

XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

DIREITO CIVIL NA CONTEMPORANEIDADE

FRANCIELLE BENINI AGNE TYBUSCH

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito Civil na Contemporaneidade [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Francielle Benini Agne Tybusch; Valéria Silva Galdino Cardin

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-577-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Direito Civil. 3. Contemporaneidade. XI Encontro Internacional do CONPEDI Chile - Santiago (2: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

DIREITO CIVIL NA CONTEMPORANEIDADE

Apresentação

Esta obra, que faz parte do Grupo de Trabalho “Direito Civil Contemporâneo”, é fruto de mais um evento organizado pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), que congrega as temáticas e trabalhos desenvolvidos pelos pesquisadores da área do Direito das mais diversas localidades nacionais, e neste evento, internacionais da área.

Os artigos são fruto do XI Encontro Internacional do CONPEDI, com o tema central: Inovação, Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina, realizado nos dias 13 a 15 de outubro de 2022, em Santiago do Chile.

Convida-se a todos para uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida dos textos que passamos a apresentar a seguir:

O artigo intitulado “A CLÁUSULA DE ARBITRAGEM NO PACTO ANTENUPCIAL: LIMITES, POSSIBILIDADES E PERSPECTIVAS” de autoria de Nathália Dalbianco Novaes Pereira, Patricia Ayub da Costa , Tania Lobo Muniz investiga as possibilidades e as limitações da inserção de cláusula arbitral nos contratos antenupciais.

Os autores Christian Sahb Batista Lopes, Marina Leal Galvão Maia no artigo “A IMPOSSIBILIDADE SUPERVENIENTE TEMPORÁRIA NO DIREITO BRASILEIRO” analisam a impossibilidade temporária no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente, quais as suas consequências e quando ela é convertida em impossibilidade definitiva.

O artigo intitulado “A MONETIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES: O ABANDONO AFETIVO NA MULTIPARENTALIDADE” de autoria de Felipe Gontijo Soares Lopes, Tereza Cristina Monteiro Mafra busca analisar as demandas tidas como argentárias no Direito de Família, especificamente quanto à possibilidade de se pleitear reparação civil por abandono afetivo na multiparentalidade.

A autora Luíza Souto Nogueira, no artigo “A POSSIBILIDADE DE RETOMADA DA SEPARAÇÃO JUDICIAL COMO FIGURA AUTÔNOMA: UMA ANÁLISE DO TEMA

1053 DA REPERCUSSÃO GERAL DO STF” identificar qual deve ser a melhor decisão a ser tomada pelo STF no Tema 1053 da repercussão geral quanto à subsistência, ou não, da separação judicial como figura autônoma no ordenamento jurídico brasileiro.

O artigo “EFICÁCIA HORIZONTAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À FORMAÇÃO DE FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS” de autoria de Rodrigo Rodrigues Correia tem como objetivo conhecer como o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas colaborou para o julgamento paradigmático que reconheceu as uniões homoafetivas, em 2011.

O artigo “RESPONSABILIDADE CIVIL NA ADOÇÃO EM CASO DE DESISTÊNCIA DO ADOTANTE” de autoria de Giovana Ramos Martins, Lauren Lautenschlager Scalco, é realizada uma análise sobre a incidência de responsabilidade civil em caso de desistência da adoção nas diferentes fases do processo.

O autor Ariolino Neres Sousa Junior no artigo intitulado “RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO PATERNO-FILIAL E SEU DEVER DE INDENIZAÇÃO” busca analisar a responsabilidade civil por abandono afetivo paterno-filial no âmbito familiar e seu dever indenização em decorrência do descumprimento do dever de cuidado e amparo material e afetivo necessário dentro de um determinado contexto familiar”.

No artigo “TESTAMENTO VITAL COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA” de autoria de Claudia Aparecida Costa Lopes , Andréa Carla de Moraes Pereira Lago , Valéria Silva Galdino Cardin abordam a forma pela qual o testamento vital efetivaria a autonomia de vontade do paciente, assim como traria maior segurança jurídica na relação médico paciente.

As autoras Francielle Benini Agne Tybusch, Liége Alendes De Souza, Bruna Bordin Campagnolo no artigo intitulado “SUPEREXPOSIÇÃO INFANTIL NA INTERNET: UMA ANÁLISE DO FENÔMENO CONTEMPORÂNEO “SHARENTING” E A AFRONTA AOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES” objetivam estudar sobre a superexposição infantil na internet, a partir da exibição precoce das crianças e adolescentes na rede mundial de computadores, dando ensejo ao fenômeno contemporâneo denominado sharenting e suas implicações, observando o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, bem como a possível violação aos direitos personalíssimos destes, questionando sobre os limites necessários para o exercício da autoridade parental na vida dos seus filhos.

No artigo “USUCAPIÃO COMO FRAUDE ÀS REGRAS URBANÍSTICAS” de autoria de USUCAPIÃO COMO FRAUDE ÀS REGRAS URBANÍSTICAS de autoria de Rodrigo Rodrigues Correia tem como objetivo verificar se o reconhecimento extrajudicial da usucapião é capaz e conciliar a demanda de titulação dominial e de readequação urbanística, evitando que o processo se converta em meio vantajoso de fraudar leis urbanísticas.

Os autores Claudia Aparecida Costa Lopes , Oscar Ivan Prux , Patrick Costa Meneghetti no artigo intitulado “VONTADE HUMANA: O PRINCIPAL CRITÉRIO DETERMINANTE DA PARENTALIDADE CAPAZ DE GARANTIR A EFETIVIDADE DE DIREITOS PERSONALÍSSIMOS” tem como objetivo analisar os critérios adotados pelo sistema jurídico nacional brasileiro para determinar o nascimento do vínculo de parentalidade existente entre pais e filhos. Cabe perquirir se o critério biológico, estabelecido em lei e comumente adotado pelos tribunais brasileiros, se mostra suficiente para determinar a parentalidade e para assegurar a efetividade de princípios constitucionais e dos direitos personalíssimos da criança.

Recomendamos fortemente a leitura,

Francielle Benini Agne Tybusch (Universidade Franciscana)

Gastón Salinas Ugarte (USACH – Chile)

Valéria Silva Galdino Cardin (Universidade Estadual de Maringá e Centro Universitário Cesumar)

EFICÁCIA HORIZONTAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À FORMAÇÃO DE FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS.

HORIZONTAL EFFECTIVENESS OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO THE FORMATION OF HOMOAFECTIVE FAMILIES.

Rodrigo Rodrigues Correia

Resumo

O artigo tem por objetivo, conhecer como o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas colaborou para o julgamento paradigmático que reconheceu as uniões homoafetivas, em 2011. Foi investigado o histórico anterior de aplicação da teoria pelo tribunal, qual foi a sua importância na formação do convencimento dos julgadores, em que modalidade a teoria é adotada, se há coerência entre a doutrina e modalidade evocada e a fundamentação realizada, e se o emprego da teoria realmente é necessário para solução dos casos apresentados e para a efetividade do direito de formação de famílias homoafetivas. Na pesquisa, foram empregados os métodos: histórico, buscando reconstruir o desenvolvimento dos institutos a serem estudados; dialético, com análise das posições doutrinárias e jurisprudenciais do problema; e o método dedutivo, pela reflexão a respeito dos aspectos e princípios incidentes sobre a teoria. A apresentação dos resultados seguirá a seguinte sequência: Inicialmente, apresenta noções introdutórias das bases de desenvolvimento da teoria na Alemanha, com destaque para o paradigma do caso Luth de 1949, aborda os modelos teóricos de eficácia horizontal desenvolvidos, e depois, avalia os precedentes sobre a teoria no tribunal. Ao final, as conclusões alcançadas serão apresentadas.

Palavras-chave: União homoafetiva, Casamento homoafetiva, Eficácia horizontal, Eficácia direta, Eficácia indireta

Abstract/Resumen/Résumé

The article aims to know how the understanding of the Federal Supreme Court on the incidence of fundamental rights in private relationships contributed to the paradigmatic judgment that recognized same-sex unions in 2011. The previous history of application of the theory by the court was investigated, what was its importance in the formation of the conviction of the judges, in which modality the theory is adopted, if there is coherence between the doctrine and modality evoked and the reasoning carried out, and if the use of theory is really necessary for the solution of the cases presented and for the effectiveness of the right to form homoaffective families. In the research, the following methods were used: historical, seeking to reconstruct the development of the institutes to be studied; dialectical, with analysis of the doctrinal and jurisprudential positions of the problem; and the deductive method, by reflecting on the aspects and principles incident on the theory. The presentation

of the results will follow the following sequence: Initially, it presents introductory notions of the bases for the development of the theory in Germany, with emphasis on the paradigm of the Luth case of 1949, it addresses the theoretical models of horizontal effectiveness developed, and then, it evaluates the precedents on the theory in court. Finally, the conclusions reached will be presented.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Same-sex union, Same-sex marriage, Horizontal effectiveness, Direct effectiveness, Indirect effectiveness

1. Introdução.

Os direitos fundamentais foram inicialmente concebidos para disciplinar as relações entre o Estado e os cidadãos. Esta visão revelou-se rapidamente insuficiente porque, sobretudo em países democráticos, os agentes privados dotados de maior poder social ou econômico representam a maior ameaça aos direitos.

A irradiação dos direitos fundamentais sobre as relações privadas é conhecida como eficácia horizontal, expressão criada considerando que as relações particulares ocorrem em circunstâncias de suposta igualdade formal.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais também identifica a condição de que quaisquer direitos constitucionalmente, uma vez reconhecidos ou identificados, quando exercíveis por seus titulares independente de prestações materiais estatais, podem ser considerados integrados ao patrimônio jurídico das pessoas, independente de intermediação legislativa que regulamente este direito.

Em síntese, para direitos fundamentais de primeira geração, como o direito a formar uma família, não é necessária a presença de uma camada normativa intermediária, representada pelas leis. As pessoas possuem a simples liberdade de constituir família e de assim serem identificadas, independente de texto legal que expressamente preveja a modalidade familiar em que devam se enquadrar.

É a eficácia horizontal dos direitos fundamentais que sustenta a possibilidade jurídica de pares do mesmo sexo formarem famílias homoafetivas, em união estável ou habilitando-se em Registro Civil para se casarem, nos termos da Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça, de 14 de maio de 2013.

Por circunstâncias jurídicas que lhes são próprias, na Alemanha iniciou-se o estudo sistematizado da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. A redação da Constituição Alemã de 1949 apresenta limites que dificultavam a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas, pelo intérprete.

A Constituição Alemã pretende dirigir toda a atividade estatal, moldar e definir a organização da sociedade como um todo. Contudo, ela definia apenas um catálogo clássico

de direitos fundamentais. Daí a relevância da construção de uma teoria capaz de conduzir à conclusão de que direitos fundamentais também poderiam ser exercidos em face dos agentes privados¹.

De outro lado, nossa Constituição Federal de 1988 apresenta dispositivos que autorizam, com maior facilidade, compreender que os direitos fundamentais também produzem efeitos nas relações entre entes privados. Além da existência de um rol de direitos sociais, como os direitos trabalhistas, concebidos para regular a relação privada entre empregado e empregador, outros dispositivos constitucionais apresentam clara a possibilidade de exercício de direito fundamental contra particular, como o direito de resposta (artigo 5º, V) e o direito de assistência e educação dos filhos, perante os pais (artigo 229). Além disso, o artigo 1º, § 1º dispõe expressamente que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Entretanto, as palavras da Constituição, por si só, não são suficientes para concretização da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Ela depende da vontade de efetivação, pelos participantes da prática jurídica. É progressiva a consolidação da compreensão de que as disposições constitucionais de direitos possuem plena normatividade.

Neste ano de 2022, completam-se 11 anos do julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, pelo Supremo Tribunal Federal. A partir deste acórdão paradigmático, em que reconhecida a possibilidade da formação de famílias por união homoafetiva, no mesmo ano, foi possível cristalizar jurisprudencialmente, a possibilidade do casamento ente pessoas do mesmo sexo, nos termos do acórdão da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, para o Recurso Especial nº 1.183.378/RS.

Nestes onze anos, não houve condições políticas para que o reconhecimento das famílias homoafetivas ganhasse espaço no campo legislativo. Daí a importância do estudo da

¹ “[...] a despeito do seu grande comprometimento com o Estado social, a dificuldade em lidar com os efeitos horizontais dos direitos fundamentais foi enorme – e refletida na avassaladora produção doutrinário-jurisprudencial sobre o problema. Essa dificuldade tem como causa essencialmente um problema normativo-constitucional: a ausência de normas de direitos fundamentais que não aquelas de cunho liberal”. (SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, pag. 25).

aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, na prática jurídica nacional, afastando argumentos inadequados de ativismo judicial ou excesso do Judiciário.

Com este objetivo, o presente trabalho investiga o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a incidência dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, e de que maneira este entendimento colaborou para o julgamento paradigmático das uniões homoafetivas, em 2011.

O presente trabalho investiga o histórico anterior de aplicação da teoria pelo Supremo Tribunal Federal, qual foi a sua importância na formação do convencimento dos julgadores, em que modalidade a teoria é adotada, se há coerência entre a doutrina e modalidade evocada e a fundamentação realizada, e se o emprego da teoria realmente é necessário para solução dos casos apresentados e para a efetividade do direito de formação de famílias homoafetivas.

Na pesquisa, foram empregados os métodos: histórico, buscando reconstruir o desenvolvimento dos institutos a serem estudados; dialético, com análise das posições doutrinárias e jurisprudenciais do problema; e o método dedutivo, pela reflexão a respeito dos aspectos e princípios incidentes sobre a teoria.

A apresentação dos resultados seguirá a seguinte sequência: Inicialmente, os itens 1 e 2 apresentarão noções introdutórias das bases de desenvolvimento da teoria na Alemanha, com destaque para o paradigma do caso Luth de 1949, o item 3 abordará os modelos teóricos de eficácia horizontal desenvolvidos, a partir do item 4 apresenta avaliação qualitativa dos precedentes sobre a teoria no tribunal. Ao final, as conclusões alcançadas serão apresentadas.

2. Bases teóricas para o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

A constatação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais foi viabilizada a partir de duas bases teóricas: a afirmação da força normativa da Constituição e o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

A afirmação da força normativa da Constituição é resultado de um processo intensificado ao longo do século XX, período em que o Estado Social era organizado, com a incorporação de direitos prestacionais pelas Constituições.

Como naquele momento histórico, não era possível efetivar de modo pleno e imediato todos os direitos prestacionais, compreendia-se que a vinculação dos dispositivos constitucionais era característica reservada às regras de organização estatal e declarações de liberdades públicas contra o Estado. O restante, inclusive os direitos prestacionais, era reputado como declarações políticas (SARMENTO, 2010).

Neste mesmo período, observa-se a adoção de instrumentos de controle de constitucionalidade, por sistemas de diversos países. Isso foi muito relevante porque, progressivamente, o exercício jurisdição constitucional sedimentou a compreensão de que a Constituição como um todo, reveste-se da natureza de norma jurídica, não se resumindo a mera diretriz política para o legislador.

A afirmação da força normativa da Constituição resultou do esforço para demonstrar que na tensão entre a Constituição e fatores reais de sua efetivação, as regras constitucionais não podem ceder, sempre consideradas como a parte mais fraca. Neste empenho, destaca-se o trabalho de Konrad Hesse, apresentado em sua aula inaugural na Universidade de Freiburg, na então República Federativa Alemã, em 1959.

O trabalho efetivou um contraponto à visão de Ferdinand Lassale, para quem a Constituição de um país expressa as relações de poder nele dominantes, denominada “Constituição real”. Observando que esta tese descaracteriza o Direito Constitucional como ciência normativa, o que nega seu valor como ciência jurídica, Hesse propôs uma abordagem que considera a interdependência entre a ordenação jurídica e a realidade (HESSE, 1991).

A Constituição jurídica possui significado próprio, com força normativa autônoma, na medida em que é organizada e aplicada com a pretensão de eficácia. Mas esta pretensão encontra seus limites na própria realidade a ser regulada. A Constituição jurídica somente consegue construir um Estado ou sociedade a partir de forças que já existem na realidade, no seio social, as quais necessitam apenas ser identificadas, despertadas e estimuladas pelo constituinte.

Portanto, a importância da realidade não é ignorada em sua interação com as normas constitucionais. Ela que confere os elementos sociais a partir dos quais o constituinte identifica forças para construção do futuro.

A eficácia da Constituição jurídica depende do concurso da vontade humana na sua realização, da compreensão de sua necessidade contra as arbitrariedades e da vontade de efetivação da ordem constitucional (HESSE, 1991).

O reconhecimento de que os direitos fundamentais são dotados de uma dimensão objetiva conforma a segunda base teórica para a constatação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Afirmar que os direitos fundamentais possuem uma dimensão objetiva significa reconhecer que eles consagram os valores mais importantes de uma comunidade, estabelecendo as bases do seu ordenamento jurídico.

Além de atribuir faculdades ou poderes aos indivíduos, os direitos fundamentais representam valores ou fins que uma comunidade se propõe a perseguir (MENDES, 2011).

Pela sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais estabelecem uma ordem de valores que incide sobre as relações particulares, limitando a autonomia dos atores privados. Desse modo, a autonomia privada deverá ser exercida de acordo com os valores e fins perseguidos pela sociedade, o que permite a proteção de direitos fundamentais contra as violações efetivadas pelos poderes sociais não-estatais (SARMENTO, 2010).

3. O paradigma do caso *Lüth* (BVERFG 7, 198).

As duas bases foram essenciais para que em 1958, a Corte Constitucional Alemã pudesse proferir decisão paradigmática para o Direito, em que se reconhecia a dimensão objetiva da Constituição, a eficácia irradiante dos direitos fundamentais e a possibilidade de soluções de colisões entre direitos pelo balanceamento de interesses, no julgamento de reclamação constitucional contra decisão judicial conhecido como caso *Lüth* (BVERFG 7, 198) (SCHWABE, 2005).

O julgamento discute a constitucionalidade de decisão do Tribunal Estadual de Hamburgo que cuidava de boicote ao filme “A amante imortal” (*Unsterbliche Geliebte*), dirigido por *Veit Harlan*, expoente do cinema nazista, em filmes como *Jüd Süb* de 1941, o qual incitava a violência contra o povo judeu.

O boicote fora organizado pelo diretor do conselho e gerente do órgão da imprensa estatal de Hamburgo, *Erich Lüth*, em 1950. Em razão dos danos resultantes, a produtora do filme obteve decisão do tribunal local de Hamburgo para cessar o boicote, com fundamento na regra geral de responsabilidade do § 826, BGB. Contra ela, *Lüth* apresentou reclamação constitucional à Corte Constitucional Alemã, baseada na lesão ao seu direito fundamental de livre expressão.

O tribunal constitucional foi provocado a decidir se uma norma de direito fundamental produz efeitos sobre o Direito Civil. Esta tarefa era especialmente mais complexa considerando as peculiaridades da Constituição alemã a qual oferecia apenas um catálogo clássico de direitos fundamentais, o que conduzia à conclusão de que seriam exercidos somente em face do Estado.

Para decidir que os direitos fundamentais possuem eficácia em situações de que o Estado não participa, recorreu-se à visão da Constituição como um estatuto da vida social, incluindo as relações privadas.

O pressuposto da dimensão objetiva dos direitos fundamentais permitiu concluir que o capítulo da Constituição a eles destinado conforma uma ordem objetiva de valores a ser observada por todas as normas jurídicas.

E como estes valores iriam informar o Direito Civil? A decisão ressalta a importância das regras de ordem pública, restritivas da autonomia privada, mas observa que a influência ocorre sobretudo, por meio das cláusulas gerais, “*pontos de entrada*” dos direitos fundamentais no Direito Civil (SCHWABE, 2005).

Reconhecendo a importância da liberdade de expressão, mas constatando que ela não pode se impor sobre bens jurídicos de outrem, decidiu-se pela necessidade de “ponderação de bens jurídicos” envolvidos.

Considerou-se que o boicote foi convocado para evitar que o diretor se firmasse como um expoente do cinema alemão, preocupação que correspondia ao interesse coletivo de que todos soubessem que o povo alemão abandonou e condena a perseguição aos judeus (SCHWABE, 2005).

4. Modelos direto e indireto de eficácia horizontal e a teoria da *state action*.

4.1. Modelo indireto.

As contribuições do caso Lüth foram aproveitadas na organização de dois modelos para compreensão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais: o modelo indireto e o modelo direto.

O modelo indireto parte do reconhecimento de que os direitos fundamentais foram inicialmente pensados para lidar com relações verticais, entre cidadão e o Estado, em que este ocupa posição de supremacia, razão pela qual direitos são atribuídos aos cidadãos para lhes garantir proteção contra abusos das ações estatais.

Como as relações privadas se desenvolvem em um ambiente de igualdade formal, ou seja, são relações horizontais, não é possível o simples transporte desta lógica de proteção. Haveria um risco de excessiva interferência, o que restaria por desnaturar muitos dos institutos de Direito Civil, os quais dependem de considerável grau de autonomia privada.

A teoria da eficácia indireta surge como alternativa para conciliar a relação entre as diferentes esferas de direito, evitando a interferência excessiva de uma sobre a outra. Se a autonomia privada impede que os efeitos dos direitos fundamentais sejam absolutos sobre as relações privadas, a eficácia horizontal poderia ser intermediada pela legislação ordinária civil (SILVA, 2005).

A intermediação entre os direitos fundamentais e as relações privadas ocorreria principalmente por meio das cláusulas gerais. Esta solução viabiliza simultaneamente, a irradiação dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, mas ainda dentro das

molduras normativas estabelecidas pelo legislador ordinário (SARMENTO, 2010).

Compete ao intérprete estabelecer a ponte entre o Direito Privado e a Constituição, utilizando as cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, em conformidade com a ordem de valores estabelecida pelos direitos fundamentais. De outro lado, ao legislador compete efetivar prévia compatibilização de bens jurídicos conflitantes.

A partir do caso *Liith*, fixou-se a compreensão de que as normas infraconstitucionais devem ser compreendidas a partir do significado conferido pela Constituição. O modelo indireto foi amplamente aceito e tornou-se dominante no direito germânico, adotado pela Corte Constitucional e pela maioria dos juristas alemães (SARMENTO, 2010).

4.2. Modelo direto.

A decisão mais relevante para a organização do modelo de eficácia imediata foi proferida pelo Tribunal Federal do Trabalho da Alemanha, em 1957, a respeito da igualdade salarial entre homens e mulheres.

Embora a Constituição alemã não contivesse dispositivo específico sobre igualdade salarial, o Tribunal reconheceu que o direito fundamental previsto no art. 3º, I a III, sobre o direito genérico de igualdade entre homens e mulheres, incide nas relações de trabalho, para impedir a disparidade salarial (art. 3º, I a III).

Naquela oportunidade, compreendeu-se que uma série de direitos fundamentais se destinam não apenas a garantir os direitos de liberdade em face do Estado, mas também estabelecer as bases essenciais da vida social, podendo ter aplicação direta nas relações privadas. Desse modo, os acordos de direito privado não podem contrariar esta ordem básica (MENDES, 2011).

O modelo de eficácia direta tem como pressuposto a ideia de unidade do ordenamento jurídico, razão pela qual a validade dos direitos fundamentais como normas aplicáveis às relações privadas independe de intermediação da lei civil, ou de pontos de

entrada.

A necessidade de intermediação da legislação ordinária seria totalmente prescindível, e poderia consistir em uma artimanha interpretativa para restringir a eficácia de direitos fundamentais.

O modelo da eficácia imediata não implica que todos os direitos fundamentais sejam aplicáveis às relações privadas. A incidência depende de cada direito fundamental. Na realidade, a teoria apenas defende que, se o direito fundamental for aplicável, a incidência ocorrerá sem a incidência de normas ordinárias.

A teoria da eficácia imediata não pretende conferir aplicação extremamente ampla e limitada dos direitos fundamentais porque consideram a necessidade de ponderar o direito fundamental em jogo com a autonomia privada dos particulares envolvidos no caso (SARLET, 2005).

4.3. Doutrina da *state action*.

A doutrina e jurisprudência norte-americana mantiveram-se firmes na tese de que os direitos fundamentais não vinculam particulares, impondo limitações apenas aos poderes públicos, com a exceção da 13ª Emenda que proíbe a escravidão (SARMENTO, 2010).

A restrição decorre basicamente da literalidade da sua Constituição, que ao tratar dos direitos fundamentais, faz referência apenas aos entes públicos, e do pacto federativo que reserva aos Estados a competência para legislar sobre Direito Privado, com exceção da disciplina de comércio interestadual e internacional.

A doutrina da *state action* mitiga a rejeição à aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. Se a ação estatal pode violar direitos fundamentais, também é possível que agentes privados atuem no exercício de função estatal, hipótese que viabiliza a incidência das regras constitucionais de proteção (SILVA, 2005).

Esta lógica foi utilizada pela Suprema Corte Americana, ainda que sem

estabelecer critérios claros, de modo assistemático e casuístico, para lidar com situações em que a ação privada pudesse ser equiparada a uma ação pública.

Destaca-se na construção jurisprudencial da doutrina da *state action*, o caso *Shelley v. Kraemer* (1948). Nesta oportunidade, a Suprema Corte julgou a existência de direito de ação, aos proprietários de imóveis de localidade que houvessem acordado não alienar seus imóveis a adquirentes não-brancos, quando houvesse inadimplemento por um deles.

Não houve um julgamento pela ilegalidade do acordo, com base em direito fundamental de igualdade (14ª emenda). A Corte identificou que eventual tutela jurisdicional daquele contrato consistiria em uma ação estatal que emprestaria sua força e autoridade a uma discriminação refutada pela Constituição, razão pela qual os proprietários não teriam direito de ação contra aquele que violasse o acordo (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1948).

No julgamento do caso *Marsh v. Alabama* (1946), foi avaliado se uma empresa poderia impedir pessoas integrantes da Igreja Testemunho de Jeová, de pregar no interior de sua propriedade, onde era organizada e mantida um cidade com ruas, residências, comércio, etc..

A Suprema Corte Americana entendeu que a manutenção de uma cidade equiparava a empresa ao Estado, razão pela qual ela sujeitava-se à 1ª emenda que estabelece a liberdade religiosa e de culto (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1946).

5. Acórdãos anteriores do Supremo Tribunal Federal.

Compreende-se que que nosso sistema jurídico é compatível e impõe a aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, em um contexto que ressalta a irradiação dos princípios e valores constitucionais sobre o Direito Civil (SARLET, 2015).

Entretanto, é importante realizar uma análise mais detida, a partir de um espectro significativo de decisões proferidas pelo Supremo, se essa conclusão se sustentava na

efetiva prática judiciária, ou se estava fundada em casos isolados. Daí a importância da pesquisa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

5.2.1. RE nº 201.819 - Ampla defesa na exclusão de associado da UBC – União Brasileira de Compositores.

O acórdão paradigmático na adoção da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal é o RE 201819/RJ, de relatoria da Min. Ellen Gracie, julgado pela Segunda Turma, em 11/10/2005, publicado no DOJ de 27/10/2006.

No caso, a União Brasileira de Compositores – UBC recorreu de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que determinou a reintegração de sócio excluído sem observância da ampla defesa, ao argumento de que, como entidade privada, estaria regida por seu próprio estatuto, e não por princípios aplicáveis à Administração Pública.

A Min. Ellen Gracie acolheu a pretensão do recorrente, mas prevaleceu o voto divergente do Min. Gilmar Mendes. Embora o voto tenha invocado seus estudos prévios acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o ministro entendeu relevante o caráter público da União Brasileira de Compositores, considerada “*prestador de serviço por delegação legislativa*”. O mesmo fundamento foi adotado pelo Min. Joaquim Barbosa quem também ressaltou a natureza peculiar da associação, de caráter “*quase público*”.

Com este argumento, perde em certa medida, a utilidade da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. O fundamento se aproxima muito da lógica da teoria da *state action*, que justamente nega a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, possibilitada somente nas hipóteses em que particulares agirem no exercício de atividades de natureza estatal.

Entretanto, um aspecto relevante da discussão centrou-se na eficácia horizontal da liberdade de exercício profissional. A expulsão do associado poderia prejudica-lo excessivamente, na medida que o impossibilitaria de receber os direitos autorais relativos à execução de suas obras.

A decisão foi tomada por maioria da Segunda Turma. O voto responsável por desempatar o julgamento foi proferido pelo Min. Celso de Mello, quando o art. 57 do Código Civil já havia sido alterado pela Lei nº 11.127, de 28 de junho de 2005, para incluir expressamente o direito de defesa e de recurso do associado.

Desse modo, a atuação do legislador ordinário tornou desnecessária a utilização da eficácia horizontal no modelo direto, para resguardar o direito fundamental de ampla defesa nas relações associativas.

Para analisar a modalidade de eficácia horizontal reconhecida como aplicável no ordenamento brasileiro, é relevante a avaliação dos estudos doutrinários citados.

Ao transcrever seu próprio trabalho, o Min. Gilmar Mendes cita Rűfner, Canaris e Nipperdey, este űltimo com forte atuação no Tribunal Superior do Trabalho, onde foi Ministro, teóricos do modelo direto, apontando as crűticas e respectivos contrapontos que a eficácia horizontal direta sofreu na Alemanha, asseverando que, mesmo com previsão constitucional expressa, como no caso de Portugal, nű   pacífica possibilidade de incidência imediata dos direitos fundamentais sobre relaűes privadas.

O ministro ainda cita Dűrig, defensor da teoria da aplicaűo indireta, e Konrad Hesse que adotaria posiűo semelhante. Termina apresentando a posiűo do Tribunal Constitucional Alemão que rejeita a aplicaűo direta, mas reconhece que a ordem de valores formulada pelos direitos fundamentais deve ser considerada na interpretaűo do Direito Privado. Caberia inicialmente ao legislador concretizar os direitos fundamentais nas relaűes privadas, no entanto, remanesceria uma pretensűo em face do Estado-juiz de observar tal ordem objetiva.

No seu prűprio ensaio transcrito Min. Gilmar Mendes ressalta que, por tratar de relaűes entre particulares, deve-se ter em conta que a aplicaűo da eficácia dos direitos fundamentais pressupűe colisűo de direitos, de modo que se deve sempre avaliar a prevalência de determinados interesses em face de outros.

Para o ministro, a análise da eficácia horizontal somente   relevante quando os valores estabelecidos pela Constituiűo nű coincidem com a valoraűo de direito privado. Afinal, embora a liberdade individual possa ser parcialmente sacrificada em prol de direitos fundamentais, essa restriűo nű deve ser generalizada, resguardando-se um *standard* mínimo.

Ademais, são apontadas críticas ao entendimento formado no Tribunal Constitucional Alemão sobre a eficácia dos direitos fundamentais em relação aos particulares por sua débil fundamentação dogmática. A orientação pela ordem de valores, ante a incerteza ou multiplicidade de critérios, poderia fundamentar qualquer decisão.

Além disso, o ministro entende ser desnecessária a utilização da teoria da eficácia horizontal quando houver, no plano legislativo ordinário, solução com maior clareza dogmática.

O voto ainda faz referência à doutrina da *state action* e a estudos desenvolvidos no Brasil, por Daniel Sarmiento, Ingo Sarlet, Paulo Gustavo Gonet Branco, Rodrigo de Oliveira Kaufmann, André Rufino do Vale e Thiago Sombra.

São mencionadas as decisões do Supremo Tribunal Federal que sinalizariam a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas: (i) RE 160.222/RJ, no qual se discutiu se estaria caracterizado o crime de constrangimento ilegal pelo gerente que obrigava os empregados de indústria de lingerie a fazer revista íntima, sob ameaça de dispensa; (ii) RE 158.215/RS, hipótese na qual membro de cooperativa foi expulso sem o atendimento da garantia do contraditório e da ampla defesa; (iii) RE 161.243/DF, no qual restou assentado que a autonomia da vontade não permite discriminar nacionais de estrangeiros, no que concerne a benefícios constantes no estatuto pessoal de determinada empresa.

Feitas tais considerações, sobre as peculiaridades que pontuaram os votos, especialmente o condutor, pode-se afirmar que o Supremo Tribunal Federal adotou no RE 201.819, ao menos formalmente, a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Entretanto, a importância conferida ao caráter público da entidade recorrente, para a conclusão de que ela deveria respeitar o direito fundamental à ampla defesa, permite concluir que naquela específica associação de músicos, ocorre uma relação um particular e um ente que exerce atividade pública. Deste modo, o argumento aproxima-se da doutrina da *state action*, o que tomaria desnecessário o recurso à teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

5.2.2. RE nº 407.688 - Penhorabilidade do bem de família do fiador.

No acórdão de julgamento do RE 407.688, de relatoria do Min. Cezar Peluso, julgado em 08/02/2006, publicado DJ 06-10- 2006, o Tribunal Pleno considerou constitucional, a penhorabilidade do bem de família do fiador, prevista no art. 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/90, é constitucional.

Debateu-se a recepção ou não do referido dispositivo da Lei do Bem de Família a partir da alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000, que inseriu, entre os direitos sociais (art. 6º), o direito à moradia.

Duas particularidades do caso foram consideradas: a presença do direito fundamental de moradia do locatário, e a característica do direito à moradia ser um direito fundamental de dimensão positiva ou de segunda geração.

Inicialmente, o relator Min. Cezar Peluso argumenta que a concretização do direito à moradia, ainda que reconhecida como direito subjetivo, depende da atividade mediadora dos poderes políticos. Portanto, ele não se confunde com o direito à propriedade.

Desta forma, além de não ser diretamente imponível ao particular, o direito à moradia pode ser promovido por diversas normas, inclusive as relativas à celebração de contratos de aluguel, por resguardar o locador com a garantia da penhorabilidade do bem do fiador.

Em voto divergente, o Min. Eros Grau entendeu que, por garantir a subsistência individual e familiar, ou seja, a dignidade de seus integrantes, prevalece a impenhorabilidade do bem de família do fiador, não podendo ser atribuído ao art. 6º, da Constituição Federal, caráter meramente programático, sob pena de negativa de vigência da norma.

Se fosse adotada solução contrária, haveria uma quebra da isonomia entre o fiador e o afiançado, pois este manteria a proteção do seu bem de família.

Embora não se refira dessa forma, os argumentos correspondem ao raciocínio da eficácia horizontal direta do direito fundamental à moradia nas relações privadas.

Do mesmo modo, o Min. Carlos Britto e o Min. Celso de Mello, reconhecendo

a proteção constitucional à moradia, em diversos dispositivos, concluíram tratar-se de um direito indisponível, não-potestativo, que não pode sofrer penhora por efeito de um contrato de fiança.

O Min. Joaquim Barbosa entendeu tratar-se de hipótese de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, referindo-se expressamente ao seu posicionamento no já mencionado RE 201.819. Da análise do caso específico, ponderou e concluiu que a liberdade de contratação não cede ao direito à moradia.

No mesmo sentido, o Min. Gilmar Mendes identifica a ocorrência de uma colisão de princípios, sobressaindo a autonomia privada. Ele ressaltou o caráter institucional do direito à moradia, de acordo com terminologia de José Afonso da Silva, o que admite múltiplas possibilidades de execução. A Min. Ellen Gracie, o Min. Marco Aurélio, o Min. Sepúlveda Pertence e o Min. Nelson Jobim acompanharam tal entendimento.

Neste acórdão do RE nº 407.688, embora a eficácia horizontal dos direitos fundamentais seja mencionada, a fundamentação não está centrada propriamente dessa teoria, mas em uma ponderação de direitos fundamentais em colisão, que, embora seja necessária quando de sua aplicação, não é a ela inerente.

Desse modo, não revela utilidade invocar a eficácia horizontal do direito à moradia tão somente para confirmar a constitucionalidade do dispositivo da Lei de Locações que autoriza a penhora do bem de família do fiador.

Os julgadores ainda consideraram que o dispositivo legal promove o direito à moradia do locatário. Se no caso, entendeu-se que os valores concretizados pela lei ordinária correspondem aos estabelecidos pela Constituição, não houve relevância nas menções à teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

5.2.3. ADPF nº 130 – Lei de Imprensa.

No julgamento da ADPF nº 130, em 40/04/2009, sob relatoria do Ministro Carlos Britto, a teoria da eficácia horizontal ingressa em discussão a respeito da recepção da

Lei de Imprensa (Lei nº 5.250 de 1967) pela Constituição Federal de 1988, sobre a necessidade de manutenção de trechos da lei que disciplinavam o direito de resposta.

Prevaleceu a posição do ministro relator, acompanhado pelos ministros Menezes Direito, Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Cezar Peluso e Celso de Mello, para quem a Lei nº 5.250/67 foi concebida para operar como um todo que encerra modelo autoritário de imprensa, inadequado com o art. 220 da Constituição Federal que veda a censura.

Na visão de tais ministros, se fossem preservados os dispositivos da lei sobre direito de resposta, sob a vigência da Constituição Federal de 1988, seria necessário utilizar a técnica de interpretação conforme. Na verdade, isso corresponderia a uma tentativa de artificial descontaminação da lei, de seus propósitos de censura, o que romperia com sua coerência e equilíbrio interno, e equivaleria à realização da função de legislador pelo intérprete.

Os trechos que disciplinavam o direito de respostas poderiam, sem problemas, serem considerados não-recepcionados pela Constituição Federal de 1998. O direito de resposta poderia continuar a ser tutelado, porque decorrente o art. 5º, V da Constituição possui eficácia plena e aplicabilidade imediata, cabendo ao Judiciário, caso a caso, avaliar a ocorrência de abusos no exercício da liberdade de informar.

Os argumentos expostos no voto do Ministro Carlos Britto e Carmen Lúcia revelam que, ao tratar da liberdade de imprensa, a Constituição Federal de 1988 adota um modelo constituição-fundamento, estabelecendo “*um ponto de partida e de chegada*”, sem espaço para atuação do legislador.

O voto de Ministro Celso de Mello trata claramente sobre a aplicabilidade da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, em modalidade direta, para reconhecer a eficácia do direito de resposta, mesmo diante da transitória ausência de disciplina legal. Contudo, reconhece a utilidade da elaboração de lei a respeito.

O contraponto é realizado pelos votos dos ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes, os quais expressam preocupações a respeito da ausência de critérios para aferir o que configuraria abuso da liberdade de informar, bem como de regras mínimas para o exercício efetivo do direito de resposta, capazes de instaurar grave estado de insegurança jurídica,

prejudicando principalmente os comunicadores.

O acórdão da ADPF nº 130 fixou a compreensão de que a Constituição de 1988 estabelece plena liberdade de imprensa, de modo que o controle de abusos deve ser realizado *a posteriori*, com o direito de resposta, a responsabilização civil e criminal.

O julgamento sedimenta a possibilidade de que os direitos fundamentais tenham eficácia imediata, nos casos de lacuna legal, como ocorreu com o direito de resposta até a edição da Lei nº 13.188 de 2015.

A nova lei apresenta uma redação mais consentânea com as novas formas de comunicação, como os dispositivos que afastam a responsabilidade do titular de site, pelos comentários de usuários. Contudo, verifica-se que os critérios de exercício do direito de resposta são muito próximos aos presentes na antiga Lei de Imprensa.

Esta constatação revela que a decisão de declarar que os dispositivos de direito de resposta também não seriam recepcionados, estava muito ligada à avaliação do contexto histórico não democrático de elaboração da Lei de Imprensa. Para a maioria dos julgadores, isso foi mais relevante do que os riscos de uma ausência de critérios para que os juízes concretizassem o direito de resposta.

5.2.4. ADI nº 4277 e ADPF nº 132 – União homoafetiva.

No julgamento conjunto da ADI nº 4277 com a ADPF nº 132, em 05/05/2011, sob relatoria do Min. Ayres Britto, em que as uniões homoafetivas foram reconhecidas como entidades familiares, há somente uma sutil referência à eficácia horizontal da dignidade, igualdade e da não-discriminação, no voto do Min. Joaquim Barbosa.

Mas nas divergências laterais quanto à fundamentação do acórdão, é possível identificar em seu fundo, discussões sobre a modalidade de eficácia horizontal de direitos que orientam a decisão. Mesmo alcançando o mesmo resultado, observa-se que dois caminhos distintos foram utilizados pelos ministros.

Para a maioria dos ministros, o art. 1.723, CC deve ser interpretado conforme a Constituição, sem sentido discriminatório, considerando direitos de dignidade, igualdade,

intimidade e compreendendo a família como categoria sócio- cultural. Nesta linha de raciocínio, a proteção familiar às uniões homoafetivas possui eficácia intermediada pelo Código Civil.

O voto do Min. Luis Fux apontou que mudanças na sociedade, com maior aceitação coletiva das uniões estáveis, provocaram mudanças na Constituição, de modo que a literalidade da redação do art. 226, §3º da Constituição Federal (“*entre homem e mulher*”) não afasta o reconhecimento de nova categoria de família, abraçada pelo art. 226, *caput* da Constituição Federal.

A ausência de lei que efetive a proteção de tais uniões como entidades familiares pode ser suprida pela interpretação conforme à Constituição, do art. 1.723 do Código Civil, o que resulta na sua extensão às uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Em linha de fundamentação distinta, os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso reconhecem as uniões homoafetivas como nova entidade familiar que não se adequam à espécie do art. 226, §3º da Constituição Federal e do art. 1.723 do Código Civil.

Ilustrando essa fundamentação, o voto do Ministro Ricardo Lewandowski faz referência à aprovação pela Assembleia Constituinte, de emenda de autoria de Roberto Augusto, demonstrando que os constituintes debateram o assunto e decidiram pela impossibilidade de abrigar a união de pessoas do mesmo sexo no conceito jurídico de união estável.

Entretanto, o direito ao reconhecimento das uniões homoafetivas resultaria de leitura sistemática do art. 226 da Constituição Federal, com dispositivos relacionados à dignidade, igualdade, liberdade, intimidade e não-discriminação, reconhecida a sua autoaplicabilidade, sem necessidade de intermediação legal.

Desse modo, cabe ao intérprete integrar a lacuna, com a utilização da analogia com a disciplina da união estável. Implicitamente, essa segunda linha de fundamentação passa pela consideração da possibilidade da eficácia horizontal imediata do direito fundamental de tutela familiar das uniões estáveis.

6. Conclusões.

Este trabalho teve por objetivo analisar o desenvolvimento que conduziu o Supremo Tribunal Federal ao reconhecimento das uniões homoafetivas. Os julgados obtidos não foram muitos e sua leitura revela que a aplicação prática da teoria era comedida até 2011. Os ministros reservavam à eficácia horizontal, um papel subsidiário.

A leitura dos acórdãos em que a utilização da teoria teve relevância, demonstra que os julgadores não encontram, em nosso sistema jurídico, grandes dificuldades para reconhecer a possibilidade da incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, nos casos de lacuna legislativa. Isso fica muito claro no julgamento da ADPF nº 130, em que a maioria dos ministros sentiram-se tranquilos para decidir que os dispositivos da Lei de Imprensa que disciplinavam o direito de resposta, não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988. O juiz fixaria as condições do Direito, no caso concreto.

De outro lado, embora inexista decisão que aponte, de modo expresso, que o Supremo Tribunal Federal adota a teoria da eficácia horizontal em sua modalidade indireta, ao julgar a ADPF nº 132 e ADI nº 4277, os ministros expressam prestígio às soluções presentes no campo legislativo, valorizando a lei civil, interpretando-a conforme a Constituição, ao invés de reconhecer a lacuna legal.

Pode-se afirmar que os julgadores parecem considerar as críticas sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sobretudo aquelas que apontam para a possibilidade de excessos da intervenção judicial, por serem poucos os casos em que os votos fazem recurso à teoria, e por entenderem que a possibilidade da eficácia direta se restringe à hipótese de lacuna legal.

Da leitura dos votos depreende-se que os julgadores identificaram que no momento da redação da Constituição vigente, os constituintes tiveram clara intenção de inviabilizar o reconhecimento de entidades familiares na união entre pessoas do mesmo sexo. Mas assim como avançou a aceitação social das pessoas LGTQIA+, progressivamente mais integradas à sociedade, também avançou o entendimento de que o poder normativo da Constituição e a efetividade dos seus direitos não depende apenas de seu texto, mas da vontade dos agentes sociais, inclusive dos órgãos do Poder Judiciário.

Desta forma, reconhecido o direito de formação familiar entre pessoas do mesmo sexo, sua eficácia se espalha horizontalmente na sociedade, o que confere fundamento normativo suficiente para a tutela judicial das famílias homoafetivas, inclusive no âmbito de regulamentação dos Registros Públicos pelo Conselho Nacional de Justiça, facilitando o casamento e união entre pessoas do mesmo sexo

REFERÊNCIAS

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *Shelley v. Kraemer* 334 U.S. 1 (1948). Disponível em <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/334/1.html>, [23/06/2019].

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Marsh v. State of Alabama*, nº 114, (1946). Disponível em <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/326/501.html>, [23/06/2019].

HESSE, Konrad. MENDES, Gilmar Ferreira (trad). *Força normativa da constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais: Eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. Análise da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã*. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos. vol. 1. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais* 5ª ed., Porto alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHWABE, Jürgen (coletânea original). MARTINS, Leonardo (org). HENNING, Beatriz, MARTINS, Leronardo, CARVALHO, Mariana Bigelli de, CASTRO, Tereza Maria de, FERREIRA, Vivianne Geraldés (trad). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.