO) CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS COM CLÁUSULAS DE ADESÃO

Se a Constituição Federal de 1988 é rígida e, portanto, suprema, serve ela como fundamento que confere validade jurídica às normas infraconstitucionais. Destarte, encontrando-se qualquer lei ou ato normativo em dissonância formal ou material com a vontade do constituinte, verifica-se o vício da inconstitucionalidade¹⁷. Todavia, neste contexto, com a afirmação da incidência dos direitos fundamentais de maneira imediata também nas relações travadas entre particulares, não há que se obstar o controle da constitucionalidade dos negócios jurídicos¹⁸.

Após a Constituição Federal de 1988, a primeira vez que o STF se deparou com a discussão acerca da incidência dos direitos fundamentais na esfera privada foi em 1995, quando apreciou o Recurso Extraordinário nº 160.222, cujo relator era o ministro Sepúlveda Pertence. Aqui, discutiu-se a conduta da empresa De Millus S.A., fabricante de roupas íntimas que obrigava as suas funcionárias à revista íntima, a fim de prevenir o furto de mercadorias. O gerente da empresa foi condenado em primeira instância por constrangimento ilegal, mas, no Supremo Tribunal Federal, a questão sequer chegou a ser julgada, pois acabou prescrevendo antes da decisão da Corte.

Um outro caso, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, chegou ao Supremo através do Recurso Extraordinário nº 158.215-4/RS. Aqui tratava-se de discutir ato de determinada cooperativa que, negando o direito de defesa, acabou excluindo do seu quadro determinado funcionário. Assim, o STF pontuou a necessidade do devido processo legal ser assegurado na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos. Destarte, deve ser garantido o direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório.

Mais recentemente, a 2ª turma da nossa Corte Maior julgou o Recurso Extraordinário

15 Aqui, faz-se referência ao termo utilizado por Zygmunt Bauman (2011, p. 7), quando ele pontua: “o mundo que chamo de ‘líquido’ porque, como todos os líquidos, ele jamais se imobiliza nem conserva sua forma por muito tempo. Tudo ou quase tudo em nosso mundo está sempre em mudança: as modas que seguimos e os objetos que despertam nossa atenção (uma atenção, aliás, em constante mudança de foco, que hoje se afasta das coisas e dos acontecimentos que nos atraíram ontem, que amanhã se distanciará das coisas e acontecimentos que nos instigam hoje)”.

16 Sobre isso, disserta Eduardo Scaravaglioni em artigo publicado no site JusNavegandi em julho de 2000.

17 Luis Roberto Barroso (2012, p. 38) afirma que o raciocínio é irrefutável. Diz ele: “se a Constituição é a lei suprema, admitir a aplicação de uma lei com ela incompatível é violar sua supremacia. Se uma lei inconstitucional puder reger dada situação e produzir efeitos regulares e válidos, isso representaria a negativa da vigência da Constituição naquele mesmo período, em relação àquela matéria.

18 Both the problem of constitution and the problem of conflict are the result of a fundamental difference between state-citizen and citizen-citizen relations. The state-citizen relation is a relation between a constitutional right holder and a non-right-holder. By contrast, the relation between citizens is one rights-holders (ALEXY, 2009, p. 355).

nº 201.819-8. Tal caso envolvia a União Brasileira de Compositores, que também excluiu um associado, negando-lhe o direito à ampla defesa e ao contraditório. Neste diapasão, a despeito da relatora, Ellen Gracie, afirmar que o princípio do devido processo legal não incidiria na hipótese, mas tão somente deveria ser observado o estatuto social da UBC, seu voto foi vencido.

O fato é que a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de vincular os entes privados aos direitos fundamentais. Todavia, como é possível notar diante dos casos acima mencionados, toda essa análise da compatibilidade material dos atos praticados pelos particulares tem sido feita de maneira incidental, através dos Recursos Extraordinários, e suas decisões apenas incidiram sobre esses casos concretos.

Com efeito, em nosso sistema de controle de constitucionalidade, impossível é arguir, pela via principal, a inconstitucionalidade de determinado ato emanado de relação privada. Tal dissonância com a Constituição pode até ser apreciada, desde que de maneira incidental, envolvendo interesses subjetivos desenhados num litígio concreto, de tal maneira que a decisão do STF só gerará efeitos no caso apreciado. Essa situação, em verdade, acaba por obstar um controle mais efetivo, sobretudo no âmbito dos negócios jurídicos que envolvem contratos de adesão, não raro eivados de vícios de inconstitucionalidade. Assim sendo, especialmente na sociedade brasileira hodierna, marcada pelas enormes diferenças sociais, faz-se mister a observância constante dos preceitos constitucionais, a fim de aplicá-los de forma sistemática na prática, de maneira a evitar os possíveis abusos tanto dos setores públicos quanto dos entes privados. Sarmento e Gomes (2011, p. 84), ao debruçarem seus olhos sob esta problemática, defendem que:

Essas tristes características da sociedade brasileira justificam um reforço na tutela dos direitos humanos no campo privado, em que reinam a opressão e a violência. Tal quadro impõe ao jurista a adoção de posições comprometidas com a mudança do *status quo*. Por isso, a eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada é direta e imediata no ordenamento jurídico brasileiro.

Destarte, parece correto defender a possibilidade também do controle de constitucionalidade dos negócios jurídicos pela via principal, pelo menos no que diz respeito àqueles contratos cujas cláusulas estão postas, cabendo apenas a parte contrária aderir. Para tanto, talvez se fizesse necessário a criação de um órgão próprio, homólogo ao Supremo Tribunal Federal, a fim de apreciar tais inconstitucionalidades. Uma excelente solução seria a criação de um Tribunal Constitucional brasileiro, idôneo para julgar apenas as ações suscitadoras de inconstitucionalidades, que nesse caso devem envolver não apenas as leis e os atos do poder público, mas também os atos negociais firmados na esfera privada decorrentes de contratos de adesão.

Imagine-se, para exemplificar, que determinada Faculdade de Direito privada, no seu contrato (com cláusulas de adesão, indiscutíveis) veda a utilização de turbante pelo seu alunado nas dependências da instituição. Dessa forma, o direito à liberdade de consciência e crença está explicitamente violado. Assim, o que o estudante deve fazer? Submeter-se à imposição contratual, mesmo sendo inconstitucional, ou arguir a dissonância do contrato com

os mandamentos constitucionais?

Não se pode obliterar, ainda, o fato desses abusos incidirem sobretudo perante os mais vulneráveis, como o trabalhador necessitado que precisa submeter-se às condições do empregador ou ainda aquele cidadão de conhecimento jurídico limitado, induzido a firmar negócios jurídicos abusivos sem, sequer, notar o vício da inconstitucionalidade¹⁹.

É com base nessas pilastras argumentativas que parece plausível afirmar a necessidade da criação de um Tribunal Constitucional no Brasil, cujas funções abarquem a apreciação da inconstitucionalidade dos atos do poder público e das leis, mas também dos negócios jurídicos firmados pelos particulares.

Poder-se-ia, entretanto, argumentar a impossibilidade de se adotar tal medida no sistema vigente. Isso porque o nosso judiciário encontra-se atolado de processos, de maneira a inviabilizar a racionalidade desse novo paradigma na prática. Todavia, este argumento não se sustenta, pois com a criação de um Tribunal Constitucional competente para apreciar quaisquer inconstitucionalidades, restando ao STF a prerrogativa de ser o tribunal supremo do país, o problema restaria resolvido. Nesse sentido, o sistema brasileiro se aproximaria ainda mais daquele desenhado na Europa, de acordo com o qual, nas palavras de Louis Favoreu:

[...]o contencioso constitucional, que distinguimos do contencioso ordinário, é da competência exclusiva de um Tribunal especialmente constituído para este fim, que pode estabelecer preceitos, sem que possamos falar propriamente de litígios, por meio da provocação desse Tribunal pelas autoridades políticas ou jurisdicionais e até mesmo por particulares, com decisões que têm efeito absoluto de coisa julgada. (FAVOREU, 2004, pp. 17-18).

Relevante também é a observação feita pelo professor Jorge Miranda (2003, p. 10), ao pontuar que os atos perpetrados pelas entidades privadas, dos quais resultem violação de direitos, garantias e liberdades não se configuram como inconstitucionais. Depreende-se, então, que para o eminente constitucionalista, o Direito Privado apresenta mecanismos legítimos à contenção de tais violações nas relações particulares²⁰, devendo estes serem acionados quando se fizer necessário. Com todas as licenças (e vênias) ousamos discordar de tal posicionamento. Isto porque, se existem meios para o controle dos atos privados na própria esfera civil, é bem verdade que aqueles não parecem adequados e idôneos à realização de efetiva contenção quando estes vêm a transgredir com o previsto na Constituição Federal de 1988. Isto porque, conforme a vivência prática mostra, não é incomum notar o frequente dissenso entre a conduta das grandes empresas e as balizas funcionais que emanam do sistema de garantias e direitos

19 Neste ínterim, é preciso ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor implicou importante avanço no tocante à proteção do consumidor ao positivar a possibilidade de anular contratos com cláusulas abusivas. Entretanto, tal lei não é suficiente para sanar a problemática aqui debatida porquanto nela não estão estabelecidos os abusos decorrentes de inconstitucionalidade. Com efeito, a proteção dispndida pelo CDC não se estende a todos os negócios jurídicos travados pelo cidadão no dia-a-dia. Ao contrário, não abarca, por exemplo, os contratos trabalhistas.

20 Esta é a conclusão de Luis Roberto Barroso (2012, p. 33) quando afirma que “as condutas privadas violadoras da Constituição são igualmente sancionadas, mas por via de instrumentos diversos”

consolidados. Por isto, os contratos de adesão, quando em disparidade com a normatividade constitucional, devem ser fulminados, porquanto inválidos, por vício de inconstitucionalidade.

É natural que esta tese, por pioneira que é, seja alvo de críticas. Todavia, o Direito deve constituir-se enquanto sistema aberto, de tal modo a adequar-se com as vicissitudes postas pelas transformações da realidade. Assim, segundo Dworkin (2007, p. 291), o sistema jurídico em sua integridade “pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito seja estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se apresentem”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se a Constituição Federal de 1988 é rígida e suprema perante o ordenamento jurídico, seus mandamentos devem imperar no Direito²¹. Por conseguinte, a fim de emprestar-lhe a potencialidade normativa vinculante tanto na esfera pública quanto no âmbito privado, faz-se mister desenvolver um sistema de controle de constitucionalidade diferente do que hoje concebemos. Nestes meandros, parece-nos adequado sustentar a possibilidade da criação de um Tribunal Constitucional brasileiro, incumbido de apreciar – pela via principal e de forma direta – os possíveis vícios de inconstitucionalidade presentes não apenas nas leis e nos atos do poder público, mas também nos negócios jurídicos travados entre os particulares, quando decorrentes de contratos com cláusulas de adesão. Neste caso, a decisão da Corte Constitucional geraria efeitos contra todos (*erga omnes*), de maneira a anular demais contratos similares.

Aqui não se defende, ressalte-se, o controle de constitucionalidade dos atos jurídicos travados após discussão entre as partes, que estabelecem as cláusulas através do consentimento mútuo, em respeito também às condições de existência e de validade negociais. Nesse caso, deve prevalecer a autonomia privada, salvo quando o ato negocial ferir um direito fundamental indisponível ou possua vícios de natureza civil.

Tal mudança sistemática é imprescindível à adequação do Direito aos deslindes da sociedade. Isso porque, conforme asseveram Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, (2016, p. 588) “afirma-se uma necessária limitação da liberdade de determinação do conteúdo negocial para assegurar a primazia da cidadania”. Do contrário, de nada adiantaria falar em constitucionalização do direito privado, porquanto tal expressão tornar-se-ia inócua. Em suma, obstar o contencioso constitucional dirigido aos atos firmados entre particulares é colocar os contratos acima da Constituição Federal, já que mesmo em claro desatento aos direitos fundamentais, eles podem permanecer válidos e com plena eficácia.

Em síntese, aqui se defende a criação de um Tribunal Constitucional com o escopo de apreciar quaisquer inconstitucionalidades (tanto nas leis e nos atos públicos quanto aquelas

21 The concept of the supremacy of the constitution confers the highest authority in a legal system on the constitution. Stating this principle does not mean just giving a rank order of legal norms. The point is not solely a conflict of norms of differing dignity. The principle of the supremacy of the constitution also concerns the institutional structure of the organs of State. (LIMBACH, 2001, p. 1)

presentes nos contratos com cláusulas de adesão). Por outro lado, ao Supremo Tribunal Federal estaria resguardado o dever de julgar os Recursos Extraordinários, permanecendo como tribunal supremo no Brasil.

Com isso, ressalte-se, além de proporcionarmos um novo modelo de controle de constitucionalidade, se conferiria maior celeridade, eficiência e fluidez às demandas do STF, porquanto à Corte Suprema somente estaria outorgado o poder julgador, mas lhe seria subtraída a competência de exercer o controle abstrato, provocado por via principal. Para isso, como já fora dito alhures, existiria um órgão especial: o Tribunal Constitucional, que exerceria, exclusivamente, a apreciação abstrata da constitucionalidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert; RIVERS, Julian. **A theory of constitutional rights**. Oxford University Press, USA, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**- 6. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2012

BAUMAN, Zygmunt. **44 cartas do mundo líquido moderno**. Zahar, 2011.

BOBBIO, Norberto; **Qual Democracia?** Mario Bussi (org.); prefácio de Celso Lafer; posfácio de Mario Bussi; tradução Marcelo Perine. – 2. ed. – São Paulo: Edições Loyola 2013.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**; apresentação Tercio Sampaio Ferraz Jr., trad. Maria Celeste C. J. Santos; rev. tec. Cláudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6ª Ed., 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CABRAL, Bruno Fontenele. **“State action doctrine”: limites da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nos EUA**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2773, 3 fev. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18416>. Acesso em: 23 ago. 2016

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JR, Fredie. In **Ações constitucionais**, 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

DRIWIN, Fernando Jovanovichs. **Supremacia constitucional e controle de constitucionalidade das leis municipais**. 2015. Disponível em: <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/3214/Fernando%20Driwin%20TCC%20p%C3%B3s-banca.pdf?sequence=1>. Acesso em: 03 ago. 2016

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica: Gildo Sá Leitão Rios. – 2ª ed – São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB** – 14. ed. rev., ampl. e atual.- Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Tradução: Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação** – 6ª ed. – São Paulo: Atlas, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2012

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 7. ed. Coimbra, Ed. Coimbra, 2003, t.6.

PETER, Häberle. Novos horizontes e novos desafios do constitucionalismo. **Direito Público**. Porto Alegre, ano 4, n.13, p. 99-120, jul./set.2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. Constituição, direitos fundamentais e direito privado. **Civilistica**. ano 1, v. 3, p. 13-36.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 77, n. 4, p. 60-101, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. Editora Lumen Juris, 2006.

SCARAVAGLIONI, Eduardo. **O Código de Defesa do Consumidor e os contratos de adesão**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 43, 1 jul. 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/706>>. Acesso em: 4 set. 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O razoável e o proporcional**. Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública**. Revista de Direito Administrativo, v. 250, p. 197-227, 2009.

THE INCIDENCE OF FUNDAMENTAL RIGHTS BETWEEN INDIVIDUALS: THE CONSTITUTIONALIZATION OF PRIVATE LAW AND THE JUDICIAL REVIEW

ABSTRACT

This article is taking the incidence of fundamental rights in the private law under consideration, analyzing if it is possible to develop a different constitutional review system, different from the current one, in order to apply it in legal business with adhesion clauses. Therefore, a comparative study about the efficiency of civil rights in the private law was made as well as considerations about the form of American, Austrian and Brazilian constitutional review. Finally, it is discussed the possibility of judicial review in contracts of adhesion and it was concluded that is necessary to think about a new model, whose premises were proposed in this paper.

Keywords: Fundamental rights. Private law. Judicial Review. Adhesion Contracts.