

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS E A SUA INCIDÊNCIA INDIRETA

EMERICH, Deividi.¹
RIBEIRO, Orlei dos Santos.²
GONÇALVES, Juan Felipe.³
MUNARO, Marcos Vinícius Tombini.⁴

RESUMO

Na Europa Romano-Germânica até a Revolução Francesa de 1789 vigorava o absolutismo, regime de governo em que o rei é supremo. Após a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, surgiram os primeiros direitos oponíveis ao Estado, os direitos de liberdade. Com a Revolução Industrial, notou-se que apenas o indivíduo ter liberdade, não garantia igualdade, necessitava de o Estado intervir na sociedade e disciplinar as relações entre os particulares. Assim surge o Estado do Bem social, o “*Welfare State*”. Com a eclosão da Segunda Guerra Mundial, e as descobertas dos crimes bárbaros cometidos pelo regime nazifascista, o Estado teve de assumir o protagonista da promoção e desenvolvimento da dignidade humana que passou a encapar os direitos fundamentais e irradiar seus efeitos por todo ordenamento jurídico, especialmente no Direito Privado.

PALAVRAS-CHAVE: dignidade humana, direitos fundamentais, direito privado.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca delimitar a evolução constitucional na Europa Romano-Germânica e no Brasil até 1988 e a evolução histórica dos direitos fundamentais na tutela da dignidade humana. O tribunal Constitucional Alemão proferiu uma decisão em 1950, no conhecido “caso Luth”, em que se discutia a incidência ou não dos direitos fundamentais nas relações privadas. Nesse período havia duas correntes, a primeira defendia a incidência imediata e direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, defendida por Nipperdey, e segunda corrente que proclamava a incidência indireta e imediata dos direitos fundamentais, defendida por Düring.

O Tribunal Constitucional Alemão assentou sua decisão na segunda corrente, assim, os direitos fundamentais têm incidência indireta nas relações privadas. Assim no presente trabalho foram analisados os direitos fundamentais elencados na Carta Política de 1988, calçado na dignidade da

¹ Discente do 10º período do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário da Fundação Assis Gurgacz.
E-mail: d.emm@live.co.uk

² Discente do 10º período do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário da Fundação Assis Gurgacz.
E-mail: ribeiorlei@gmail.com

³ Discente do 10º período do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário da Fundação Assis Gurgacz.
E-mail: ruan.fag@hotmail.com

⁴ Advogado. Docente orientador do Centro Universitário da Fundação Assis Gurgacz. Mestrando em Direito Processual Civil e Cidadania no programa de Mestrado da UNIPAR – Universidade Paranaense.
E-mail: marcosmunaro@hotmail.com



pessoa humana, e algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, sobre a presente temática, que adota a primeira corrente, a incidência direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 O Estado Absolutista

O Estado moderno surge em meados do século XVI, das cinzas do feudalismo, com caráter absolutista, sendo o Monarca, a encarnação divina de Deus na Terra, sua vontade era soberana, inquestionável, sendo famosa a frase do Rei Luis XIV “O Estado sou eu”, podendo governar sem ministro, sem limitação de poder, pois o rei legislava, governava e julgava (GOMES e MAZZUOLI, 2010).

Corroborar Marcelo Neves:

Remanesce a estrutura hierárquica da ordem tradicional, na relação entre soberano e súditos. Em termos típicos-ideais, o primeiro era detentor de poderes, prerrogativas e privilégios na relação com os segundos, sem que lhe fossem imputados deveres e responsabilidade juridicamente exigíveis por estes. Portanto, faltavam aos súditos direitos perante o soberano, restando-lhes apenas deveres e responsabilidade para com este (NEVES, p. 18, 2010).

Em meados do século XVI, Jean Bodin (1529-1596), Bodin publica, os “Seis Livros da Republica” em 1576, que teoriza o poder absoluto do monarca, segundo ele, este poder é perpetuo, pois não pode ser revogado e absoluto, poder que não deriva de outro poder, ele é originário. O poder absoluto, porém, não é ilimitado, Bodin defende a existência de dois limites, primeiro diferencie Coroa e o rei, impede o rei de alterar as leis de sucessão e alienar bens do Estado. O segundo impõe respeito aos bens dos súditos, não podendo o monarca dispor sobre eles. Apesar de Bodin defender o poder absolutista, ele não defende o rei tirano, um poder sem limites (MENDES e BRANCO, 2016).

Nome também importante nesse período absolutista foi Thomas Hobbes (1588-1679), que em 1651 lançou a obra *Leviatã*, nessa obra, ele entende que os indivíduos fugindo do estado de natureza, que é a guerra de todos contra todos, para encontrar a felicidade, os homens se agruparam em sociedade, para a busca da paz social, o Estado precisa ser forte, impondo sua vontade sobre todos,



segundo Hobbes qualquer governo é melhor que a ausência de governo. O despotismo, por pior que seja, é preferível ao mal da Anarquia, da violência civil generalizada e do medo permanente da morte violenta (HOBBS, 2013).

Em 1690 Locke (132-1704), rompendo com a ideia do absolutismo, escreve o livro “Segundo Tratado do Governo Civil”, nesse livro, ele diz que os indivíduos no estado de natureza, já tinha capacidade de instituir a propriedade, segundo a lei natural, mais para preservá-la precisaria estabelecer uma sociedade política. O poder deveria ser exercido para o bem geral da comunidade, buscando garantir condições propícias de paz e gozo a propriedade, nessa sociedade pregada por ele, exige-se instituições separadas, como o legislador razoável, juiz imparcial e o poder executivo, sendo o pensamento de Locke o embrião da separação dos poderes no período moderno do constitucionalismo (MENDES e BRANCO, 2016).

Outro autor emblemático foi Rousseau (1712-1778), em 1762 ele publica o “Contrato Social”, obra que chegou a ser destruída em praça pública, na obra ele sustenta que o poder soberano pertence ao povo, pelo pacto social, os indivíduos se transformam em corpo político, renunciando a liberdade natural, mais forjando a liberdade civil, sendo governado por uma lei genérica, fruto da vontade do corpo político, dessa ideia sai o conceito de soberania do Parlamento, porque o povo tem direito de ser governado por leis instituídas pela vontade geral, não podendo outro poder questioná-la, devendo seguir os preceitos prescritos na lei, nesse período o poder judiciário era chamado “a boca da lei” (ROSSEAU, 2010).

2.2 O Estado liberal

Nesse período na França, então considerada capital do mundo civilizado, existia 25 (vinte e cinco) milhões de habitantes, sendo 400 (quatrocentos) mil de nobres e clérigos e 24,6 (vinte e quatro e seiscentos) milhões de comerciantes, pequenos proprietários de terra, banqueiros, chamados de burgueses. Estes pagavam enormes cargas tributárias, e não participavam da vida política, não tendo liberdade de contratar, vender sem a interferência do Estado, com as ideias de Locke e Rousseau, a burguesia não aceitava mais o antigo regime, eclodindo em 1789 a Revolução Francesa, com seus lemas de igualdade, fraternidade e solidariedade, marco para o constitucionalismo mundial (BARROSO, 2015).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, fruto da revolução francesa, no seu art. 16 dizia que o Estado para ter uma constituição, precisava ter a separação dos poderes e uma



declaração de direitos fundamentais. Assim surge a primeira geração dos direitos fundamentais “de cunho fortemente individualista concebido como direitos do indivíduo frente ao Estado [...], como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado [...] demarcando [...] uma esfera de autonomia individual em face de seu poder”, direitos a vida, liberdade, propriedade e a igualdade perante a lei (SARLET, MARIONI e MITIDIERO, pag., 272, 2012).

Para a classe burguesa, os direitos de primeira geração teve um grande impacto em seu tráfego jurídico, a legislação nesse contexto histórico, tratava todos de maneira igual, uma igualdade apenas formal, olhando para a sociedade como um todo, esquecendo o indivíduo concreto, estabelecendo inclusive o voto censitário, atento a essa realidade Massimo Severo Giannini consigna “o Estado burguês, como ordenamento jurídico fundado no princípio de atribuição de direitos eleitorais apenas a uma classe de possuidores – a burguesia -, e, na sua *substancia estrutural, em Estado oligárquico, no sentido de que atribui poder político a uma única classe” (*apud* SARMENTO, 35, 2011).

Com o Estado Liberal, a burguesia acendeu ao poder, legislando ao seu interesse, o principal diploma legislativo foi o Código Napoleônico de 1804, com cunho fortemente individualista, baseado na liberdade individual, na garantia formal entre as pessoas e na garantia absoluta do direito de propriedade, tendo a lei sido valorada por influência de Rousseau, como expressão da vontade geral do povo. A Constituição acabou desempenhando um papel de proclamação de políticas públicas, sendo um convite ao legislador, não sendo concebida como uma norma jurídica autoaplicável (NETO e SARMENTO, 2016).

Apesar de pregar a igualdade de todos perante a lei, e uma abstenção estatal, havia uma clara contraditoriedade entre o discurso e a realidade, pois a legislação conferia o direito ao voto apenas a classe econômica mais abastada, o que impedia que as demandas das classes inferiores fosse trazidas ao debate no Parlamento, criando uma cisão na sociedade entre aqueles que tinha seus interesses tuteláveis pelo Direito, como o proprietário, o comerciante e o pai de família, e os da classe trabalhadores e os pequenos agricultores (SARMENTO, 2011).

A legislação nessa época deveria criar meios do mercado se autorregular, a lei da oferta e da procura, era a mão invisível do mercado, conforme dizia Adam Smith, segundo Dirley da Cunha Junior os fins fundamentais do Estado era:

O dever de proteger a sociedade da violência e da invasão; b) o dever de proteger cada membro da sociedade da injustiça e da opressão de qualquer outro membro; e c) o dever de erigir e de manter certas obras públicas quando não fossem do interesse de qualquer indivíduo ou de um pequeno número deles (pag., 522, JUNIOR, 2016).



A não interferência do Estado na Sociedade, o avanço das descobertas científicas e a industrialização acabou surgindo diversos problemas sociais e econômico, ficando constatado que a liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo. No decorrer do século XIX, acabou surgindo diversas doutrinas socialistas e movimentos reivindicatórios para o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento na realização da justiça social (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2012).

2.3 O Estado Social

No final do século XIX, a industrialização acentuada, o aumento populacional, e a abstenção estatal acabaram criando um quadro de exploração humana, que o Estado absenteísta não tinha condições de equilibrar, nesse período teve grande importância as ideias do socialismo, a doutrina social da Igreja Católica, e a progressiva expansão do direito ao voto a parcela da população, contribuindo para a mudança na democratização social (NETO e SARMENTO, 2016).

No início do século XX, o Estado liberal entra em crise com a quebra da Bolsa de Nova York, tendo causado desemprego em massa, fome, falências de fabricas, nesse quadro notou que a figura da mão invisível do mercado de Adam Smith não se sustentava, o Estado, tornou-se instrumento social, que combatia a injustiça social, contendo o abuso econômico e prestando serviços públicos a população (BARROSO, 2015).

As primeiras constituições a ter um caráter social, foi a do México de 1917 e a da Alemanha, constituição de Weimar de 1919, esse período ficou conhecido como “Welfare State”, o Estado do bem-estar social, os direitos subjetivos a prestação consistia em acesso igual a educação, serviços de saúde, a previdência social, sendo conhecidos como direitos de segunda geração (JUNIOR, 2016).

Essas constituições preservaram os direitos liberais clássicos como liberdade, propriedade, e elencaram a função do Estado de não viola-los, e criando meios para impedir que terceiros violassem, protegendo ativamente e criando meios matérias de poder usufruir, concretizando uma igualdade material (NETO e SARMENTO, 2016).

Para concretizar os direitos sociais, foi preciso um Estado mais forte, para suprir as demandas sociais, primeiro houve a Revolução Bolchevique na Rússia em 1917, e posteriormente nas décadas de 1930 e 1940, com o surgimento de regimes totalitários, como o Nazista na Alemanha e o fascista na Itália, esses sistemas de governo buscaram o bem comum em detrimento exacerbado do bem individual, cometendo crimes contra a humanidade (DOEHRING,2008).

2.4 Estado Constitucional

Com o fim da segunda guerra mundial e os horrores praticados pelo Nazismo contra judeus, eslavos, ciganos, homossexuais, notou que a legalidade estrita não trazia proteção aos indivíduos, pois um regime poderia se apropriar do Parlamento, e seguindo os ditames constitucionais aprovar leis que violassem a dignidade da pessoa humana, foi preciso criar mecanismos de garantia de direitos que fosse subtraído do alcance da maioria de momentos, para limitar seus abusos (NETO e SARMENTO, 2016).

O embrião desse pensamento foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que positivou preceitos de justiça, igualdade, fraternidade, dignidade humana, que inspiraram a Lei Fundamental de Bom, de 1949 e a instalação do Tribunal Constitucional em 1951, com jurisprudência farta sobre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, esta constituição influenciou a constituição da Itália de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional em 1956, sendo seguida ao longo de 1970, com a redemocratização e reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978), (BARROSO, 2015).

Esse novo constitucionalismo caracterizou-se por reconhecer força normativa a constituição, tendo o Poder Judiciário o dever de aplicar ao caso concreto as normas constitucionais, devendo a administração pública pautar-se seus atos pelos direitos fundamentais, devendo toda a legislação infraconstitucional ser analisada através de uma filtragem constitucional, uma nova teoria dos direitos fundamentais edificadas sobre a dignidade da pessoa humana, que erradia seus efeitos em todo o ordenamento jurídico (NETO e SARMENTO, 2016).

2.5 A Lei Fundamental da Alemanha de 1949

Com a derrocada do nacional socialismo e a rendição da Alemanha em 1945, e a subsequente divisão de seu território entre a força aliada EUA, Inglaterra, França e a União Soviética e a crescente rivalidade entre norte americanos e soviéticos, com a divisão da Alemanha pelos países Aliados, entre Alemanha Ocidental e Oriental, os países vencedores impuseram a Alemanha uma nova Constituição (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2012).

A Lei Fundamental promulgada em 1949, foi marcada pela reafirmação dos valores democráticos, logo no art. 1ª traz a afirmação da dignidade da pessoa humana, e o dever do Estado de promover-la e protegê-la, seguida de um catálogo de direitos fundamentais fundados na promoção



da dignidade humana. Sendo tais direitos fundamentais carregados de cunho vinculativos, como direitos exigíveis e autoaplicáveis em juízo, sendo invocado inclusive em face do legislador, art. 1^a, inciso III (BARROSO, 2015).

Os direitos fundamentais foram calcados na dignidade da pessoa humana, conceito abstrato que Daniel Sarmento descreve como sendo:

A dignidade é empregada como qualidade *intrínseca* de todos os seres humanos, independentemente do seu *status* e da sua conduta. [...] todos os indivíduos que pertencem a espécie humana possuem dignidade apenas por serem pessoas. Não se admitem restrições relativas a fatores como gênero, idade, cor, orientação sexual, nacionalidade, deficiência, capacidade intelectual ou qualquer outro. E ninguém se despe da dignidade humana, ainda que cometa crimes gravíssimos (SARMENTO, pag.104, 2016).

O ser humano é olhado como integrante de uma sociedade complexa, não como no Estado Liberal, um ser que necessitava apenas da abstenção estatal, que poderia trafegar pelas relações jurídicas com uma igualdade apenas formal. O Direito Constitucional contemporâneo busca enfatizar o dever do Estado de promover os direitos fundamentais, procurando proteger o ser humano, independentemente de sua vontade, contra ameaças estatais e de particulares (BARROSO, 2015).

Nesse sentido, Gilmar Mendes assevera:

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que o significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger esses direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros (1999).

Tendo os direitos fundamentais aplicabilidade imediata e, vinculando os poderes legislativo, executivo e judiciário, a Lei Fundamental de Bonn, art. 1, III, tem buscado uma solidificação da submissão dos demais ramos jurídicos aos ditames constitucionais, na seara do direito privado autonomia privada sempre foi a protagonista, não se submetendo as previsões do direito público. A principal decisão de submeter o direito privado a uma filtragem constitucional foi proferida no “caso Luth”.(SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2012).

O “caso Luth”, foi julgado pela Corte Constitucional Alemã em 1950, trata-se de um caso, em que se discutia a legitimidade de um boicote proposto ao filme do cineasta Veit Harlan, que havia colaborado com o regime nazista, pelo presidente de Imprensa de Hamburgo, Erich Luth. A empresa distribuidora do filme entrou na justiça contra o boicote sugerido por Luth, com base no art. 826 do Código Civil Alemão, que preceitua que quem causar danos intencionais a outrem, de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano. Inconformado com o



juízo de Luth, interpôs reclamação constitucional para o Tribunal Constitucional (SARMENTO, 2011).

Nesse período, duas correntes doutrinárias dividia a doutrina sobre a relação dos direitos fundamentais nas relações privadas, a primeira delas era a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, defendida inicialmente por Hans Carl Nipperdey, para ele os direitos fundamentais têm efeitos absolutos, nesse sentido não carecem de mediação legislativa para serem aplicados a essas relações. A principal crítica a presente corrente era que desqualificava completamente a autonomia privada. Segundo Hesse “(...) o princípio básico de nosso direito privado, a autonomia da vontade, seria colocado em perigo se as pessoas não pudessem, em suas relações entre si, contornar as disposições de direitos fundamentais” (*apud*, pág. 97, SILVA, 2014).

Para a segunda corrente, menos radical, encabeçada por Durig, defende a teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais, para essa corrente, o direito expresso na constituição não ingressa como direito subjetivo nas relações privadas, que possam a ser invocados a partir da Constituição. A proteção constitucional da autonomia privada, pressupõe a possibilidade de os indivíduos renunciarem direitos fundamentais no âmbito privado. Assim as relações privadas seriam reguladas pelo direito civil, que regularia o grau de cedência recíproca dos bens jurídicos confrontados. Os direitos constitucionais incidiriam na esfera privada através das cláusulas gerais e conceitos indeterminados, que o juiz analisando o caso concreto, poderia extrair dos direitos fundamentais os subsídios para a decisão. As principais críticas a presente doutrina, destaca que a impregnação de valores constitucionais pode causar erosão do princípio da legalidade, ampliando a indeterminação e a insegurança na aplicação das normas civis (SARMENTO, 2011).

A Corte Constitucional, acolheu a segunda corrente, da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais, dando interpretação conforme a constituição do artigo 826 do Código Civil Alemão, a Corte atribui a cláusula geral “bons costumes”, uma interpretação a luz da ordem de valores sobre a qual a Constituição se assenta. Cassando a decisão da Justiça Estadual de Hamburgo, dizendo que o boicote promovido pelo presidente de Imprensa Erich Luth, estava protegido no âmbito da liberdade de expressão, art. 5.1 da Lei Fundamental de Bonn. Assim a presente corrente tem se firmado como a prevalente no cenário jurídico do Tribunal Constitucional Alemão (SILVA, 2014).

Após essa decisão, houve uma ruptura da ideia tradicional de supremacia do Parlamento no mundo Romano-Germânico, passando a Constituição para o centro do ordenamento jurídico e deslocando o código civil. Foi firmado que a decisão fundamental do poder constituinte de romper



com o ordenamento jurídico pretérito, e criar um novo, moldando o Estado e suas instituições conforme os valores de justiça, igualdade, liberdade, deve ser respeitado por toda a legislação pretérita e vindoura. O legislador na atribuição de inovar a ordem jurídica, deve se pautar pelos valores consagrados na Constituição, pois ele é o principal concretizador dos valores constitucionais na vida em sociedade, através das legislações (BARROSO, 2015).

2.6 Constitucionalismo Brasileiro

Com a descoberta do Brasil em 1500, o direito que passou a vigorar, era, leis portuguesas importadas, sendo a primeira as “Ordenações Afonsinas” em 1512, após sucessivas revistas e reformas foi promulgada em 1521, as “Ordenações Manuelinas”, que vigou até 1603 quando foi revogado pelas “Ordenações Filipinas” que vigorou até 1830 (SOUZA e JAPIASSU, 2015).

Com a promulgação da Independência no Brasil em 1822, e com a Assembleia Constituinte reunida em 1823, foi promulgada a Constituição de 1824, com ideias da Constituição Francesa de 1814, trazia em seu bojo um extenso elenco de direitos individuais (art. 179), a previsão do Poder Moderador, exercido pelo próprio imperador (arts. 98 a 101), e direitos políticos (arts. 92 a 96). Apesar das previsões constitucionais, vigorava na época a ideia Rosseana adotada na Revolução Francesa, a supremacia do parlamento, os direitos constitucionais eram só promessas futuras, vigorava nesse período a famigerada escravidão, o voto era censitário, restrito apenas uma parcela da população e a separação dos poderes não existia realmente (SARMENTO e NETO, 2016).

Com a queda da monárquica em 1889, foi promulgada a constituição de 1891, baseada na constituição norte americana de 1787, apesar da busca do idealismo constitucional norte americano, não foi suficiente pra se impor ao pensamento da época, foi importado o federalismo dual, União e Estados (art. 1^a), foi extinto o poder moderador, foi instituído o Presidencialismo (art. 41, § 1^a), o poder judiciário também foi elencado em bases federativas foi instuído o controle de constitucionalidade difuso pelo Decreto 848, que passou a ter caráter constitucional, os direitos individuais passaram a ter um caráter liberal, apesar das bases liberais, compromissada com o Estado de Direito, a vida da republica velha, não correspondia os ditames constitucionais (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2012).

Em 11 de novembro de 1930 Getúlio Vargas edita o Decreto 19.398, regulamentando o governo provisório por ele governado, até a promulgação da constituição de 1934, a constituição de Weimar de 1919 teve grande influência na constituinte de 1934. Foram constitucionalizados direitos



sociais, como ordem econômica, relações de trabalho, família, educação, cultura, inaugurando as constituições sociais, no modelo institucional não teve grandes modificações da constituição pretérita, teve vigência muito curta, não resistindo ao regime da época, foi revogada pela constituição de 1937 (SARMENTO e NETO, 2016).

A Constituição de 1937 não teve legitimidade democrática, ela foi imposta pelo governo de Getúlio Vargas, sendo conhecida de constituição polaca, pois sofreu forte influência da constituição da Polônia de 1935, foi dissolvido o parlamento, o controle de constitucionalidade sofreu forte restrição, podendo o Presidente transformar uma lei declarada inconstitucional, poderia ser novamente votada no Parlamento e tendo maioria de dois terços, declarada constitucional, ficou vedada ao Poder Judiciário o conhecimento de questões políticas (art. 94), os direitos individuais, deveriam ser exercidos nos limites do bem público, da paz comum e da ordem coletiva (art. 123), essa constituição foi marcada pela arbitrariedade estatal, buscando se legitimar em um texto constitucional sem nenhuma legitimação democrática (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2012).

Com a queda do regime autoritário de Getúlio Vargas em 1946, foi promulgada a constituição de 1946, em um período após a segunda guerra mundial, momento de redemocratização e constitucionalização, como a constituição da Itália em 1947 e a Lei Fundamental de Bonn de 1949, plasmadas com ideias de democracia, respeito aos direitos humanos. A Assembleia Constituinte buscou conciliar o Estado Social, o “Welfare State” com o liberalismo político. Apesar de ser uma das primeiras constituições democráticas brasileiras, no período de sua vigência foi marcado por graves distúrbios institucionais, vindo a ser derrubado o Presidente João Goulart, pelo golpe militar em 31 de março de 1964, tendo início a ditadura militar no Brasil (SARMENTO e NETO).

O regime militar outorga a Constituição de 1967/1969, os seus dispositivos consagravam, a redução da autonomia individual, a permissão de suspensão de direitos individuais, a aprovação de leis por decurso do prazo, o Poder do Presidente da República, de editar decretos-leis sobre segurança nacional e finanças. Em 1968 foi editado o Ato Adicional 5, endurecendo ainda mais o regime, com a instituição de suspensão dos habeas corpus, a suspensão dos direitos políticos pelo chefe do executivo, o afastamento de apreciação judicial dos atos praticados conforme o AI-5, censura à imprensa e reprimindo a atividade político partidária (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2012).

Com as manifestações contra os abusos do regime militar, e a manifestação das Diretas Já em 1984, em 15 de janeiro de 1985, o Colégio Eleitoral elegeu para presidência Tancredo Neves e



como vice Jose Sarney, as vésperas de tomar posse, Tancredo Neves adoece, assumindo a vaga Jose Sarney, tornando o primeiro presidente civil desde 1964. Cumprindo compromisso assumido por Tancredo Neves, o Presidente Jose Sarney encaminha ao Congresso Nacional proposta de convocação de uma assembleia constituinte, em 1987 e aprovada a Emenda Constitucional n, 26 que previu a abertura da constituinte (BARROSO, 2015).

2.7 Constituição de 1988

Roberto Barroso sintetiza que a constituição de 1988 “e a constituição das nossas circunstancias, sujeita a imperfeições e vicissitudes”, o processo constituinte teve protagonista uma sociedade que amargou mais de duas décadas de autoritarismo, refletindo a busca da sociedade, a Constituição tornou-se um texto analítico, constitucionalizando direitos privados, trabalhistas, processuais, econômicos, culturais, expressando uma vasta mistura com interesses constitucionais contrapontos (BARROSO, pag., 26, 2014).

O sucesso da constituição da Itália de 1947 e da Alemanha de 1949, e com a redemocratização e constitucionalização de Portugal (1976) e Espanha (1978), o sucesso na proteção e efetivação dos direitos fundamentais, influenciou a assembleia constituinte. A dignidade da pessoa humana passou a ser objetivo da República Federativa do Brasil (art. 1^a, III), adotando os direitos fundamentais incidência mediata (art. 5^a § 1^a), livre acesso ao poder judiciário (art. 5^a XXXV), a jurisdição constitucional foi aumentada sua incidência, com a criação da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103 e 103 § 2^a) e o Mandado de Injunção (art. 5 LXXI), remédios que buscam em face da inércia do legislador, concretizar os direitos fundamentais (SARMENTO e NETO, 2016).

Ingo Sarlet comenta:

Apenas com a promulgação da atual Constituição Federal Brasileira, em 05.10.1988, após aproximadamente vinte anos de regime militar, tanto a Constituição quanto os direitos fundamentais passaram a ser novamente levados a sério como fonte primeira e vinculativa do Direito, ainda que tal reconhecimento tenha encontrado alguma resistência.” (pag. 113 2007).

Vislumbra que o constitucionalismo que nasceu da promulgação da Lei Fundamental de Bonn de 1949, que concretizou a supremacia constitucional, e os direitos fundamentais calcados na dignidade da pessoa humana como trunfo contra a maioria, só vieram a ser concretizados no Brasil, com a constituição federal de 1988. Nota-se que a assembleia constituinte deu primazia a pessoa humana, trazendo logo no seu artigo 1^a os fundamentos da República Federativa a proteção da



dignidade humana, e logo à frente no artigo 5^a um rol de direitos fundamentais, e uma cláusula aberta no § 2^a do artigo 5^a, que não excluem outros direitos em que o Brasil é signatário (BARROSO, 2015).

2.8. Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais servem de parâmetro de aferição do termômetro de democracia de uma sociedade. Karl Loewenstein diz, que o reconhecimento e o respeito as liberdades fundamentais, são o núcleo essencial da democracia constitucional. Antônio E. Perez Luno complementa dizendo que a evolução histórica dos direitos fundamentais, e também a busca da limitação do poder Estatal (JUNIOR, 2016).

Assim, nota-se que expansão dos direitos fundamentais, vai se desenvolvendo com o passar do tempo, em que o ser humano descobre que para poder ter uma vida digna precisa de novas tutelas de proteção, não só em face do Estado mais também em face de terceiro. No Estado absolutista buscava a positivação dos direitos de liberdade, já no período da revolução industrial, descobre que apenas a liberdade não efetiva os direitos inatos do ser humano, como alimentação, moradia, saúde, necessitando de o Estado intervir na sociedade, e na atualidade vislumbra que o indivíduo precisa para ter uma vida digna, de um meio ambiente adequado, com o descobrimento das armas nucleares, biológicas e químicas, ter direito a paz, (SARMENTO e NETO, 2016).

Preocupado com a proteção do indivíduo em uma sociedade complexo, como a atual, em que cada indivíduo tem projetos de vida e, visões diferentes sobre a vida, tendo cada um aspirações intelectual, emocional e políticas, o constituinte de 1988 elencou como fundamentos da República Federativa do Brasil em proteger a dignidade humana, no art. 1^a inciso III, e como objetivos no artigo 3^a inciso, construir uma sociedade livre, justa e solidaria e, no inciso III, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, e após um no artigo 5^a um extenso rol de direitos fundamentais, além de trazer no artigo 6^a direitos sociais, o constituinte demonstrou que o Estado Democrático de Direitos e um fim em proteger o indivíduo, devendo sempre buscar dentro de suas limitações econômicas e financeiras a proteção do indivíduo, não apenas contra ameaças estatais, mais também de particulares (SARLET, 2007).

2.9 Os quatro status de Jellinek



Os direitos fundamentais e um complexo feixe de posições diferentes, conteúdos e diferentes estruturas, dessas posições diferentes pode extrair diferentes direitos, pensando nisso em meados do final do século XIX, Jellinek desenvolveu uma doutrina de quatro status em que o indivíduo poderia se encontrar em face do Estados, assim cada posição diferente em que o indivíduo se encontra, e poderia extrair direitos e deveres diferentes (ALEXY, 2008).

São eles, status passivo, onde o indivíduo teria deveres para com o Estado, o status negativo, onde o homem tem um âmbito de proteção em face do império estatal, o status positivo, onde surge o direito de exigir uma prestação do Estado e por fim, o status ativo, o poder do indivíduo influenciar sobre a formação da vontade do Estado, através, do voto, plebiscito e referendo (MENDES e BRANCO, 2016).

No status passivo, o indivíduo esta em relação de sujeição ao Estado, e´ uma classe de competências em que o Estado impõe, este status só deixa de existir se o indivíduo deixar de estar de estar submetido a qualquer dever ou proibição estatal, e o Estado não poder mais exercer mais a competência para estabelecer, tal status encontra limites no Estado Democrático de Direito elencado no artigo 1^a, a separação dos poderes, artigo 60^a e no princípio da legalidade, estampada no artigo 5^a, inciso II, e na separação dos poderes, artigo 60, §4^a, inciso III da Lei Fundamental (ALEXY, 2008).

Já no status negativo, é um espaço em que o indivíduo e senhor de si, protegendo a autonomia da vontade, o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que permite buscar sua própria maneira, o ideal de vida boa, o exercício da vontade de cada pessoa, segundo seus próprios valores, interesses e desejos. A autonomia pressupõe, a razão, a capacidade mental de tomar decisões informadas, a independência, a inexistência de coação ou manipulações essenciais e a escolha, a existência real de alternativas. O status negativo pressupõe a capacidade de alguém tomar decisões e de fazer escolhas ao longo da vida (BARROSO, 2013).

Outro importante status e o positivo, aqui o Estado reconhece ao indivíduo a capacidade jurídica de recorrer ao aparato estatal, exigindo prestações positivas, assim este status, divide em status cívico, quando o indivíduo tem direito a algo em face do Estado, e a obrigação do Estado em criar meios para essas pretensões serem exigidas. Tal status parte da ideia que o Estado deve agir para libertar os indivíduos das necessidades, essa prestação pode ser material, resultados da concepção do Estado sociais, procurando atenuar as desigualdades es sociais, e a prestação jurídica, essa prestação jurídica ocorre nos casos em que o Estado precise editar normas de organização e



procedimento, para materializar o acesso à justiça, elencado no artigo 5^a inciso XXXV, (MENDES e BRANCO, 2016).

E por fim, o status ativo, o direito do indivíduo participar da vontade do Estado, sendo reconhecido a possibilidade de interferir na criação do país em que vive, através de exercer algum cargo político, ou de votar. O direito de interferir na vontade estatal, surgiu na Revolução Francesa, na luta da burguesia contra o estado absolutista, o direito ao voto, aos poucos foi se expandindo para população que era excluída da vida pública, como as mulheres, pobres e os analfabetos, a Lei fundamental elenca o Brasil, como Estado Democrático de Direito, e traz no Título II, dos Direitos e Garantias Fundamentais, no artigo 14, e protege tal direito contra a vontade majoritária ocasionais, com as cláusulas pétreas, artigo 60 §4^a, inciso II, essa proteção ao status ativo, nota na proibição do retorno do Estado ditatorial, absolutista, (ALEXY, 2008)

2.10 Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988

O constituinte de 1988 foi muito pródigo em instituir direitos fundamentais na Constituição, assim já abre a Carta Política no Preâmbulo, dizendo que a Assembleia constituinte institui um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, e no artigo 1^a traz como fundamento da República Federativa do Brasil, no inciso III a dignidade da pessoa humana, e no artigo 5^a no caput garante aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade, e nos próximos 78 incisos traz um rol de direitos e deveres fundamentais, contendo no §2^a uma clausula aberta, reconhecendo outros direitos fundamentais não constante na constituição. (JUNIOR, 2016).

E logo no artigo 6^a, 7^a, 8^a os direitos sociais, e no artigo 12, os direitos da nacionalidade, e nos artigos 14 a 17 positivou os direitos políticos. Pela tipologia que o constituinte elaborou a constituição, ele procurou primar pela proteção do indivíduo, ordenando o legislador a criminalizar certas condutas discriminatórias e atentatórias dos direitos e liberdades, artigo 5^a inciso XLI. Assim toda atuação estatal, deve pautar-se pela promoção do indivíduo, a o legislador e o principal ator dessa concretização, e ele que inova a ordem jurídica, através da aprovação de leis, emenda constitucional, decretos legislativo, artigo 59 da Constituição, e a Administração Pública, em sua administração e na elaboração de políticas públicas (MENDES e BRANCO, 2016).

2.11 Dignidade Humana

A dignidade da pessoa humana é usada desde o tempo da Roma Antiga, em que era empregada para designar o prestígio de certas pessoas ou instituições em razão do seu status, com o passar do tempo, alguns filósofos como Agostinho, Tomás de Aquino, atribuíram que o homem foi feito à imagem e semelhança de Deus, o que lhe atribuíram, uma superioridade diante dos demais seres. O discurso da dignidade humana, só ganha a universalidade, com o Iluminismo, e soou fortemente nas revoluções francesas e norte americana. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, proclama no artigo 1ª que todos os homens nascem livres e iguais em direito, atribuindo a dignidade que era somente dos nobres a toda a população, e a Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776, afirmava que todos os homens são criados iguais (SARMENTO, 2016).

Immanuel Kant desenvolveu a formulação sobre a dignidade humana, mais influente da história, para ele o ser humano não tem preço mais dignidade, os seres humanos são dotados de capacidade de se autodescobrir e autodeterminar pela lei moral, independentemente da cor, idade, sexo ou classe social, o ser humano é um fim em si mesmo, devendo o Estado ser um fim na busca da finalidade de desenvolver a dignidade humana, e não ao contrário. Apesar do fim da pessoa em si mesma, e na ideia de igualdade de todos, falta aferição para delimitar o conteúdo da dignidade humana, assim a doutrina elenca três elementos, que são; o valor intrínseco de todos os seres humanos, a autonomia da vontade, e o valor comunitário (BARROSO, 2015).

O valor intrínseco da pessoa, e a afirmação da posição especial da pessoa no mundo, que a diferencia dos outros seres vivos e das coisas, a inteligência, a sensibilidade e a capacidade auto comunicativa são atributos únicos dessa condição singular. Desse atributo pode-se extrair dois postulados, a vedação utilitarismo, a vedação do homem ser um meio para a realização de metas coletivas ou sociais, e autoritário, o Estado deve existir para o homem, e não ao contrário. No plano jurídico, o valor intrínseco está na origem de diversos direitos como, direito a vida, a igualdade, a integridade física e moral (BARROSO, 2013).

Já a autonomia da vontade, se expressa na capacidade de ditar as regras que regem a própria conduta, de autodeterminar-se, a autonomia divide-se em autonomia privada e pública. A autonomia privada se expressa no reconhecimento do ser humano como um agente moral, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e o direito de seguir a sua visão de vida boa, desde que não viole direitos alheios, já a autonomia pública, os cidadãos no regime democrático não são apenas o destinatário das normas jurídicas e decisões judiciais, mais sim os seus coatores, na medida, em que



ele elege os seus representantes através do voto. Assim desse segundo elemento, os seres humanos podem trafegar nos negócios jurídicos, respeitando direitos alheios, e que não fira sua dignidade, ou seja, a ideia da coletividade de justiça, igualdade e solidariedade (SARMENTO, 2016).

Nesta linha, o valor comunitário, aqui o ser humano é enxergado não como uma ilha, mais como integrante de uma sociedade, que partilha dos valores comunitários civilizatórios, aqui busca proteger o indivíduo contra si próprio, não permitindo que tome decisões que degrade sua condição de vida, o valor comunitário busca promover, a obrigação dos pais matriculares os filhos menores em escolas, a obrigação do uso do cinto de segurança, e a proteção de valores sociais compartilhados, como proibição de incesto, incitação à violência são alguns conceitos básicos protegidos pela moral social, (BARROSO, 2013).

Nota-se que a dignidade humana fundamenta a grande maioria dos direitos fundamentais, que são na essência direitos que busca limitar o poder estatal e de terceiros em face do indivíduo, em diversas faces, como direito a vida, a igualdade, a autonomia, a propriedade, a integridade física entre outros direitos. Assim, qualquer lesão a qualquer direito fundamental, estará lesando a dignidade humana. A dificuldade e estabelecer parâmetros, em promover a dignidade humana, protegendo os direitos fundamentais, mais permitindo o indivíduo, fazer escolhas conforme sua visão de mundo (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2012).

2.12 – Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Na vigência da constituição de 1967/69, o Brasil foi governado por uma ditadura militar, sendo a censura, perseguição política, desaparecimento forçado de opositores políticos, algo que era noticiado diariamente. Assim com o fim da ditadura militar, foi instaurado em 1988 a constituinte, com a tarefa de elaborar uma constituição, calcado na proteção da dignidade humana e respeito aos direitos fundamentais. Com as marcas deixadas pela ditadura militar, o constituinte acabou constitucionalizando diversos institutos de direito penal, processual, tributário, administrativo (BARROSO, 2015).

Em relação ao Direito Privado, objeto do presente trabalho, o constituinte constitucionalizou o direito a indenização por violação da honra, intimidade e da imagem, (art.5ª, X), a função social da propriedade (art. 5ª XXII), o direito a herança (art. 5ª XXX-XXXI), a tarefa do Estado de Proteger o consumidor (art. 5ª XXXII), disposição sobre aquisição da propriedade por usucapião especial



urbano e rural (art. 183 e 191), proteção a família, do casamento, das uniões estáveis, a vedação da discriminação entre os cônjuges e os filhos (artigos 226 e 227), (SARLET, 2007).

Assim pela simples incidência dos direitos fundamentais, elencado no art. 5^a §1^a da Constituição, ou pela constitucionalização de diversos dispositivos do Direito Privado, o Supremo Tribunal Federal foi chamado para se posicionar em relação a parametricidade de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, pôs a constituição de 1988, o STF na decisão tomada no julgamento do RE, n 158.215-4/RS, julgado pela 2^a Turma, relatoria do Ministro Marco Aurélio, no julgamento era enfrentado a questão de exclusão de associado do seu quadro, sem oportunizar o prévio exercício do direito de defesa, no julgamento foi firmado a tese da incidência do direito a defesa as relações entre particulares (SARMENTO, 2011).

Em outra decisão prolatada no RE 162.243, o caso dizia respeito a um funcionário brasileiro da empresa da Air France, na qual pleiteava que fosse estendido a ele alguns benefícios, que o plano de carreira da empresa, só previa para trabalhadores franceses, na ocasião o STF decidiu, que o princípio da igualdade deve ser respeitados em qualquer relação, sendo vedada, a relativização. No julgamento do RE 201.819-8, também realizado pela Segunda Turma, que envolvia exclusão de um associado da União Brasileira de Compositores (UBC), conforme a decisão sem oportunidade de defesa, após o voto da Ministra Relatora Ellen Gracie, que na oportunidade decidiu que apenas seria aplicado no caso as regras do estatuto da associação, o ministro Gilmar Mendes pediu vista, e apresentou o voto divergente vencedor, que afirmou a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais a relações privadas. O STF (Supremo Tribunal Federal) tem adotado a doutrina da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentações nas relações privadas (SILVA, 2014).

3. METODOLOGIA

Para a realização deste projeto de pesquisa foram utilizados os métodos por meio da pesquisa bibliográfica, de caráter exploratório, com buscas em livros, artigos científicos, artigos de revistas, dissertações na literatura nacional, entrevistas, através das bases de dados eletrônicos e biblioteca digital. Utilizando as palavras chaves: dignidade humana, direitos fundamentais, direito privado.

4. ANÁLISES E DISCUSSÕES

O presente estudo realiza uma abordagem, deste os primórdios da Europa Romano-Germânica até a Revolução Francesa de 1789, na qual vigorava o absolutismo, regime de governo em que o rei é supremo. Sinaliza também o grande marco da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em que surgiram os primeiros direitos oponíveis ao Estado, os direitos de liberdade.

Ainda, se traça uma abordagem da Revolução Industrial, em que embora o indivíduo possuía liberdade, não lhe era garantida a igualdade, o que justificava o Estado intervir na sociedade e disciplinar as relações entre os particulares. Assim surge o Estado do Bem social, o “Welfare State”. Com a eclosão da Segunda Guerra Mundial e as descobertas dos crimes bárbaros cometidos pelo regime nazifascista, o Estado passou a assumir o protagonista da promoção e desenvolvimento da dignidade humana que passou a encapar os direitos fundamentais e irradiar seus efeitos por todo ordenamento jurídico, especialmente no Direito Privado.

Neste viés, defende-se que os direitos fundamentais não devem ficar presos ao Direito Público e merecem eclodir também para o Direito Privado, sendo aplicado, ainda que indiretamente, nas relações entre os particulares, não se admitindo uma atuação ilimitada, mas limitada, ainda que de forma reflexa, pelos direitos fundamentais contidos na Constituição Federal da República, por se tratarem de preceitos supremos, que devem ser respeitados, notadamente para se evitar qualquer abuso ou arbitrariedade, como já aconteceu no passado, em que o regime nazifascista, embora atuando em aparente legalidade, afrontou as garantias mais básicas do ser humanos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ser humano é um indivíduo que necessita da convivência em sociedade e quase sempre, os sistemas de governos eram absolutistas, ou seja, o poder do Monarca era ilimitado. Com o Iluminismo, foi desenvolvido a ideia de liberdade. Assim ocorre as primeiras Declarações de Direitos, como a da Revolução Francesa de 1789 que universalizou suas ideias de liberdade, igualdade e fraternidade. Essas declarações buscavam limitar o poder do Estado, rompendo com o antigo regime de classes, para um regime de igualdade de todos perante a lei, nasce o Estado Liberal.

Com o Estado Liberal, descobre-se que não é apenas o Estado que pode escravizar os cidadãos, mais os particulares, especialmente no mercado de trabalho, que vigorava a lei da oferta e da demanda, com a Revolução Industrial, os industriais elevaram a exploração ao nível da barbárie, assim, a maioria da população conseguiu limitar os poderes do Estado, mais não de particulares,



pois as relações privadas são travadas pela necessidade, de sobrevivência em sociedade. Assim, as Declarações de Direitos livraram a maioria da população do poder absolutista do Estado para serem explorados pelos latifundiários, industriais, comerciantes, entre outros.

Neste viés, tornou-se imprescindível a interferência do Estado na economia, legislando normas que se disciplina as relações privada e prestando prestações materiais, como direito a saúde, educação, seguridade social, moradia. Com o Estado Social foram positivados pela primeira vez na Constituição Mexicana de 1917, e a Constituição de Weimar de 1919, da Alemanha. Assim iniciase a interferência estatal nas relações privadas, fixando limites para possibilitar uma equiparação dos dois lados contratantes. Nessa época a constituição não tinha força vinculativa, vigorava a ideia de Rousseau, de supremacia do Parlamento, a vontade geral.

Com os horrores praticados pelo regime nazifascista, a positivação de direitos fundamentais somente na Constituição não garantia uma instabilidade institucional, pois dependendo do momento político, um partido poderia dispor desses direitos e aprovar legislações diabólicas como o regime de Hitler fez, com a constituição de Weimar. Sob essa ótica, foi desenvolvido um entrincheiramento dos direitos fundamentais por meio das cláusulas pétreas, impedindo o legislador de dispor de tais garantias, a adoção de supremacia da constituição, e a vinculação dos três poderes aos direitos fundamentais, o desenvolvimento do controle de constitucionalidade, todos esse mecanismo, vieram dar força a Constituição, rompendo com a ideia tradicional de supremacia do parlamento.

Com a fixação da Constituição no centro do ordenamento jurídico, e a constitucionalização de diversos institutos de direito privado, processual, penal, tributário, a Constituição de 1988 tornou-se prolixa, expandindo ainda mais os direitos fundamentais, tendo em vista que estes vão se desenvolvendo conforme a necessidade do indivíduo. Os direitos fundamentais buscam limitar o poder estatal em face do indivíduo, ante a nítida desproporção do Estado frente aos particulares, destaca-se também que a maioria das normas editadas pelo Estado são cogentes, devendo ser seguida por todos, nessa dialética entre o Estado e o indivíduo, os direitos fundamentais servem de parâmetros para aferir a legitimidade.

Já no plano privado, o indivíduo tem autonomia privada, o poder de gerir sua vida e os efeitos jurídicos dessas relações travadas, não disciplinadas nos diversos diplomas privados. E ambos os particulares estão em pé de igualdade, claro que com a vida moderna, mais complexa, a maioria dos contratos são de adesão, pois torna os negócios jurídicos mais fluidos e rápidos, promovendo o desenvolvimento social. Assim, apesar dos direitos fundamentais procurarem proteger o indivíduo, pode acabar excluindo do tráfego jurídico, tirando sua dignidade.



Nesse ínterim, no campo do Direito Público, a incidência dos direitos fundamentais torna-se obrigatório, já no campo do Direito Privado, a incidência direta e imediata, pode fulminar a autonomia da vontade e desaparecer a segurança jurídica, pois a maioria dos direitos fundamentais, não tem um conteúdo determinado, são textos que admitem uma interpretação extensiva, e dependendo da visão de mundo do magistrado, se o caso for levado até o Poder Judiciário, pode ter decisões contraditórias. Além disso, a incidência mediata e direta dos direitos fundamentais, não tem aplicabilidade a todos os casos, como a regra estabelecida no Código Civil do contrato de trespasse, que veda que o vendedor do estabelecimento comercial, reabra no mesmo local, a mesma exploração comercial pelo período de 5 anos, artigo 1.147 do CC/02, e o direito à livre concorrência elencado no artigo 170 IV da Carta Política.

A Constituição Federal, elenca no artigo 5^a, Inciso XI, que a casa é asilo inviolável, ninguém podendo entrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial, a Lei 8.245/1991 elenca no seu artigo 23, inciso IX, o direito de vistoria do imóvel locado pelo locador ou seu mandatário. No caso em tela, se fosse admitido o direito fundamental a vida privada, as vistorias do locador a serem realizadas em seu imóvel, tornaria inócua. Diante dos dois casos apresentados, a lei disciplina com certa segurança os deveres do vendedor no contrato de trespasse, e no caso do locatário.

Se for aplicado a doutrina dos efeitos diretos e imediatos dos direitos fundamentais, ambos poderiam quebrar o contrato realizado, e suas decisões seriam encampadas pelo Poder Judiciário. A Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, no seu artigo 4^a preceitua que o juiz em caso de omissão da lei, decidira o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Assim o juiz deve aplicar primeiro a lei que regula a situação no caso concreto, e acaso ela seja inconstitucional ou não seja regulada aquela situação específica, que seja aplicado uma lei parecida.

Ante o exposto, defende-se no presente estudo, a incidência indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, através das cláusulas gerais, que servem de ponte de entrada dos direitos fundamentais no Direito Privado. O Direito Privado é pautado pela segurança jurídica e autonomia da vontade e o legislador editou legislação com uma filtragem constitucional, priorizando a dignidade da pessoa humana, em face dos bens materiais. Ora, vivemos em um Estado Democrático de Direito e ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei, respeitando as regras do Direito Privado.

REFERÊNCIAS

- ALEXY. R. **Teorias dos Direitos Fundamentais**, São Paulo, 5ª edição, Malheiros, 2008.
- BARROSO, L.R. **Direito Constitucional Contemporâneo**; São Paulo, 5ª ed., Saraiva, 2015.
- _____. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**; Belo Horizonte, Fórum, 2016.
- A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**; Belo Horizonte, Fórum, 2013.
- BRITO, C.A. **O Humanismo como Categoria constitucional**; Belo Horizonte, Fórum, 2016.
- CANARIS, C.W. **DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO PRIVADO**; Almedina, 2003.
- NETO. C. P. S e SARMENTO. D. **Direito constitucional, Teoria, história e métodos de trabalho**, Belo Horizonte, Fórum, 2016.
- SARMENTO. **Direitos fundamentais e relações privadas**; Rio de Janeiro, 2ª ed., Lumen Juris, 2010.
- SARMENTO. D. **Dignidade da pessoa humana**, Conteúdo, Trajetória e Metodologia; Belo Horizonte, Fórum, 2016.
- SARLET. I. W. e MARINONI. G. e MITIDIERO. D. **Curso de direito constitucional**, São Paulo, 2ª ed., Revista dos Tribunais, 2012.
- SARLET. I. E NEUNER. J. e S. P. M. **Direitos fundamentais e direito privado, uma perspectiva de direito comparado**; Almedina, 2007.
- JUNIOR. D. C. **Curso de Direito Constitucional**, Bahia, 10ª ed., Juspodivm, 2016.
- SILVA. V. A. **Direitos fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia**, 2ª ed. São Paulo, Malheiros, 2011.
- _____. **A constitucionalização do direito, os direitos fundamentais nas relações entre particulares**, ed., 1ª, 4ª tiragem, São Paulo, Malheiros, 2011.
- GOMES. L. F. e MAZZUOLI. V. O. **Direito Supraconstitucional, do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.
- HOBBS. T. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**, 2ª ed. São Paulo, Martin Claret, 2013.
- ROUSSEAU. J. J **Do contrato social**, 3ª ed., São Paulo, Martin Claret, 2010.
- MENDES. G. F. e BRANCO. P.G. **Curso de direito constitucional**, 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 2016