

# *Revista Brasileira de Direito Civil*

**IBDCivil**

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ISSN 2358-6974

**Volume 10**

**Out / Dez 2016**

**Qualis B1**

**Doutrina Nacional** / Anderson Schreiber / Carlos Nelson Konder / Luciana Dadalto / Carla Vasconcelos Carvalho / Leonardo Estevam de Assis Zanini / Simone Tassinari Cardoso / Ísis Boll de Araujo Bastos

**Jurisprudência Comentada** / Renata de Lima Rodrigues

**Pareceres** / Ruy Rosado Aguiar

**Atualidade** / Paulo Franco Lustosa

**Resenha** / Gustavo Tepedino

**Vídeos e Áudios** / Stefano Rodotà

# **LEADING CASES DE DIREITO DAS FAMÍLIAS: UMA ANÁLISE DAS SITUAÇÕES COM REPERCUSSÃO GERAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A PARTIR DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

## **The horizontal effects of fundamental rights and family leading cases in Brazil's Supreme Court**

Simone Tassinari Cardoso

Professora Adjunta de Direito de Família e Sucessões da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS e em cursos de Pós-graduação lato sensu. Advogada e Mediadora de Conflitos. Mestre e Doutora e Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Ísis Boll de Araujo Bastos

Professora no Curso de Graduação em Direito do UniRitter e em cursos de Pós-Graduação em Direito *lato sensu*. Advogada e Mediadora de Conflitos. Especialista em Direitos Fundamentais e Constitucionalização do Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, Mestre e Doutoranda em Direito pela mesma instituição. Doutoranda bolsista Capes na linha de pesquisa: eficácia e efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito Público e Direito Privado.

*En este mundo traidor nada es verdad ni mentira; todo es según el color del cristal con que se mira.*

Ramón de Campoamor

### **Resumo**

O direito das famílias sofre modificações constantes, a dinâmica da sociedade e das relações interpessoais é a mola propulsora dessas alterações. Quatro *leading cases* que envolvem o universo familista e aguardam julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) são objeto de análise. Para compreender a dinâmica que envolve direitos fundamentais e as situações familiares em pauta pelo Supremo busca-se auxílio nas teorias dos direitos fundamentais e sua aplicação entre os particulares.

### **Palavras-chave**

Famílias; *Leading cases*; Supremo Tribunal Federal; Eficácia dos direitos fundamentais entre particulares.

### **Abstract**

Family rights are under constant changes, the dynamics of society and people's relationships stimulate these transformations. Four family leading cases waiting for a judgment in STF (Brazil's Supreme Court) are object of this study. The theory of fundamental rights and its horizontal effects are used for comprehension of the dynamics of these family relationships cases in STF.

### **Keywords**

Families; Leading cases; Brazil's Supreme Court; Horizontal effects of fundamental rights.

### **Sumário**

Introdução – 1. Uma noção geral acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares – 2. Das teorias sobre a eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais – 3. *Leading Cases* de direito das famílias: análise e aplicação da Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações interprivadas – 4. Conclusão

## Introdução

Tão importante quanto discutir os rumos e desafios do direito das famílias contemporâneo é proteger os indivíduos que compõem essas estruturas e relações familiares. Por isso, ao Estado foi imposto o dever de proteção tanto na edição de legislação pertinente, quanto na juridicização dessa proteção. Tem ainda o dever de assegurar que, nas relações privadas, ainda estão protegidos os seres humanos. Neste sentido, a estrutura estatal contemporânea do pós-guerra afirmou-se sob a luz dos direitos fundamentais. E, se antes a preocupação estava vinculada à presença destes direitos, nos dias de hoje, a ocupação jurídica se dá com sua efetividade.

Muito se tem discutido sobre como extrair efeitos dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. Diversas teorias tentam dar suporte, tanto para negá-los quanto para fazê-los incidir. Dentre as relações entre os particulares, talvez, uma das mais complexas a ser trabalhada diz respeito à relação familiar. Talvez, porque os tecidos sociais sempre contaram com sua participação, ou porque os sentimentos ali imbricados são capazes de extrair o melhor e o pior dos seres humanos, o Direito tenha tanto esforço por regularizá-la, reconhecê-la e tutelá-la.

Neste contexto, a discussão acerca de como esta área específica do Direito pode extrair dos direitos fundamentais os valores constitucionais mais preciosos, gerando efetiva proteção às pessoas que o compõem, é tema interessante de investigação. Por este motivo, optou-se por percorrer as teorias que dão suporte à eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, cotejando-as com os *leading cases* de Direito das Famílias, pendentes de julgamento no Supremo Tribunal Federal.

Na construção deste estudo, inicialmente, percorre-se a apresentação de uma noção geral acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Trabalha-se com os primeiros aportes da teoria no país. Neste tópico é discutida, ainda, a necessidade de constitucionalização do Direito Civil, apresentando a extração de valores constitucionais fundamentais na ordem privada, como um dos pressupostos desta visão do Direito. Indica-se a viragem metodológica trazida pela Constituição de 1988, em que os valores existenciais devem ser sobrepostos aos patrimoniais, deixando para trás, de vez, o modelo liberal e oitocentista e individualista de tutela civil. Apresentam-se os primeiros casos a utilizar eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas no país, trabalham-se seus principais argumentos.

Em seguida, disserta-se sobre as principais teorias acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, a fim de que se possa, à luz dos *leading cases* de Direitos das Famílias, ainda pendentes de julgamento no Supremo Tribunal Federal, analisar o contexto em que podem ou não ser aplicada e de que forma. Investiga-se a teoria da eficácia indireta e sua origem, com seus principais pressupostos de compreensão. Em segundo lugar, analisa-se a teoria da eficácia direta e imediata, em seu contexto de surgimento e aplicabilidade. A terceira teoria a ser apresentada é a teoria da eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais. No quarto ponto apresenta-se a teoria da *state action* porque usada na fundamentação de algumas decisões da Corte Suprema, como exemplo de incidência. E, ao final, trabalha-se com a teoria dos deveres de proteção.

Após apresentar o embasamento teórico suficiente para análise dos casos, passa-se à pesquisa de jurisprudência, em que são analisados os *leading cases* de Direito das famílias pendentes de julgamento no STF. Os quatro casos encontrados se prestam para questionar quais os melhores modelos de incidência dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares e a análise de cada um deles retoma, novamente, a necessidade, ainda, de “reconstitucionalização” do Direito Civil.

## **1. Uma noção geral acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**

No modelo liberal clássico, os direitos fundamentais tinham uma “concepção unidirecional”,<sup>1</sup> ou seja, os direitos eram exigidos pelo indivíduo contra o Estado. Somente os poderes públicos eram obrigados a respeitar direitos fundamentais.<sup>2</sup> Os direitos fundamentais eram vistos como um “instituto específico”<sup>3</sup> das relações entre indivíduo e Estado, sendo verdadeiros limites ao exercício do poder estatal e por isso não se projetavam às relações privadas.

---

<sup>1</sup> Expressão utilizada por Bilbao Ubillos. UBILLOS, Juan María Bilbao. La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento español. In: MONTEIRO, Antonio Pinto; NEUNER, Jörg e SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 165-212.

<sup>2</sup> Neste sentido: VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004, p. 33.

<sup>3</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 273-299.

Na Alemanha, discute-se, há pelo menos meio século,<sup>4</sup> sobre as relações entre os direitos fundamentais e o Direito Privado. No Brasil, esse é um tema recente, pois somente após a Constituição Federal de 1988, tanto a Constituição como os direitos fundamentais passaram a ser levados a sério como fonte primeira e vinculativa de Direito.<sup>5</sup> Os primeiros esforços efetivos no Brasil sobre o tema foram realizados por autores dedicados ao Direito Privado<sup>6</sup> e pela doutrina constitucionalista<sup>7</sup> e pode-se afirmar que dogmática do Direito que preconizava a constitucionalização do direito privado sob a matriz da metodologia do “Direito Civil-Constitucional”.<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> Conforme se verifica em ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 523-542.

<sup>5</sup> Neste sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: MONTEIRO, Antonio Pinto; NEUNER, Jörg e SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004, pp. 111-144.

<sup>6</sup> Vale destacar a participação significativa da Escola do Direito Civil-Constitucional, na tarefa de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. “No Brasil, a expressão ‘direito civil-constitucional’ começou a ser empregada a partir da década de 1990, em estudos de dois civilistas pioneiros. Gustavo Tepedino e Maria Celina Bodin de Moraes, recém-chegados da Itália onde concluíram o curso da prestigiosa *Scuola di Specializzazione in Diritto Civile da Università di Camerino*, trouxeram na bagagem uma nova metodologia, apreendida diretamente das lições de seu maior expoente no direito italiano, Pietro Perlingieri” (SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 6). Neste sentido, se pode afirmar o caráter precursor desta escola, uma corrente de pensamento que se firmou no Brasil sob a influência de Pietro Perlingieri, que, nas suas próprias palavras, define esta metodologia como a “*rilettura del codice civile e delle leggi speciali alla luce della Costituzione repubblicana*”. Afirma o autor que este fenômeno não se exaure em um mero momento interpretativo, mas deve incluir um momento aplicativo, de forma a extrair normatividade dos valores e princípios constitucionais (PERLINGIERI, Pietro, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Nápoles: ESI, 2001, p. 198). Segundo Gustavo Tepedino “a constitucionalização do Direito Civil, em uma palavra, não é apenas um adjetivo a colorir a dogmática criada pela Escola da Exegese, que pudesse ser a cada momento purificada ou atualizada, mas uma definição metodológica, que retrata, ao mesmo tempo, uma alteração profunda da ordem pública, a partir da substituição dos valores que permeiam o Direito Civil, no âmbito do qual a pessoa humana passa a ter prioridade absoluta” (TEPEDINO, Gustavo. *Marchas e Contramarchas da Constitucionalização do Direito Civil: a interpretação do Direito Privado à luz da Constituição da República*, *Revista (Syn)thesis*, v. 5, n. 1, 2012). Destaca-se que a consolidação da escola e o impacto nas decisões dos tribunais superiores não teria sido alcançado sem a contribuição de juristas como Luiz Edson Fachin e Paulo Luiz Netto Lôbo, que durante muito tempo capitanearam ao lado dos juristas já referidos, a formação da metodologia civilista contemporânea.

<sup>7</sup> Neste ponto, destacam-se Ingo Wolfgang Sarlet, Luís Roberto Barroso, Daniel Sarmiento e Virgílio Afonso da Silva, dentre outros.

<sup>8</sup> “Uma última advertência se faz indispensável. A adjetivação atribuída ao direito civil, que se diz constitucionalizado, socializado, despatrimonializado, se por um lado quer demonstrar, apenas e tão-somente, a necessidade de sua inserção no tecido normativo constitucional e na ordem pública sistematicamente considerada, preservando, evidentemente, a sua autonomia dogmática e conceitual, por outro lado poderia parecer desnecessária e até errônea. Se é o próprio direito civil que se altera, para que adjetivá-lo? Por que não apenas ter a coragem de alterar a dogmática, pura e simplesmente? Afinal, um direito civil adjetivado poderia suscitar a impressão de que ele próprio continua como antes, servindo os adjetivos para colorir, com elementos externos, categorias que, ao contrário do que se pretende, permaneceriam imutáveis. A rigor, a objeção é pertinente, e a tentativa de adjetivar o direito civil tem como meta apenas realçar o trabalho árduo que incumbe ao intérprete. Há de se advertir, no entanto, desde logo, que os adjetivos não poderão significar a superposição de elementos exógenos do direito público sobre conceitos estratificados, mas uma interpenetração do direito público e privado, de tal maneira a se reelaborar a dogmática do direito civil. Trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os

A constitucionalização do Direito Civil é uma manifestação do fenômeno da publicização do direito privado e o mitigar das fronteiras entre o Público e Privado, ou seja, quando ocorre a migração de valores constitucionais para o âmbito privado, dentre eles, o da dignidade da pessoa humana. Facchini refere dois sentidos para descrever o fenômeno da constitucionalização do direito privado: o antigo e o moderno.<sup>9</sup> O sentido antigo manifesta-se quando os códigos eram vistos como barreiras ao Estado, ou seja, o próprio código civil exercia função de verdadeira Constituição no âmbito das relações jurídicas privadas.

O sentido moderno pode ser vislumbrado sob dois ângulos: o primeiro deles, denominado pelos doutrinadores de relevância constitucional das relações privadas, ou para alguns, Direito privado na Constituição, quando vários institutos que eram tipicamente tratados nos códigos privados passaram a ser disciplinados também nas Constituições contemporâneas. O segundo é a o da constitucionalização efetiva do direito civil, também denominado de Constituição no Direito Privado.<sup>10</sup> Nesse aspecto, cuida-se de uma interpretação conforme a Constituição das normas de direito privado e da incidência da Constituição no âmbito das relações entre sujeitos privados, isto é, a análise das consequências dos princípios constitucionais, principalmente no que se refere a direitos fundamentais, individuais e sociais no âmbito do direito privado.

O novo sistema do Direito Civil fundado pela Constituição dá prevalência às relações existenciais, ou não patrimoniais, porque à pessoa humana deve o ordenamento jurídico inteiro, e o ordenamento civil em particular, assegurar tutela e proteção prioritárias.<sup>11</sup> Dessa forma, cada vez mais frequentes são os conflitos entre particulares levados ao judiciário, em que os juízes tendem a buscar apoio diretamente nos direitos fundamentais.<sup>12</sup>

---

direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais” (TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 22).

<sup>9</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, cit., pp. 33-40.

<sup>10</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro, cit., pp. 120-124. O autor refere que a relação entre a Constituição e o Direito Privado pode ser descrita pelo menos a partir de duas perspectivas: a do Direito Privado na Constituição e a da Constituição no Direito Privado.

<sup>11</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da Pessoa Humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 31.

<sup>12</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento español, cit., p. 166.

Em recente análise dos *leading cases* pendentes de decisão perante o Supremo Tribunal Federal, cuja pesquisa nas repercussões gerais tomou por base a pesquisa livre sobre o artigo 226 da CF, pode-se verificar a presença de 4 (quatro) registros, todos eles temas de Direito das Famílias e passíveis de questionamentos a partir dos Direitos Fundamentais. Tratam-se dos acórdãos RE 646721, que aborda o alcance do direito sucessório em face de união estável homoafetiva, o RE 883168, que trata da possibilidade de concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários, o RE 898060, com o tema da prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica e por fim, o RE 878694, que questiona a validade de dispositivos do código civil que atribuem direitos sucessórios distintos ao cônjuge e ao companheiro.

No Brasil, o primeiro caso em que foi discutida a colisão dos direitos fundamentais em matéria de direito privado foi no âmbito do direito de família, em 1992, o denominado “caso da investigação de paternidade”. Trata-se de um *leading case*,<sup>13</sup> em que o Supremo Tribunal Federal (STF) reformou a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, proibindo a condução compulsória do réu ao laboratório para compeli-lo ao exame de DNA (ou ADN) para determinação da paternidade.<sup>14</sup>

O Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que haveria outras formas para que fosse obtida a proteção das menores que não o uso de “condução sob vara”, ou seja, há maneiras, de acordo com o ordenamento constitucional, não ofensivas aos princípios da inviolabilidade da intimidade, da dignidade da pessoa humana, da legalidade, dentre outros não observados nas instâncias ordinárias. Desde o julgamento pela Suprema Corte deste caso “a jurisprudência (...) corporificou-se no sentido da impossibilidade do constrangimento físico do réu, servindo a recusa como prova, em favor do autor, do vínculo de paternidade, a ser sopesada pelo magistrado no conjunto probatório”.<sup>15</sup> Gustavo Tepedino, ao comentar o caso em apreço, refere que este influenciou o artigo 232 do

---

<sup>13</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro, cit., p. 136. Decisão disponível no Habeas Corpus n. 71373-4 Rio Grande do Sul, proferida em 10.11.1994, Supremo Tribunal Federal (STF), Relator Ministro Marco Aurélio.

<sup>14</sup> Sem adentrar no mérito da discussão sobre a fundamentação utilizada pela magistrada de 1º grau, transcreve-se trecho da decisão: “Assim determino a realização do exame a ser realizado pelo Dr. Jobim, já compromissado. Oficie-se para marcação de data. Deverá o réu comparecer, assim que intimado, sob pena de condução sob vara, eis que, no caso, seu corpo é objeto de direitos, não sendo cabível invocar ‘direito personalíssimo de disponibilidade do próprio corpo’”.

<sup>15</sup> TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos Direitos Fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. *Revista da AJURIS*, v. 100 (edição histórica). Porto Alegre: AJURIS, 2005, p. 158.

Código Civil.<sup>16</sup> E ainda, a Suprema Corte entende que, quando há ofensa à dignidade da pessoa humana, a solução deverá ser dada com base no caso concreto, não sendo necessária disciplina infraconstitucional.

Partindo da premissa de que o direito civil não pode ser analisado sem levar em conta os preceitos constitucionais, adquire importância o tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. A doutrina constitucionalista brasileira, seguindo a orientação alemã, espanhola, portuguesa e italiana, começa a tratar o tema da constitucionalização do direito civil com enfoque para a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, principalmente no que diz com a eficácia direta ou indireta dos direitos fundamentais.<sup>17</sup> Já na Alemanha, o caso paradigmático de aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares foi o “caso *Lüth*” em 1958.

Trata-se, de fato, de conhecer as teorias de base da aplicação dos Direitos Fundamentais a fim de, como afirma Pietro Perlingieri, concretizar a tarefa de

contribuir para realizar, mediante renovada teoria da interpretação, axiologicamente orientada, uma justiça civil na legalidade constitucional e comunitária, utilizando os conteúdos e os valores característicos de tal legalidade e não apenas a ‘releitura’ de velhas e novas normas em nível ordinário, mas também a aplicação direta dos enunciados constitucionais.<sup>18</sup>

Desta forma, delimitar nuances conceituais entre as teorias e identificar cada uma delas é o objetivo do próximo subtópico, a fim de verificar suas possibilidades de aplicação nos *leading cases* em análise.

## 2. Das teorias sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Para verificar nos casos pendentes de julgamento no STF se há ou não necessidade de eficácia de direitos fundamentais, e de que forma, há necessidade de analisar as principais teorias de aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre

---

<sup>16</sup> TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos Direitos Fundamentais pelo ordenamento brasileiro, cit., p. 159.

<sup>17</sup> Neste sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro, cit., pp. 112-113.

<sup>18</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 35.



particulares<sup>19</sup>, relacionando-as aos seus casos paradigmáticos, a fim de que se permita uma noção concreta do que cada teoria representa.

A doutrina divide-se em quatro grandes orientações ou teses quanto à eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: a tese da recusa de eficácia, a tese da eficácia mediata ou indireta, a tese dos deveres de proteção e a tese da eficácia direta ou imediata.<sup>20</sup> Acrescente-se também a tese da eficácia direta *prima facie*, defendida por Ingo Sarlet como a melhor opção ao caso brasileiro.<sup>21</sup>

As principais teorias desenvolvidas sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não apresentam divergência sobre a existência desta eficácia nas relações privadas. Conforme Jorge Reis Novais, “O simples facto da existência de uma discussão que se prolonga por mais de cinquenta anos não permitiria, de resto, outra conclusão: alguma eficácia terá de haver, pois não pode toda a gente ter andado a discutir sobre o vazio durante todo esse tempo”.<sup>22-23</sup>

A gradual desconstrução do modelo liberal clássico, que preconizava a dicotomia entre sociedade e Estado, impôs uma nova estrutura à relação jurídica fundamental. Ao invés do modelo liberal clássico indivíduo-Estado, passou-se a considerar, também, a relação indivíduo-indivíduo.<sup>24-25</sup> Neste contexto, além da breve

---

<sup>19</sup> Seguindo Ingo Sarlet, será adotada a terminologia “eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares”, pois como refere o autor, traduz de forma mais precisa e fidedigna, a dimensão específica do problema (SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 114).

<sup>20</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas ente particulares. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações práticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 357.

<sup>21</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, cit., pp. 74-82.

<sup>22</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas ente particulares, cit., p. 357.

<sup>23</sup> Tanto é assim, que ainda permanecem recentes obras discutindo este efeito. É o caso de WALKILA, Sonya. *Horizontal effect of fundamental rights in EU law*. Europa Law Publishing, 2016.

<sup>24</sup> “An Issue that must also be taken into account in this context is the extent of the scope of application of fundamental rights. To what area of the law and what types of relationships do they extend? The traditional approach is that they function solely as safeguards of individual autonomy vis-à-vis the state, so that they apply only to public law and relationships involving an individual and the State. This type of application is referred to as the vertical effect of fundamental rights. More recently there has been a trend toward extending the reach of the fundamental rights further, to include the private law sphere of relations between individuals” (WAGNEROVA, Eliska. The direct applicability of human rights treaties. *The Status of International Treaties on Human Rights*. Venice Commission: Council of Europe: 2006, p. 125). Em tradução livre: “Um problema que também deve ser tomado em consideração, neste contexto, é a extensão do campo de aplicação dos direitos fundamentais. Em que área do direito e quais os tipos de relações que se estendem? A abordagem tradicional é que eles funcionam exclusivamente como garantias de autonomia individual vis-à-vis o estado, de modo que elas se aplicam somente ao direito público e as relações que envolvem um indivíduo e o Estado. Este tipo de aplicação é referido como o efeito vertical de direitos

análise de cada uma das principais teorias existentes, serão indicados seus fundamentos e principais defensores.

A primeira teoria a ser analisada: a teoria da eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais (*Mittelbare Drittwirkung*) – ou teoria da eficácia mediata – surgiu na Alemanha, em 1956, com *Günther Dürig*, com a ideia de que os direitos fundamentais somente vinculam diretamente o Estado. *Dürig* não aceitava a ideia de eficácia direta dos direitos fundamentais, pois esta “acabaria por gerar uma estatização do direito privado e um virtual esvaziamento da autonomia privada”.<sup>26</sup> Essa teoria “*es una solución intermedia*”,<sup>27</sup> pois não nega a vinculação entre particulares aos direitos fundamentais, nem mesmo sustenta uma aplicabilidade direta. O Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCF) adotou essa teoria a partir do emblemático “caso *Lüth*”<sup>28</sup> julgado em 1958. Trata-se do mais famoso caso da Corte Constitucional Alemã. Essa decisão foi o

---

fundamentais. Mais recentemente tem havido uma tendência para estender o alcance dos direitos fundamentais mais, para incluir a esfera do direito privado das relações entre os indivíduos”.

<sup>25</sup> VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*, cit., p. 49.

<sup>26</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, cit., p. 60.

<sup>27</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento español, cit., p. 185.

<sup>28</sup> MARTINS, Leonardo. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Konrad Adenauer Stiftung. 2005. pp. 381-385 [BverfGE 7, 198]. O “caso *Lüth*” resumidamente: No período nazista um cineasta chamado *Veit Harlan*, realizava filmes de propaganda nazista e de conteúdo anti-semita contra judeus, como exemplo o filme *Jud Süß* filmado em 1941. Em 1950, o mesmo cineasta produziu um filme sem qualquer relação com o passado nazista cujo título era “Amada imortal” (*Unsterbliche Geliebte*). Um filme completamente normal, excluindo-se o fato de ter sido produzido por esse cineasta que durante dez anos serviu ao regime nazista. *Erich Lüth*, jornalista e diretor do clube imprensa de Hamburgo, quando soube do lançamento do filme, liderou um boicote e conclamou a todos os distribuidores de filmes cinematográficos, bem como ao público em geral, para que aderissem ao boicote do filme lançado por *Veit Harlan*. O cineasta ajuizou ação cominatória para que *Lüth* parasse com o boicote e ainda o indenizasse pelos prejuízos causados. Fundamentou sua inicial no §826 BGB, que prevê o direito de não ser lesado por condutas do gênero, ato consciente de alguém que age no sentido de causar danos a outros. A ação foi julgada procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo. *Lüth* apelou ao Tribunal Superior de Hamburgo e ao mesmo tempo interpôs Reclamação Constitucional ao TCF, alegando violação ao seu direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento, garantida pelo artigo 5 I 1 GG. A Corte Constitucional reconheceu o direito de *Lüth*, julgando a Reclamação procedente e revogou a decisão do Tribunal Estadual. O TCF aduziu que o artigo §826 deve ser interpretado conforme a Constituição, fundamentou que o Tribunal Estadual desconheceu, no julgamento do comportamento do reclamante, o significado do direito fundamental à livre expressão do pensamento, que também alcança o caso em que ele entra em conflito com interesses privados, ou seja, a decisão do Tribunal Estadual violou o direito fundamental previsto no artigo 5 I 1 GG. Assim, inicia-se a perspectiva de ler os artigos do Código Civil à luz do texto constitucional. Não se podem interpretar as cláusulas gerais apenas dentro da lógica do direito civil, mas sim à luz dos valores objetivos da Constituição e eficácia de irradiação. *Lüth* não estava impedindo *Harlan* de realizar o filme. Cabia a decisão a cada alemão em mostrar ou não e em assistir ou não ao filme. Neste caso, a força da argumentação era decisiva, pois não ocorreu nenhum tipo de perseguição de natureza econômica, não havia relação de concorrência, o objetivo era apenas impedir que *Harlan* se firmasse como representante significativo da cinematografia alemã.

marco da mudança para uma aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Assim, na teoria da eficácia indireta a Constituição é vista “como ordem de valores”,<sup>29</sup> contendo em si uma pauta axiológica de valores a serem observados, que se impõe e tem eficácia de irradiação, ou seja, irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico. Em outros casos, o Tribunal Alemão não modificou seu entendimento, destaque para o “caso *Blinkfüer*”, julgado em 1961<sup>30</sup> e o “caso *Lebach*” julgado em 1973.<sup>31</sup>

Na teoria da eficácia indireta, “os direitos fundamentais não ingressam no cenário privado como direitos subjetivos, que possam ser invocados a partir da Constituição”,<sup>32</sup> mas precisam ser levados em conta pelo Estado na criação legislativa ou na interpretação do direito privado.<sup>33</sup>

Em última análise, essa teoria<sup>34</sup> refere que os direitos fundamentais não são diretamente oponíveis, como direitos subjetivos nas relações entre particulares, precisando de intermediação por parte do legislador ou do juiz.<sup>35</sup> Nesta teoria, o Estado é destinatário das normas de direitos fundamentais. Neste sentido, Vieira de Andrade dispõe

---

<sup>29</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 198.

<sup>30</sup> Registre-se que oposta à decisão de *Lüth*, foi a proferida no “caso *Blinkfüer*”, quando o boicote não fora admitido, pois, havia uma pressão econômica em reforço a liberdade de expressão. MARTINS, Leonardo. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, cit., p. 400 - 409 [BverfGE 25, 256].

<sup>31</sup> MARTINS, Leonardo. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, cit., pp. 486-494 [BverfGE 35, 202].

<sup>32</sup> SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 193-284. Ver também: STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 138.

<sup>33</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de Direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 119-192.

<sup>34</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 529. Segundo essa teoria, os direitos fundamentais influenciam a interpretação do direito privado, porém, apesar dessa influência, as normas de direito privado devem permanecer como tais, e os direitos e deveres por elas estabelecidos permanecem direitos e deveres no âmbito do direito privado. Tal eficácia requer a intervenção do legislador para que os direitos fundamentais sejam concretizados, ou do juiz que irá adotá-los como parâmetro de interpretação e integração das normas privadas.

<sup>35</sup> Neste sentido SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, cit., p. 60. Assim afirma Bilbao Ubillos: “*Se requiere concretamente la intervención del legislador o la recepción a través del juez, en el momento de interpretar la norma aplicable al caso.*” UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, cit., p. 311.

que “os direitos fundamentais seriam, primeiramente, direitos de defesa da liberdade contra o poder do Estado e não se justificava que eles vinculassem também os particulares”.<sup>36-37</sup>

Esta é a crítica mais pungente relacionada ao impedimento de aplicação direta e é repetida incansáveis vezes pela doutrina nacional e internacional.<sup>38</sup> De acordo com Jorge Reis Novais,

a tese da eficácia mediata recusará qualquer efeito suplementar produzido pelos direitos fundamentais com apoio nas normas constitucionais, já a tese da eficácia directa ou imediata aplicará o direito fundamental constitucionalmente consagrado na sua dimensão de vinculatividade jurídica mais ambiciosa, isto é, na qualidade de direito subjetivo oponível a outros particulares.<sup>39</sup>

No ambiente do Direito de Família, ou das Famílias, como atualmente é referido pela doutrina mais atualizada,<sup>40</sup> há importância ímpar da eficácia indireta, ou mediata da aplicação dos Direitos Fundamentais, dado o caráter de essencial importância que a própria Constituição brasileira destinou à proteção familiar, no seu artigo 226.<sup>41</sup> A dimensão material desta proteção, em alguns casos, é explicitada pelo poder judiciário, proibindo tratamento contrário aos direitos fundamentais a ser dispensado pelo próprio

---

<sup>36</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 251.

<sup>37</sup> Daniel Sarmento, ao destacar que esta teoria nega a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, assevera que, segundo os adeptos desta teoria, “esta incidência acabaria exterminando a autonomia da vontade, e desfigurando o Direito Privado, ao convertê-lo numa mera concretização do Direito Constitucional” (SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*, cit., p. 198). Neste sentido afirma Canaris: “amplas partes do direito privado e, em especial, do direito dos contratos e da responsabilidade civil, seriam guindadas ao patamar do direito constitucional e privadas de sua autonomia” (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 53-54).

<sup>38</sup> “*But such an approach is seen as raising the danger of undermining the individual autonomy which it is the function of fundamental rights to protect. The pure form of this approach is generally rejected due to the clear adverse consequences to individual autonomy - e.g., it would allow individuals to be sued for discrimination if they do not treat all others equally, clearly an unacceptable outcome as it would involve the infringement of other fundamental rights, inter alia, the freedom of association and the right of privacy and family life. The horizontal effect problem arises whether we are dealing with the application of fundamental rights in a constitutional charter or whether in applying an international human rights treaty*”. (WAGNEROVA, Eliska. *The direct applicability of human rights treaties*, cit., p. 125). Em tradução livre: “Mas essa abordagem é vista como aumento do perigo de minar a autonomia individual, que é a função dos direitos fundamentais proteger. A forma pura desta abordagem é geralmente rejeitada devido às consequências adversas claras à autonomia individual - por exemplo, seria permitir que os indivíduos fossem processados por discriminação se eles não tratassem todos os outros igualmente, claramente um resultado inaceitável, visto que, isso implicaria a violação de outros direitos fundamentais, nomeadamente a liberdade de associação e o direito à privacidade e à vida familiar”.

<sup>39</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Os direitos fundamentais nas relações jurídicas ente particulares*, cit., p. 359.

<sup>40</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>41</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Estado. Tem-se exemplo específico deste tema na proibição de tratamento discriminatório das uniões homoafetivas pela legislação do estado do Rio de Janeiro.<sup>42</sup>

A teoria da eficácia direta tem fundamental importância para o desenvolvimento deste trabalho. A *Unmittelbare Drittwirkung* foi utilizada no âmbito do Direito do Trabalho, com *Hans Carl Nipperdey* e foi adotada pela Câmara Primeira do Tribunal Federal do Trabalho.<sup>43</sup> Essa teoria tem por base que qualquer direito fundamental fundamenta uma pretensão, isto é, um direito subjetivo é oponível diretamente contra particular não somente via Estado, possuindo os direitos fundamentais “incidência *erga omnes*”.<sup>44</sup>

*Nipperdey* afirmou existirem direitos fundamentais previstos na Constituição alemã que vinculam particulares e podem ser invocados diretamente. Justificou sua afirmação com a “constatação de que os perigos que espreitam os direitos fundamentais no mundo contemporâneo não provêm apenas do Estado, mas também dos poderes sociais e de terceiros em geral”.<sup>45</sup>

Um caso interessante onde se pode vislumbrar a aplicação dessa teoria é o “caso da antena parabólica” (*Parabolantenne*),<sup>46</sup> ocorrido na Alemanha em 1994, quando se discutiu o conflito entre autonomia privada e liberdade de informação. No Brasil, destaca-se o “caso *Air France*”<sup>47</sup> levado ao Supremo Tribunal Federal (STF) em 1996, com a discussão de que os funcionários brasileiros da *Air France* eram tratados com regime diferentes do dado aos funcionários franceses:

---

<sup>42</sup> Trata-se do julgamento conjunto da ADI 4277 e ADPF 132, que reconhecer a possibilidade jurídica de tratamento isonômico entre as uniões estáveis heteroafetivas e as homoafetivas.

<sup>43</sup> STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, cit., p. 164.

<sup>44</sup> Expressão utilizada por PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de Direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares, cit., p. 159.

<sup>45</sup> SARMENTO, Daniel. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil*, cit., p. 220.

<sup>46</sup> MARTINS, Leonardo. *Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, cit., pp. 427-438 [BverfGE 90, 27]. A Reclamação Constitucional refere-se à instalação de uma antena parabólica por um locatário. Em 1994, o reclamante, cidadão turco, requereu da locadora do apartamento onde reside com a esposa, sete filhos e uma enteada, autorização para instalar uma antena parabólica (*Parabolantenne*) a fim de que pudesse assistir a canais de televisão turcos, já que no edifício existia apenas uma antena coletiva em que eram recebidos cinco canais de televisão alemães. A locadora negou a autorização, alegando, dentre outros motivos, que a instalação afetaria a fachada do prédio. Ante a negativa, o cidadão turco ajuizou ação cominatória julgada improcedente, interpôs recurso de apelação também não provido. Em Reclamação Constitucional alegou violação ao seu direito à liberdade de informação. O TCF julgou a Reclamação procedente, pois verificou a alegada violação, principalmente porque os tribunais ordinários ignoraram a eficácia horizontal do direito fundamental à liberdade de informação, errando na ponderação entre o direito de propriedade da locadora e os interesses do locatário.

<sup>47</sup> Recurso Extraordinário 161.243-6 – STF.

De acordo com a teoria da eficácia imediata, nesse passo, o direito fundamental deve ser aplicado como razão primária e justificadora de uma determinada decisão, havendo ou não regulamentação normativa. Os direitos fundamentais deixam de ser critérios hermenêuticos para se transformarem em normas constitucionais diretamente aplicáveis nas relações privadas, deles emergindo direitos subjetivos para o indivíduo, que podem ser imediatamente invocados nas relações com outros particulares.<sup>48</sup>

Em que se pese ter sido a teoria da eficácia direta a primeira tese importante – historicamente foi a primeira a ser trabalhada – na Alemanha, foi a teoria da eficácia indireta que acabou por prevalecer no seio da doutrina e da jurisprudência alemãs, porém, em países como Espanha, Portugal, Itália e Argentina, foi a teoria da eficácia direta que se tornou predominante.<sup>49</sup>

No âmbito do direito das famílias, também se pode defender a aplicação da teoria da eficácia direta, ou imediata.<sup>50</sup> Pietro Perlingieri tem trabalhado na Itália procurando retirar da lógica jurídica que opõe família à pessoa, como se a família fosse um corpo autônomo e superior. Para ele, o valor central de referência é sempre a pessoa, “cuja tutela é sempre voltada a avaliação normativa da família e também o reconhecimento dos direitos fundamentais (que devem ser entendidos como categoria necessariamente aberta, não limitada à previsões legislativas típicas)”.<sup>51</sup>

Já foi referido, no tópico anterior, a existência de uma aplicabilidade mediata das normas definidoras de direitos fundamentais; da mesma forma é possível sustentar uma eficácia direta dos deveres fundamentais entre particulares.<sup>52</sup> Tal interpretação é também extensiva aos deveres fundamentais.

No caso brasileiro, Ingo Sarlet alude que, em face do §1º do artigo 5º da Constituição Federal, que expressamente dispõe sobre uma aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, a doutrina majoritária interpreta como “uma inequívoca decisão em favor de uma eficácia direta das normas de direitos fundamentais”.<sup>53</sup>

---

<sup>48</sup> VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*, cit., p. 150.

<sup>49</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, cit., p. 216.

<sup>50</sup> PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. *Direitos fundamentais e relações familiares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 107.

<sup>51</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, cit., p. 978.

<sup>52</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 243-244.

<sup>53</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro*, cit., p. 128.

Como já destacado, as duas teorias analisadas possuem o mesmo resultado prático, pois ambas concordam com a incidência da atividade judicial e a proteção dos direitos fundamentais nas relações privadas. Cada uma delas, no entanto, “destaca alguns aspectos das complexas relações jurídicas”, por isso incompletas. Conforme Alexy, “somente um modelo que abarque todos os aspectos pode oferecer uma solução completa e, nesse sentido, adequada”.<sup>54-55</sup>

Outra interessante vertente que pode ser analisada e muito útil às relações familiares é a teoria da eficácia direta *prima facie*, defendida por Ingo Sarlet<sup>56</sup> como a mais adequada ao contexto brasileiro. Quando das relações entre particulares, os indivíduos também podem extrair os efeitos jurídicos diretamente dos direitos fundamentais para a defesa de suas pretensões. Dessa maneira, não resta obstaculizada a aplicação dos direitos fundamentais por falta ou insuficiência de regulação legal, o que proporciona, assim, eficácia e vinculação flexível e gradual. Refere o autor que “em princípio, todos os direitos fundamentais – à exceção dos que vinculam exclusivamente o poder público – vinculam, de alguma forma, diretamente os particulares”.<sup>57</sup>

Nesse sentido é também o posicionamento de Facchini, ao defender a aplicação direta *prima facie* dos direitos fundamentais nas relações privadas. Destaque-se o fato de o autor defender uma aplicabilidade direta deixa, no entanto, claro no trecho a seguir, que o ideal seria que as controvérsias fossem resolvidas pela lei, mas que na ausência desta não se vislumbra outra alternativa senão a aplicabilidade direta. Transcreve-se trecho que resume sua posição:

---

<sup>54</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 533. A proposta de Alexy é integrar três teorias, as duas estudadas neste trabalho, ou seja, eficácia direta e indireta, mais a teoria dos efeitos mediados por direitos em face do Estado. Essa última teoria refere que os efeitos na relação cidadão/cidadão são consequência da vinculação do Estado aos direitos fundamentais como direitos públicos subjetivos, com uma concepção que os direitos fundamentais podem ser dirigidos ao Estado tanto com status negativo como positivo. Esta teoria não é abordada amplamente neste trabalho, tendo em vista que o foco não é aprofundar a temática da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, apenas lançar diretrizes para no último tópico serem abordadas no âmbito do direito das famílias.

<sup>55</sup> Neste sentido, talvez a proposta defendida por Bilbao Ubillos de complementaridade entre as teorias. (UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?, cit., pp. 301-340). Talvez seja a mais adequada às exigências contemporâneas de tutela jurídica - especialmente no ambiente familiar. Destaque-se que Melina Girardi Fachin e Umberto Paulino, na linha do trabalho de Ubillos, afirmam a necessidade de aceitação de modos plurais de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, propondo a compatibilidade e complementaridade dos modelos tradicionalmente propostos pela doutrina (FACHIN, Melina Girardi; PAULINI, Umberto. Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda se sempre sobre a constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 195-230.)

<sup>56</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., pp. 403-404.

<sup>57</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, cit., p. 82.

Destarte, ao contrário da concepção liberal clássica, que vislumbrava na Constituição apenas um limite ao poder público, sem afetar as relações privadas, regidas pela legislação infraconstitucional, o constitucionalismo contemporâneo atribui à Constituição a função de modelar também as relações sociais e econômicas. Daí porque se defende que a Constituição deve ser aplicada diretamente, inclusive em relações interprivadas, ao menos sempre que a controvérsia de que se trata não possa ser resolvida com base na lei, seja por ser a lei lacunosa, seja porque a lei oferece uma solução aparentemente injusta.<sup>58</sup>

Tepedino afirma a imprescindibilidade da aplicação direta das normas constitucionais como resposta hermenêutica a duas características do ordenamento: unidade e complexidade. O ordenamento “não se resume ao direito positivo; e para que possa ser designado como tal, o ordenamento há de ser sistemático, orgânico, lógico, axiológico, prescritivo, uno, monolítico, centralizado”. Ao contrário, sendo o ordenamento uma pluralidade de fontes normativas é heterogêneo e aberto, por isso a importância de assegurar centralidade à Constituição “que contém a tábua de valores que caracterizam a identidade cultural da sociedade”.<sup>59</sup>

Um exemplo para ilustrar essa teoria é o “caso da União Brasileira de Compositores – UBC”,<sup>60</sup> quando um sócio foi excluído sem que lhe fosse proporcionada a ampla defesa e o contraditório. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) decidiu pela reintegração do sócio no quadro da União Brasileira de Compositores (UBC). Inconformada com a decisão proferida, a UBC interpôs Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (STF) que julgou desprovido do recurso, tendo em vista a violação das garantias constitucionais do sócio. Este é um típico caso de aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Nesse caso, o Ministro Gilmar Mendes citou a doutrina americana da *State Action*, não como o fundamento de sua decisão, mas reportou-se a essa doutrina no sentido de que a União dos Músicos, embora uma entidade privada, ao exercer função pública – e tem-se neste sentido um reforço importante no fato de que a União dos Músicos

---

<sup>58</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado, *cit.*, pp. 44-45. Remete-se também a leitura de STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, *cit.*, p. 273.

<sup>59</sup> TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Coord.) *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*, *cit.*, p. 313.

<sup>60</sup> MENDES, Gilmar. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: exclusão de sócio da União Brasileira de Compositores (RE 201.819). *Revista da AJURIS*, v. 31, n. 100, Porto Alegre: AJURIS, dez./2005, pp. 139-167. Recurso Extraordinário 201.819-8 – STF.



expulsa alguém de seus quadros sem o devido processo legal – ela tem um dever ainda maior de aplicar o devido processo legal, por possuir esse caráter público. Como uma categoria que reforça o dever de intervenção do Estado nas circunstâncias das sociedades civis públicas, a *state action* pode trazer elementos úteis de argumentação, mas não como teoria de base, principalmente no caso brasileiro.<sup>61</sup>

A noção de aplicabilidade direta *prima facie* dos direitos fundamentais às relações particulares é bastante significativa às relações familiares, posto que a ampla gama de direitos fundamentais previstas na ordem jurídica brasileira pode ser considerada previamente aplicável a estas relações. Assim, resgata-se a noção de que não mais se está a proteger a família - instituição - mas sim, as pessoas envolvidas nesta relação.

Tendo em vista os argumentos do Ministro Gilmar Mendes sobre a teoria da *state action*, especialmente nos casos citados acima, e sua importância no contexto das relações entre particulares, realiza-se a análise dessa teoria na sequência.

Os americanos adotam a doutrina da *State Action* (doutrina da ação estatal) quando, apenas os atos do Estado são vinculados à Constituição, somente atos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são diretamente vinculados à Constituição e aos direitos e garantias fundamentais.<sup>62</sup> Nenhum ato de natureza privada é vinculado à Constituição, salvo quando ela assim expressamente o determina. Essa doutrina nega a vinculação dos particulares pelos direitos fundamentais.

---

<sup>61</sup> Outro exemplo que pode ser apontado é o “caso da Cooperativa” (Recurso Extraordinário 258.215-4 – STF) da mesma forma como o ocorrido no caso acima explicitado, o sócio da Cooperativa Mista São Luiz Ltda, expulsou associados em decorrência de conduta contrária aos estatutos, todavia não lhes proporcionou direito de defesa. O Recurso Extraordinário foi provido, a fim de que também fossem aplicadas no âmbito destas relações particulares o direito de defesa - direito fundamental expressamente previsto no artigo 5º, LV da Constituição Federal.

<sup>62</sup> No âmbito da livre concorrência, Layne E. Kruse, Michael M. Baylson defendem que é necessário fazer um teste para saber se é ou não aplicável a teoria da *state action*. Segundo os autores: “*In general, the test for invoking the state action doctrine has two considerations: 1. A state must clearly articulate any decision to substitute regulation of a particular business activity for free market competition. 2. If the state, a state agency, or a municipal defendant took the challenged action pursuant to a clearly articulated state policy, that is sufficient to avoid antitrust liability; however, a private defendant asserting the doctrine must show that the state has actively supervised the challenged conduct*”. (KRUSE, Layne E.; BAYLSON, Michael M. *State Action Practice Manual*. North Lake Shore Drive, Chicago, Illinois: American Bar Association, 2000, pp. 2-3.) Em tradução livre: “Em geral, o teste para invocar a *State Action* tem duas considerações: (1) Um Estado deve articular claramente qualquer decisão de substituir regulamentação de uma atividade particular para livre concorrência de mercado. (2) Se o Estado, uma agência estatal, ou um réu municipal tomou a iniciativa nos termos de uma política de Estado claramente articulada, que seja suficiente para evitar a responsabilidade antitruste; o réu privado, no entanto, afirmar esta teoria, deve mostrar que o Estado tem supervisionado ativamente o comportamento posto em causa”.

A *state action* inicia-se com os *Civil Rights Cases*, julgados pela Suprema Corte norte-americana em 1883.<sup>63</sup> Como refere Borges Neto,<sup>64</sup> a *state action* resulta dos ideais liberalistas que acompanharam o nascimento dos Estados Unidos, mas somente com o julgamento, em 1883, dos *Civil Rights cases* a *state action* adquiriu a interpretação rigorosa que possui até hoje. Outra justificativa invocada para defender a doutrina da *state action* é o pacto federativo. Nos Estados Unidos, compete aos Estados legislar sobre direito privado, com exceções de matérias envolvendo comércio interestadual ou internacional, assim a *state action* preserva o espaço de autonomia dos Estados.<sup>65</sup>

O *Bill of rights* da Carta estadunidense só se refere aos poderes públicos, ou seja, as emendas que formam o *Bill of rights*, com exceção da emenda XIII<sup>66</sup>, estabelecem obrigações ou proibições dirigidas especificamente a regular a ação estatal em todos os níveis, não vinculando particulares.<sup>67-68</sup>

Como regra, a jurisprudência norte-americana só admite a invocação dos preceitos constitucionais concernentes a direitos e liberdades constitucionais nos casos em que se identifique uma ação estatal (*state action*). Assim, em princípio, um particular não deve obediência à

---

<sup>63</sup> Os *Civil Right Cases* foi o nome dado ao julgamento de cinco casos originados pela exclusão de clientes negros de hotéis, teatros, bares e meios de transporte. A Suprema Corte, em sua decisão, anulou a lei (*Civil Rights Acts – CRA*) por entender que a União tinha recebido da Constituição apenas a competência para editar normas impedindo as discriminações praticadas pelos próprios Estados, mas não aquelas cometidas por indivíduos e empresas privadas. (UBILLOS, Juan María Bilbao. *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado: la noción de state action en la jurisprudencia norteamericana*. Madrid: McGraw-Hill, 1997, pp. 10-11). V. tb. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, cit., p. 190).

<sup>64</sup> BORGES NETO, Odilon Castello. O instituto americano do *state action* em contraposição ao sistema da eficácia horizontal adotado pela Constituição brasileira. *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 2, n. 2, Jan./Mar. 2008, pp. 158-179.

<sup>65</sup> SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil, cit., p. 200.

<sup>66</sup> Conforme Vale, “somente o *amendment*, que trata da escravidão nos Estados Unidos, pode ser dirigido diretamente ao controle dos atos individuais privados” (VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*, cit., p. 150).

<sup>67</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, cit., p.1. Texto original: “*En la teoría constitucional norteamericana se ha venido admitiendo en general que las enmiendas que conforman el Bill of Rights de la Constitución (con la única excepción de la XIII) establecen obligaciones o prohibiciones dirigidas específicamente a regular la acción estatal (state action) a todos los niveles. En otros términos, su fuerza vinculante inmediata o directa (self-executing) no llega a alcanzar los comportamientos estrictamente privados*”.

<sup>68</sup> Na Constituição Americana não há nada que permita extrair a ideia de os direitos fundamentais valerem no âmbito das relações entre particulares, esse é um argumento literal (o que para nós é um argumento fraco - a literalidade das leis -, mas, no espaço da common Law, essa literalidade é a mais importante). Nos EUA, há forte vinculação do magistrado ao texto da Constituição, levando em conta a intenção original do legislador.

cláusula constitucional do “*equal protection*”, podendo, por exemplo, praticar discriminações raciais no âmbito de sua vida privada.<sup>69</sup>

Conforme revela Sarmento,<sup>70</sup> a doutrina da *state action*, a partir da década de 40, passou a considerar algumas exceções à afirmação de que nunca na relação entre particulares poder-se-ia invocar direitos fundamentais. A primeira, denominada de *Public Function Theory*<sup>71</sup> (teoria da função pública ou teoria das delegações), ocorre quando um particular agir no exercício de atividades de natureza tipicamente estatal estará também sujeito às limitações constitucionais.<sup>72</sup> A segunda refere-se à imputação da conduta privada a alguma entidade governamental, ou seja, há uma profunda conexão entre a conduta privada e alguma entidade governamental. Ela é conhecida por duas denominações: para Borges Neto, “exceção do embaraçamento”<sup>73</sup> ou “o envolvimento estatal em atividades privadas”<sup>74</sup> conforme preferência de Vale.<sup>75</sup> A teoria da *state action* ou tese da recusa da eficácia nas relações entre particulares, como ficou demonstrado, não admite a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, indicando apenas duas exceções. Tal teoria é plenamente aceitável no contexto em que está inserida – Estados Unidos da América – mas, para o contexto brasileiro, sua aplicação é inaceitável. A eficácia dos direitos fundamentais independente da forma ou da intensidade é efetivamente aplicada nas relações entre particulares.

---

<sup>69</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de Direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares, cit., p. 168.

<sup>70</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, cit., pp. 190-192.

<sup>71</sup> Também analisada por: VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*, cit., p. 123. Para melhor compreensão e aprofundamento desta exceção a teoria da *state action* vide o caso *Marsh v. Alabama* de 1946. 326 U.S 501 (1946). Disponível em: <<http://openjurist.org/326/us/501/marsh-v-state-of-alabama>>. Acesso em: 02 maio 2010. Bilbao Ubillos refere que “*la teoría de la función pública se ha aplicado por la Corte en dos áreas principalmente: em relación com las elecciones primarias, por um lado, y em respuesta a los problemas suscitados por las reglas de acceso y utilización de ciertos espacios de propiedad privada, como parques o centros comerciales, por outro*” (UBILLOS, Juan María Bilbao. *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, cit., p. 40).

<sup>72</sup> SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil, cit., p. 201.

<sup>73</sup> BORGES NETO, Odilon Castello. O instituto americano do *state action* em contraposição ao sistema da eficácia horizontal adotado pela Constituição brasileira, cit., p. 171.

<sup>74</sup> VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*, cit., p. 127.

<sup>75</sup> Confira-se ao “caso *Shelley v. Kraemer* (1948)” para visualizar essa exceção sendo aplicada na prática. Disponível em: <<http://laws.findlaw.com/us/334/1.html>>. Acesso em: 10 abr. 2010. Importante conferir também o “caso *Brown v. Board of Education of Topeka*” julgado em 1954. SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Tradução Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 292. Outros são os casos que podem analisados como o “caso *Lugar v. Edmondson Oil Co.*” (457 U.S 922 – 1982) e também no “caso *Norwood v. Harridon*” (413 U.S 455 – 1973).

Como o objetivo deste estudo é analisar a aplicabilidade destas teorias nos *leading cases* de direito de família pendentes de julgamento no Supremo Tribunal Federal, a tarefa inicial foi contextualizar cada uma delas. Neste sentido, para ter-se dimensão mais abrangente das possibilidades de efetividade dos direitos fundamentais, ainda é necessário tratar da teoria dos deveres de proteção.

Canaris<sup>76</sup> é um dos defensores da teoria de aplicação dos direitos fundamentais como deveres de proteção – ou imperativo de tutela – referindo que tal teoria constitui uma explicação para a eficácia indireta (mediata) dos direitos fundamentais na relação entre particulares. O referido autor rejeita a teoria da eficácia direta entre particulares. Para Canaris, os destinatários de direitos fundamentais são o Estado e seus órgãos, já que é sobre o Estado que recai a obrigação de proteger. Sendo assim, o legislador privado está plenamente vinculado aos direitos fundamentais, sendo ele órgão estatal.

Daniel Sarmiento afirma que “a teoria dos deveres de proteção baseia-se na ideia de que a conciliação entre autonomia privada e os direitos fundamentais deve incumbir ao legislador e não ao Judiciário”.<sup>77</sup> Aqui, embora não de modo explícito, há espaço para preocupações contemporâneas significativas como a competência dos três poderes, com a judicialização de políticas públicas e o papel efetivo do Poder Judiciário. De acordo com Grimm, o principal caminho para realização da função protetiva se dá através da legislação.<sup>78</sup>

O entendimento de Bilbao Ubillos expressa o fato de que a legislação não prevê tudo de maneira exaustiva, não contempla todas as situações nem todos os conflitos. O autor afirma que um direito cujo reconhecimento ou existência dependa do legislador não é um direito fundamental, mas tão somente legal, pois o direito fundamental define-se justamente pela indisponibilidade de seu conteúdo pelo legislador.<sup>79</sup> Dessa forma, a tese dos deveres de proteção parte do reconhecimento dos direitos fundamentais numa dimensão objetiva, ou seja, os direitos fundamentais possuem um conteúdo jurídico-

---

<sup>76</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, cit., p. 58.

<sup>77</sup> SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil, cit., p. 239.

<sup>78</sup> GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*, cit., p. 160.

<sup>79</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento español, cit., p. 189.

objetivo resultante de sua elevação a valores ou princípios constitucionais objetivos e cujos efeitos se desenvolvem em várias direções. Anota Jorge Reis Novais,

mesmo nas situações em que não há lei ou cláusula geral aplicável, considera a tese dos deveres de protecção que os direitos fundamentais projectam efeitos jurídicos sobre as relações privadas, não enquanto direitos subjectivos oponíveis a outros particulares, mas mediamente, através do reconhecimento de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais de onde decorrem, para todos os poderes do Estado, incluindo o poder judiciário, especiais deveres de protecção que permitem excepcionalmente ao juiz, sempre que a protecção dos direitos fundamentais o exija e o legislador (ainda) não tenha cumprido adequadamente esses deveres, o recurso direto à norma constitucional na resolução de conflitos entre particulares.<sup>80</sup>

Destaca Canaris que “o dever do Estado de proteger um cidadão perante o outro cidadão, contra uma lesão dos seus bens garantidos por direitos fundamentais, deve ser satisfeito também – e justamente – ao nível do direito privado”.<sup>81</sup> Defende o autor que

quanto maior o nível do direito fundamental afectado, quanto mais severa a intervenção que se ameaça, quanto mais intenso o perigo, quanto menores as possibilidades do seu titular para uma eficiente auto-protecção, e quanto menor o peso dos direitos fundamentais e interesses contrapostos, tanto mais será de reconhecer um dever jurídico-constitucional de protecção.<sup>82</sup>

Destaque-se que o autor extrai a eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas a partir da teoria dos deveres de protecção. O resultado protetivo do Estado para com as pessoas envolvidas gera efetividade fundamental, via deveres de protecção. Sarmento<sup>83</sup> refere que, em decisão de 1990, o Tribunal Constitucional Alemão<sup>84</sup> utilizou-se explicitamente dos deveres estatais de protecção para a tutela de direitos

---

<sup>80</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas ente particulares. p. 359 – 360.

<sup>81</sup> CANARIS, Claus – Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, cit., p. 133.

<sup>82</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, cit., p. 114.

<sup>83</sup> SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil, cit., p. 125. BverfGE 81, 241 (1990) – Handelsvertreter.

<sup>84</sup> Os deveres de protecção [Schutzpflicht] são usados para dar respaldo aos direitos fundamentais de primeira dimensão – liberdades e igualdades. Isso pode ser explicado pelo fato de hoje, na Alemanha, os deveres de protecção serem considerados a contraparte da função negativa dos direitos fundamentais, ou seja, o dever de protecção se destina a proteger indivíduos contra ameaças não do Estado, mas de particulares (GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado, cit., pp. 149-165.)

fundamentais no contexto das relações privadas. Outro exemplo é o francês, e trata-se do conhecido “caso do arremesso de anão” (*lancer de nain*).<sup>85</sup>

Conforme Sarmento, a teoria dos deveres de proteção, assim como a teoria da eficácia indireta “torna a proteção dos direitos fundamentais na esfera privada refém da vontade incerta do legislador ordinário, negando a eles uma proteção adequada, compatível com sua fundamentalidade”.<sup>86</sup> Em contraponto a essa afirmação, Jorge Reis Novais<sup>87</sup> afirma que teoria dos deveres de proteção não pode ser vista com menos ambição na promoção dos direitos fundamentais ou liberdade individual. Para o autor, essa teoria procura evitar

que os direitos fundamentais sejam utilizados discricionariamente como fundamento de uma intervenção judicial que, em nome da sua defesa enquanto direitos subjetivos nas relações entre particulares, se transmute em restrição não controlável de outras dimensões da liberdade individual e dos direitos fundamentais.

Compreende-se que há também uma eficácia direta dos deveres fundamentais, ou seja, existe vinculação direta dos particulares aos deveres fundamentais.

---

<sup>85</sup> TEPEDINO, Gustavo. Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas. *Revista do Ministério Público*, v. 4, n. 7, Rio de Janeiro, 1998, p. 105. Também destacado por Maria Celina. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da Pessoa Humana*, cit., pp. 52-53. Gomes assim descreve o caso de 1991: “Uma conhecida empresa do ramo de entretenimento para jovens decidiu lançar, em algumas discotecas de cidades da região metropolitana de Paris e do interior, um inusitado certame conhecido como ‘arremesso de anão’ (*lancer de nain*), consistente em transformar um indivíduo de pequena estatura (um anão) em projétil a ser arremessado pela platéia de um ponto a outro da casa de diversão. Movido pela natural repugnância que uma iniciativa tão repulsiva provoca, o prefeito de uma das cidades (*Morsang-sur-Orge*) interditou o espetáculo, fazendo valer a sua condição de guardião da ordem pública na órbita municipal. (...). Por outro lado, a decisão administrativa do Prefeito se inspirou em uma norma de cunho supranacional, o artigo 3º da Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Insatisfeita, a empresa interessada em litisconsórcio ativo com o deficiente físico em causa, Sr. Wackenheim, ajuizou ação perante o Tribunal Administrativo de *Versailles* visando a anular o ato do prefeito. [...]. Ele alegou, em seu arrazoado, que aderira “voluntariamente” ao programa, mediante remuneração. Logo, não havia por que dizer-se que aquela era uma atividade aviltante, pelo menos sob o ângulo da sua dignidade pessoal. Por outro lado, na condição de desempregado e ainda por cima inferiorizado no mercado de trabalho em razão da própria deficiência física, aquela atividade era para ele nada mais do que um meio de sobrevivência como outro qualquer. Proibi-lo de exercê-la significava, portanto, do seu ponto de vista pessoal, a privação do gozo de um direito inalienável: o direito ao trabalho. [...] O Conselho de Estado, porém, foi implacável, entendendo que, em si mesma, aquela atividade era atentatória à dignidade da pessoa humana, podendo a Administração proibi-la através de medida de polícia administrativa, pouco importando o fato de que o anão em causa aderira voluntariamente ao programa, frequentara cursos de treinamento para o espetáculo e tinha naquilo a sua única fonte de sustento. [...] (*sic*) (GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa. *Adv - Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas*, São Paulo, Coad Dez, 1996, pp. 17-20. Também disponível em: <<http://www.adami.adv.br/artigos/artigo18.asp>>).

<sup>86</sup> SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil, cit., p. 239.

<sup>87</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas ente particulares, cit., p. 382.

Com isso, afirma-se, não apenas estão os particulares vinculados os direitos fundamentais, mas também aos deveres fundamentais originados ou não destes direitos.

Resta consignar ante as teorias apresentadas que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas são uma possibilidade real no ordenamento jurídico pátrio. No espaço das famílias talvez maior necessidade haja destas reflexões, pois, ao certo, é o âmbito do Direito onde mais se pode verificar mudanças, na contemporaneidade. Exatamente por esta razão é que o próximo tópico se destina a analisar 4 (quatro) *leading cases* para os quais foi atribuída força de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal.<sup>88</sup>

### **3. *Leading cases* de direito das famílias: análise e aplicação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas**

A metodologia de pesquisa utilizada propôs-se a investigar se as questões atinentes à eficácia dos direitos fundamentais nas relações de direito das famílias ainda encontravam espaço nas discussões atuais no âmbito do Judiciário brasileiro. E, a partir disso, questionar se existe uma ou mais teorias adequadas ao contexto pátrio no que tange aos julgamentos familistas. Para tanto, procurou-se no Supremo Tribunal Federal as decisões ainda pendentes de julgamento - para ter na amostra questões ainda não pacificadas.

A busca foi realizada no sítio do Supremo Tribunal Federal no campo jurisprudência - repercussão geral. Foi utilizada a palavra-chave “226”, uma vez que este é o artigo da Constituição que defere especial proteção do Estado à família.

Foram encontrados 4 (quatro) *leading cases*, quais sejam: RE 646721 - Alcance do direito sucessório em face de união estável homoafetiva; RE 883168 - Possibilidade de concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários; RE 898060 - Prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica e RE

---

<sup>88</sup>A repercussão geral tem como objetivo “Delimitar a competência do STF, no julgamento de recursos extraordinários, às questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa e uniformizar a interpretação constitucional sem exigir que o STF decida múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional”. Disponível: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>>. Acesso: 30.7.16).

878694 - Validade de dispositivos do Código Civil que atribuem direitos sucessórios distintos ao cônjuge e ao companheiro.<sup>89</sup>

O primeiro caso é o da possibilidade de sucessão aos homoafetivos. O RE 646721 é descrito como um “Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 1º, III; 5º, I e 226, §3º, da Constituição Federal, o alcance do direito da sucessão legítima decorrente da união estável homoafetiva”. Protocolado em 21.6.2011 e com o relator Min. Marco Aurélio desde 10.7.2013.<sup>90</sup>

Após a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>91</sup> em 2011, há reconhecimento da união homoafetiva como forma familiar existente, válida e eficaz na ordem jurídica brasileira. Os efeitos alcançados a essas uniões devem ser exatamente os mesmos das famílias compostas por casais heterossexuais/heteroafetivos. Isso implica dizer que a orientação sexual não pode ter caráter distintivo suficiente para vedar reconhecimento de direitos no âmbito familista.

A situação, que ora gera este *leading case* no STF, já foi trabalhada no Superior Tribunal de Justiça no ano de 2011 em três importantes acórdãos cuja relatoria esteve a cargo da Min. Nancy Andrighi (REsp 1199667, REsp 930460 e REsp 1085646).

---

<sup>89</sup> Pesquisa disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/listarProcesso.asp?tipo=&numeroTemaInicial=&numeroTemaFinal=&txtTituloTema=226&acao=acompanhamentoPorTema&botao=>>.

<sup>90</sup> Ementa do acórdão: “União estável – Companheiros – Sucessão – Artigo 1.790 do Código Civil – Compatibilidade com a constituição federal assentada na origem – Recurso Extraordinário – Repercussão geral configurada. Possui repercussão geral a controvérsia acerca do alcance do artigo 226 da Constituição Federal, nas hipóteses de sucessão em união estável homoafetiva, ante a limitação contida no artigo 1.790 do Código Civil” (STF, RE 646.721 RG, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 10.11.2011).

<sup>91</sup> ADI 4277 e ADPF 132 reconheceram a possibilidade de aplicação dos dispositivos da união estável para pessoas do mesmo sexo. Julgada em 05 de maio de 2011. “Ementa: 1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. A proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal. Homenagem ao pluralismo como valor sócio-político-cultural. Liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade. Direito à intimidade e à vida privada. Cláusula pétrea. [...] 3. Tratamento constitucional da instituição da família. Reconhecimento de que a Constituição Federal não empresta ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. A família como categoria sócio-cultural e princípio espiritual. Direito subjetivo de constituir família. Interpretação não-reducionista. [...] 4. União estável. Norma constitucional referida a homem e mulher, mas apenas para especial proteção desta última. Focado propósito constitucional de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano. Identidade constitucional dos conceitos de “entidade familiar” e “família”. [...] 6. Interpretação do art. 1.723 do código civil em conformidade com a constituição federal (técnica da “interpretação conforme”). Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência das ações” (STF, ADI 4.277, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 5.5.2011)” [grifo nosso].



As demandas envolvendo união estável entre pessoas do mesmo sexo constituem matéria de Direito de Família, assim afirma o enunciado n. 523, ao interpretar o artigo 1.723 do Código Civil, da V Jornada de Direito Civil, ocorrida em 2011. Logo, toda a construção – jurisprudencial e doutrinária – realizada até o momento demonstra que se deve aplicar direitos fundamentais como igualdade e dignidade da pessoa humana para tutelar o núcleo familiar composto por pessoas do mesmo sexo.

O segundo caso tem por pano de fundo a discussão sobre os efeitos previdenciários da relação concubinária. Trata-se do RE 883168 que é descrito como um “Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 201, V, e 226, §3º, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de reconhecimento de direitos previdenciários (pensão por morte) à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada”. Autuado em 17.04.2015 e com o relator Min. Luiz Fux desde 25.5.2016, após protocolo da petição do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família) como *amicus curiae*.

Conforme o artigo 16 da Lei de Benefícios (8.213/1991) são beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: “I - o cônjuge, a companheira, o companheiro [...]”. Importante destacar que o §4º deste artigo consagra que “A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada”. Portanto, a dependência econômica na data do óbito do segurado é fator fundamental para análise no âmbito específico do Direito Previdenciário.

A Lei de Benefícios assegura no artigo 77 que “A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais”. Portanto, havendo dependência econômica deve ser dividida a pensão e assegurado o direito da companheira. Importante destacar que a Constituição Federal de 1988 sequer referiu a existência desta modalidade familiar. Entre 1988 e 2003 a família formada pelos conviventes recebeu o nome de união estável, dado que o termo “concubina” é pejorativo<sup>92</sup>

---

<sup>92</sup> De acordo com o dicionário HOUAISS, o termo concubina refere-se a “amante, amásia, barregã, caso (...) súcuba, prostituta” (*Dicionário de sinônimos e antônimos*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003, p. 155). Logo, longe de representar forma familiar em que há, no mínimo dois envolvidos, remete ao comportamento não considerado probó de mulheres, geralmente, relacionado ao conteúdo sexual e a ilegitimidade das relações. Nos dias atuais, tanto as ingerências nas opções íntimas de cada cidadã devem ser rechaçadas pela normatividade, quanto qualquer adjetivação que remeta ao conteúdo de violência simbólica e culturalmente condicionado que tem este termo.

e retoma um paradigma de unicidade de forma familiar, quando o casamento era a única forma legítima de constituição familiar.

Note-se que foi a legislação civil de 2002, vigente a partir de 2003 que ressuscitou a disciplina da família concubinária. A evolução do direito das famílias reconhece e tutela as relações plurais.<sup>93</sup> A não ser assim, elege-se que o casamento formal se constitui em salvaguarda para atitudes antiéticas justamente daquele/a que deveria ser leal ao outro,<sup>94</sup> escondendo-se no vínculo formalmente protegido.

Já o terceiro caso põe em xeque a preponderância ou não da paternidade socioafetiva sobre a biológica. O tema é discutido no RE 898060 que é descrito como um “Agravo de decisão que não admitiu recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 226, caput, da Constituição Federal, a prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da biológica”. Protocolado em 1.7.2015, foi distribuído ao Min. Relator Luiz Fux, em 15.7.2015 e julgado em 21.9.2016.

Sabe-se que a doutrina e a jurisprudência brasileiras vêm construindo o reconhecimento jurídico da paternidade socioafetiva há mais de 15 (quinze anos).<sup>95</sup> Em fenômeno alinhado à constitucionalização do Direito Civil, muito se refletiu sobre a revolta dos fatos sociais contra as normas postas.<sup>96</sup> “A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) consolidou-se nos dias contemporâneos como modalidade de parentesco civil”. Sobre o tema tem-se, inclusive, o Enunciado 256 da III Jornada de Direito Civil: “A

---

<sup>93</sup> “A observação social dos fatos nas relações familiares revela dados novos, como as famílias monoparentais, as uniões entre pessoas do mesmo sexo, a filiação socioafetiva, num horizonte que revaloriza a família desatando alguns nós. Clama-se e não é de agora, por um direito de família que veicule amor e solidariedade. Para isso o *novo Código*, não nasce pronto; ao contrário, nessa matéria faz rebrotar estigmas como a culpa na separação e alimentos”. FACHIN, Luiz Edson. A “Reconstitucionalização” do Direito Civil brasileiro: lei nova e velhos problemas à luz de dez desafios. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser (orgs.). *Mitos e rupturas no direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 3.

<sup>94</sup> Ao verificar-se a existência de famílias paralelas, o casamento formal não pode constituir-se em “ferrolho”, salvaguarda, ou garantia para aquele que assumiu perante o outro o dever de lealdade. Lembre-se que nenhuma família concubinária ocorre com o desejo de um apenas. São necessárias duas vontades e ações para sua constituição. Partindo-se da premissa mais habitual em que o homem é casado e tem outra união. O não reconhecimento do direito à concubina gera aos casados uma garantia de possibilidade de constituição de quantas famílias desejarem sem atingir sua própria esfera de titularidade, ou mesmo de seu vínculo formal. Atinge somente os eventuais direitos da terceira, que muitas vezes, também foi enganada por anos. E no caso da legislação previdenciária, pode ter dependência econômica. Isso sem referir a contemporânea visão de autodeterminação e vida privada familiar, que deixa aos seres humanos adultos o direito de escolher o projeto parental que desejam.

<sup>95</sup> Dois textos em especial podem ser destacados, por todos, FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992 e LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: uma distinção necessária. *Revista CEJ*, Brasília, n. 27, out/dez., 2004, pp. 47-56.

<sup>96</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*, cit., *passim*.

posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”. Neste sentido, inegável é a necessidade de atribuição de valor jurídico à mesma.

Entretanto, o reconhecimento jurídico de uma paternidade socioafetiva não implica em reconhecimento de única forma de parentesco possível. Ao contrário, civilmente, ainda permanecem juridicamente válidas as noções de paternidade biológica e civil. Segundo Pietro Perlingieri, “[...] o sangue e o afeto são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar”.<sup>97</sup>

Neste sentido, a disputa entre as modalidades juridicamente reconhecidas de paternidade, a fim de corresponder às exigências constitucionais de valorização da pessoa em primeiro lugar,<sup>98</sup> deverão ser vedadas quando tiverem fim exclusivo patrimonial. Deve-se lembrar que são os seres humanos envolvidos na relação que têm prioridade jurídica. De outro lado, os fatos sociais podem consolidar-se de forma não muito esperada pela sociedade, mas amparados por um projeto de vida familiar solidário, afetivo e emancipador de determinado grupo social.

É o caso das recentes situações trazidas na contemporaneidade sob a forma de multiparentalidade ou pluriparentalidade,<sup>99</sup> ou seja, “possibilidade de uma pessoa ter mais de um pai ou mãe simultaneamente, produzindo efeitos jurídicos em relação a todos eles a um só tempo”.<sup>100</sup>

Por vezes, a lógica binária da prevalência de uma paternidade sobre a outra não se sustenta, originando decisões importantes que apontam para a presença da multiparentalidade.<sup>101</sup> Neste tema, entretanto, é preciso muito cuidado ao afirmar aprioristicamente, a prevalência de uma paternidade sobre a outra. Por vezes, os fatos

---

<sup>97</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, cit., p. 973.

<sup>98</sup> MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp. 87-114.

<sup>99</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A multiparentalidade como nova estrutura de parentesco na contemporaneidade. *E-Civitas - Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH* - Belo Horizonte, v. VI, n. 2, dezembro de 2013.

<sup>100</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*, vol. 6, São Paulo: Atlas, 2015, p. 598.

<sup>101</sup> “Manutenção da paternidade biológica com o acréscimo do nome do pai socioafetivo no registro de nascimento. Foi com esse entendimento que o Tribunal de Justiça do Paraná deferiu, no dia 20 de fevereiro, o pedido de adoção do pai socioafetivo que conviveu por 11 anos com o filho de sua esposa. Além da adoção, o juiz da Vara da Infância e da Juventude de Cascavel, Sergio Luiz Kreuz, membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), decidiu também pela manutenção do nome do pai biológico”. Disponível: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4967/novosite>>. Acesso: 28.7.2016.

sociais apresentam mais matizes do que as linhas mais gerais entre branco e preto. Afirmar a preponderância, *a priori*, em todos os casos, de uma paternidade sobre a outra pode gerar injustiças ainda maiores. Há, de fato, no afeto qualificado, base jurídica de sustentação de paternidade ou maternidade, mas ele não pode excluir, sem análise pormenorizada dos casos concretos, o liame biológico.

No julgamento, da Repercussão geral em comento, foi definido que a paternidade socioafetiva não exime o pai biológico de suas responsabilidades. A tese fixada em 22.9.2016 foi: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.”<sup>102</sup>

A decisão, valoriza o princípio da parentalidade responsável, destacado no voto da Min. Carmen Lúcia. O relator, Min. Luiz Fux, deixa clara a possibilidade de reconhecimento simultâneo das duas paternidades.

Importante consignar, nas lições de Welter que “o ser humano não é apenas genético, ou tão só afetivo, e nem genético e afetivo, mas, sim, uma condição humana genética e afetiva e ontológica, ao mesmo tempo.”<sup>103</sup>

Logo, *a priori*, não é possível dar preferência a um formato de parentalidade, já que ambos podem ser vivenciados de maneira concomitante, fato que consolida o entendimento valorização da pessoa humana e sua dignidade.

E, por fim, o último *leading case* é o que vai enfrentar a validade ou não dos dispositivos diferentes para a sucessão dos cônjuges ou companheiros. Tem-se o RE 878694, descrito pelo Supremo Tribunal Federal como “Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos. 5º, I, e 226, § 3º, da Constituição Federal, a validade do art. 1.790 do Código Civil, que atribui ao companheiro direitos sucessórios distintos daqueles outorgados ao cônjuge pelo art. 1.829 do mesmo Código. Validade de dispositivos do Código Civil que atribuem direitos sucessórios distintos ao cônjuge e ao companheiro”. O recurso encontra-se com o relator, Min. Roberto Barroso, desde 23.6.2015 e possui a seguinte ementa:

DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DISPOSITIVOS DO CÓDIGO CIVIL QUE PREVEEM DIREITOS

---

<sup>102</sup> Disponível: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verTeseTema.asp?numTema=622>>. Acesso: 14.11.2016.

<sup>103</sup> WELTER, Pedro Belmiro Marx. Teoria tridimensional do direito de família. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 71, jan.-abr./2012, p. 129.

DISTINTOS AO CÔNJUGE E AO COMPANHEIRO. ATRIBUIÇÃO DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. Possui caráter constitucional a controvérsia acerca da validade do art. 1.790 do Código Civil, que prevê ao companheiro direitos sucessórios distintos daqueles outorgados ao cônjuge pelo art. 1.829 do mesmo Código. 2. Questão de relevância social e jurídica que ultrapassa os interesses subjetivos da causa. 3. Repercussão geral reconhecida.

Sobre este tema, tem-se uma discussão extremamente importante sobre os efeitos jurídicos das relações familiares. Sabe-se que, desde a ADI 132 restou consagrada a igualdade de tratamento entre todas as formas familiares, estejam elas previstas ou não no rol do artigo 226 da Constituição Federal. Entretanto, a polêmica que se impõe é a possibilidade, ou não, da legislação ordinária estabelecer efeitos jurídicos distintos para famílias diferentes.

Na Itália, a discussão sobre as famílias não fundadas no casamento tem-se estabelecido mediante quatro correntes: a) as que não as reconhecem juridicamente, b) as que pretendem a plena equiparação, c) a teoria da aplicação analógica e d) a teoria da regulamentação remetida à autonomia privada.<sup>104</sup> E, independente de qual das teorias possam ser reconhecidas naquele país, “o estatuto da convivência livre e estável, não importa qual ele seja, para os fins de sua validade jurídica, deverá ser conforme os valores constitucionais, de maneira a representar um instrumento idôneo para sua realização”.<sup>105</sup>

Assim, inclusive no Brasil, se estiver em coerência com os valores e princípios constitucionais, deve expressar, também, os demais valores, tais como a liberdade, a igualdade e a dignidade de seus membros.

A decisão, da Repercussão Geral, RE 878694, encaminha-se a favor da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil e, como alerta Nevares, “representa enorme impacto nos planejamentos sucessórios e é, sem dúvida, uma importante vitória para as famílias e para a segurança jurídica”.<sup>106</sup>

Com relação às possibilidades de eficácia dos direitos fundamentais nestes casos específicos, pode-se afirmar que, ressalvada a doutrina da *state action* - muito mais aplicável à realidade americana - e por isso, estranha à realidade brasileira, todas as demais encontram aplicabilidade. Pode-se perceber um núcleo comum entre os quatro *leading cases*. Em todos eles há direitos fundamentais individuais envolvidos, alguns

<sup>104</sup> PERLINGERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, cit., pp. 986-998.

<sup>105</sup> PERLINGERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, cit., p. 989.

<sup>106</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. Casamento ou União Estável? *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*, vol. 9, jul.-set./2016, p. 163.

tratam de aplicabilidade legislativa, outros da ausência de lei, logo, o tema em estudo tem incidência extremamente relevante em todos.

No que tange à teoria da eficácia indireta, que vincula a operatividade dos direitos fundamentais à mediação do legislador<sup>107</sup> acabaria por exigir a criação normativa – via de lei<sup>108</sup> – para saber se há possibilidade, ou não de sucessão na união estável homoafetiva. Assim, se o fundamento de base de incidência para os direitos fundamentais no âmbito do direito de família brasileiro fosse apenas a eficácia mediata, ou indireta, nem mesmo poderia ter existido a decisão de 2011.<sup>109</sup> Não havia lei, à época, e ainda não há. E, mais, restar a mercê de um legislador, muitas vezes comprometido com outros valores que não a cidadania e a democracia, pode ser por demais arriscado no ambiente brasileiro.

Entretanto, não se pode afirmar a não incidência desta eficácia – mediata – na ordem jurídica. Ao contrário, na decisão paradigmática de 2011, foi o questionamento da literalidade da legislação do Estado do Rio de Janeiro que estava por contrariar preceito constitucional. Portanto, tem espaço a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. Nos *leading cases*, o caso 4 – validade ou não da distinção do regime sucessório para cônjuges e companheiros é exemplo desta eficácia. Pode o legislador originário distinguir os regimes sucessórios para famílias diferentes, ou este tratamento distintivo implica em violação ao princípio da igualdade, também assegurado constitucionalmente, e mais ainda, discriminação injusta, colocando a união estável nível hierárquico inferior ao casamento? O que se está a perquirir é se a lei pode realizar tal discriminação, ou se esta distinção é injusta frente à exigência de igualdade posta na principiologia constitucional.

Os demais casos não possuem legislação com conteúdo de suficiência para tutela literal, na via legislativa. Não há lei explícita para sucessão homoafetiva, nem lei expressa para direito previdenciário dos/das concubinas, tampouco legislação literal que conceda valor prioritário à filiação socioafetiva. Nestes casos, não haveria falar em eficácia mediata, ou indireta, pois se assim fosse, necessitaríamos aguardar o legislador - com seus

---

<sup>107</sup> FACHIN, Melina Girardi; PAULINI, Umberto. Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda se sempre sobre a constitucionalização do Direito Civil, cit., pp. 195-230.

<sup>108</sup> Pois se admite, como pressuposto de constitucionalização do Direito, a normatividade dos princípios.

<sup>109</sup> STF, ADPF 132, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 5.5.2011.

interesses conflitantes, majoritários,<sup>110</sup> nem sempre vinculados à interesses públicos efetivos - elaborar norma específica sobre os assuntos. Enquanto isso, as tutelas de direitos individuais constitucionalmente assegurados por força de princípios e até mesmo direitos fundamentais, deixaria de existir.

Por esta razão, em todos os casos levantados, tanto a eficácia direta, quanto a *prima facie* tem sentido e aplicabilidade. Na hipótese da sucessão da união estável homoafetiva, tem-se um direito geral à igualdade e de liberdade de opção sexual, já reconhecido e assegurado na decisão de 2011. Igualmente, o direito à formação familiar com a livre opção do projeto de vida - em vistas a dar sentido à dignidade da pessoa humana. Se em 2011 foi assegurada a possibilidade jurídica desta formação familiar, oferecendo-se uma interpretação conforme do artigo 1.723 do Código Civil, para incluir as pessoas homoafetivas, sentido existe que elas possam, também, fazer uso do regime sucessório desta entidade familiar.

No que tange ao direito previdenciário do concubinato de longa duração, tem-se a questão primordial de saber se a família concubinária merece tutela jurídica ou não. Ressalte-se que o caso apresenta um prolongamento temporal que se assemelha, e muito, à união estável, somente não constituindo esta última nos casos do artigo 1.727 do Código Civil. Considerando que foi a legislação ordinária que estabeleceu esta nova forma familiar, é possível afirmar tamanha restrição em todos os casos? E quando as famílias ocorrerem de forma paralela e de comum acordo? E no momento o concubino ou a concubina estiver de boa-fé e for tão enganado quanto o casado formalmente? Mais do que isso, seria justo que, somente por ser uma relação familiar, o empenho de tempo, energia, dinheiro e afetos, com os quais se locupletou o falecido/a, fique sem nenhuma consequência? Na década de 60 até mesmo a sociedade de fato gerou efeitos significativos.<sup>111</sup> Na disputa entre os direitos fundamentais estão o/a cônjuge e a companheira<sup>112</sup> das duas famílias. De um lado, a família matrimonial, e de outro a concubinária. Neste aspecto, os *status familiae* de outro - justamente aquele que tinha dever de fidelidade no casamento e de lealdade na união estável, acaba por interferir no da

---

<sup>110</sup> Afirma-se isso para deflagrar a tarefa constitucional do Supremo Tribunal Federal, no que tange ao assegurar de juridicidade às questões contramajoritárias, inclusive, para salvaguardar o perfil democrático do país.

<sup>111</sup> Vide súmula 380 STF: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum” (*sic*).

<sup>112</sup> Insiste-se nesta nomenclatura, pois o significante concubina tem significado muito vinculado aos preconceitos.

outra pessoa. Ou seja, as opções do meu cônjuge ou companheiro acabam por interferir na minha esfera de titularidade, independente do grau de boa-fé que se tenha compartilhado ao longo do tempo em que se este junto. Tem-se, necessariamente, uma questão de direitos fundamentais envolvidos. Ou se prioriza a família do casamento, ou se retira efeitos jurídicos da realidade vivida.

Com relação ao terceiro caso, pode-se afirmar que a jusfundamentalidade dos direitos está relacionada ao reconhecimento de um fato jurídico com determinadas características, como nome, tratamento, enfim, a posse do estado de filiação, e a vinculação tradicional e biológica. Se é verdade que a dignidade do filho pode ser atingida afastando-se um ou outro, também verdade é que existe um pai, com desejos, interesses, expectativas legítimas, e dignidade a ser preservada. Deste modo, talvez, possa-se afirmar que a paternidade socioafetiva é a que mais concretiza os valores constitucionais - incluindo-se aqui a paternidade responsável, o livre planejamento familiar, e o valor jurídico do cuidado. Todavia, quando a situação fática tiver por objetivo somente questões patrimoniais, não se está a falar de paternidade socioafetiva, mas de interesse patrimonial puro, e este, não está no rol dos bens constitucionalmente tutelados.

E mais, há situações, em que a vida já resolveu o que o Direito ainda discute, colocando em igualdade o parentesco biológico e o socioafetivo. Assim, quando os fatos revelarem ambas as situações, não há motivo para alijar uma delas. Deve-se, portanto, reconhecer a possibilidade jurídica de multiparentalidade.

No que tange ao último caso, tem-se dois princípios basilares da ordem jurídica disponíveis à aplicação, trata-se do princípio da igualdade e de sua consequência, que é a distinção. Ou seja, entende-se que cônjuges e companheiros têm a mesma dignidade e merecem tratamento idêntico no que tange às implicações para depois da morte. Neste caso, reconhece-se que a mesma dignidade familiar deve gerar efeitos idênticos, ou se reconhece que são famílias distintas e que, em que pese apresentem a mesma dignidade, o tratamento discriminatório do companheiro, não se configura como discriminação injusta em face da distinção entre as formas familiares.

Neste caso, importante questão de acesso à justiça necessita ser levantada, uma vez que a população em geral acredita que, efetivamente, a união estável possui os mesmos efeitos do que o casamento, chegando a afirmar ser “casado, mas não no papel”. Se é fato que famílias distintas podem ser tratadas de modo diverso, fato também é que este não pode ser inferiorizador e preconceituoso, logo, os princípios da igualdade e da diferença serão cruciais para o deslinde deste caso concreto.



Embora criada em outra realidade, o STF tem um papel fundamental também diante da compreensão da Teoria dos Deveres de proteção, pois tendo em vista que não há tutela legislativa deverá o Estado, através do Poder Judiciário, regulamentar e preservar direitos das pessoas envolvidas em relações familiares. Assim, pode-se afirmar que a cláusula que protege à família no artigo 226 da Constituição, assegura deveres de proteção estatais e, mais que isso, a tutela na pessoa em cada um de seus membros.<sup>113</sup>

Tem-se, no trabalho realizado uma demonstração de que o Direito ainda necessita aliar os Direitos Fundamentais às tutelas de casos concretos. Neste sentido, Luiz Edson Fachin afirma ser necessária uma “reconstitucionalização”, que seguem, dentre outros, alguns desafios, como a apreensão da pluralidade de fontes, superando o reducionismo codificador,<sup>114</sup> a tomada da questão jurídica como um problema social genuinamente constitucional,<sup>115</sup> compreender que o “novo” Código Civil também necessita ser relido principiologicamente, reconstitucionalizando este corpo normativo, descobrir o Direito pela força criadora dos fatos, compreensão de que a “constitucionalização”, que retirou o Direito Civil tradicional de uma sonolenta imobilidade, não se resume ao texto formal de 05 de outubro de 1988, mas passa pela dimensão substancial da Constituição e alcança uma visão prospectiva dos princípios constitucionais implícitos e explícitos, num processo contínuo e incessante de prestação de contas à realidade subjacente ao direito.<sup>116</sup>

De fato, o que se pode extrair das principais correntes atreladas à eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas é uma necessária consideração de complementaridade e não de exclusão, como se pretendeu. Há necessidade de aceitação de modos plurais de incidência dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, pois afastada a lógica da completude, tem-se a complexidade como matriz. Assim, tem relevo, na ordem jurídica brasileira a eficácia indireta, a direta, a teoria dos deveres de proteção e a eficácia direta *prima facie*.

Uma observação precisa ser realizada: as teorias da eficácia direta ou indireta não possuem conceitos excludentes e, como alerta Bilbao Ubillos, são muitas vezes compatíveis.<sup>117</sup> A tese da eficácia indireta afirma que, quando houver uma lei de

---

<sup>113</sup> C.R., art. 226, § 8º.

<sup>114</sup> Isso faria com que a tese exclusiva da eficácia indireta fosse abandonada.

<sup>115</sup> De forma que o pronunciamento do STF a respeito dos temas de família ganha dimensão de tutela efetiva, e de justiça social.

<sup>116</sup> FACHIN, Luiz Edson. A “Reconstitucionalização” do Direito Civil brasileiro: lei nova e velhos problemas à luz de dez desafios, cit., pp. 1-7.

<sup>117</sup> UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?, cit., pp. 301-340.

direito privado que regulamenta uma situação determinada, o juiz deve aplicar a lei. Em muitos casos, a lei já possui a previsão de vários conflitos, inclusive no plano constitucional, tendo em vista a vinculação do legislador aos direitos fundamentais. É inegável que a noção de adequação valorativa e de unidade no interior da ordem jurídica<sup>118</sup> ganham destaque, não somente no plano formal e estrutural, como outrora, mas na contemporaneidade, com densidade material suficiente para extrair-se coerência material, inclusive da legislação.

Entretanto, esta não é a única forma, pois a lei não pode ser considerada a única fonte de criação de direito. “A unidade do ordenamento não exclui, portanto, a heterogeneidade das fontes: esta pluralidade tem o seu momento unificador que ela própria ajuda a produzir. Quando o Estado exaure em si toda a produção legislativa, a teoria da pluralidade de fontes não tem espaço”.<sup>119</sup>

Ou seja, podem ser elencadas algumas propostas, à luz do que fora trabalhado por Melina Fachin e Umberto Paulini, que considera todas as teorias já trabalhadas neste texto e aplicam nos momentos interpretativos, indicando a existência de uma eficácia determinada pela própria Constituição, outra mediada pelo legislador, uma terceira, mediada pelo magistrado, outra eficácia perante os “poderes privados”, e ainda, uma garantia de espaço de liberdade individual, todas elas, sem deixar de considerar uma cláusula geral de tutela fundamental da pessoa humana.<sup>120</sup>

#### 4. Conclusão

É função do Estado, agir para proteger direitos fundamentais, seja com a edição de leis por parte do legislador ou, a partir do Judiciário, quando for insuficiente ou inexistente lei que exija o dever de proteção. Nas relações familiares não é diferente. Há necessidade de presença forte do Estado, seja para assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais, seja para limitar a atitude dos outros particulares, a fim de que se possa respeitar a autonomia. Neste sentido, algumas conclusões são possíveis de extrair da reflexão deste artigo.

---

<sup>118</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pp. 66-102.

<sup>119</sup> PERLINGERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, cit., pp. 309-310.

<sup>120</sup> FACHIN, Melina Girardi; PAULINI, Umberto. Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda se sempre sobre a constitucionalização do Direito Civil, cit., pp. 207-225.

a) É inegável a necessidade de incidência dos direitos fundamentais nas relações interpriadas. O modelo liberal clássico de atuação estatal encontra-se superado pelo Estado Constitucional. Enquanto na Alemanha discute-se há, pelo menos meio século o tema da eficácia dos direitos fundamentais, no Brasil o tema é relativamente recente e deve ser trabalhado na perspectiva da metodologia do Direito Civil-Constitucional, em que a tábua axiológica e teleológica da Constituição encontra densificação em todo o ambiente do Direito Civil, inclusive, o Direito das Famílias;

b) No Brasil há precedentes do Supremo Tribunal Federal de incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares desde 1992, com o caso específico da condução coercitiva para realização do exame de DNA (ADN);

c) Várias são as teorias que visam a delimitar a forma como deve ser realizada a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. As mais trabalhadas pela doutrina são a da eficácia mediata, ou indireta, a da eficácia direta, a teoria da eficácia direta e *prima facie*, a doutrina da *state action* e a teoria dos deveres de proteção;

d) No Direito das Famílias encontra-se aplicabilidade para todas as teorias, em maior ou menor grau. Talvez, a única mais distinta da realidade brasileira seja a *state action*. No que tange aos *leading cases*, tem-se no Supremo Tribunal Federal, a presença de 4 (quatro) registros, todos eles temas de Direito das Famílias e passíveis de questionamentos a partir dos Direitos Fundamentais. Tratam-se dos acórdãos RE 646721, que aborda o alcance do direito sucessório em face de união estável homoafetiva, o RE 883168, que trata da possibilidade de concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários, o RE 898060, com o tema da prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica e por fim, o RE 878694, que questiona a validade de dispositivos do código civil que atribuem direitos sucessórios distintos ao cônjuge e ao companheiro.

e) A aplicação da teoria da eficácia indireta pode observada no primeiro caso, especificamente, na decisão já proferida na ADI 132, em 2011, em que o Supremo Tribunal Federal determinou interpretação conforme do artigo 1.723 do Código Civil, estendendo aos homossexuais, os mesmos direitos dos heterossexuais no que tange à união estável. Este novo questionamento diz respeito aos direitos sucessórios, posto que a parte declarada no julgado anterior referia-se à família. Neste especial, ainda não existe legislação para o tema, e, aplicável as teorias da eficácia direta e sua densificação como eficácia direta *prima facie*, e inclusive, teoria dos deveres de proteção, pois não podem os

homoafetivos sofrerem discriminação na seara familiar ou sucessória pela orientação sexual.

f) Todos os demais casos invocam a tutela da teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, seja para reconhecimento de direito previdenciário à família concubinária, verificação de efeitos da paternidade socioafetiva, ou mesmo tutela de igualdade entre cônjuges e companheiros no direito sucessório. Em todos eles, estão em causa, o direito à família, o princípio da liberdade de constituição familiar, o princípio da igualdade e mesma dignidade às formas familiares, a prevalência das relações afetivas sobre as marcadamente patrimoniais e a tutela da dignidade humana, dentre outros.

g) Embora a doutrina tenha realizado esforços no sentido de fazer preponderar uma ou outra teoria sobre eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o que se propõe neste texto é a aceitação de modos plurais de incidência de direitos fundamentais nas relações entre particulares. Ora, mediados pelo legislador, ora, mediados pelo Poder Judiciário, outra eficácia - direta e *prima facie* perante os poderes privados e ainda o dever de proteção estatal, no que tange à liberdade individual.

h) Trata-se, por fim, de ainda, “reconstitucionalizar” o Direito Civil, em especial, o Direito das Famílias, a fim de que se possa alcançar o sentido substancial da Constituição em uma visão prospectiva, dos princípios constitucionais implícitos e explícitos, sempre vinculados à realidade do vivido e não a meras abstrações de um dever ser.

Recebido em 01/08/2016

1º parecer em 08/08/2016

2º parecer em 01/09/2016