XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL I

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

RIVA SOBRADO DE FREITAS

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais 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
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

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

---

D597

Direito civil constitucional I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Fernando Gustavo Knoerr; Riva Sobrado de Freitas. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-696-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL I

Apresentação

Realizou-se em Porto Alegre - RS, entre os dias 14 a 16 de novembro de 2018, o XXVII Congresso Nacional do Conpedi, com o tema Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito.

Com a participação ativa de professores, pesquisadores, mestrandos e doutorandos de todo o país, o evento revela o amadurecimento acadêmico e a aproximação da teoria à realidade social, assim, contribuiu significativa e democraticamente para a exposição de ideias, para o desenvolvimento de debates acadêmicos e para a apresentação dos resultados das pesquisas realizadas atualmente pelos Programas de Pós-Graduação em Direito do Brasil.

Os artigos científicos apresentados especificamente ao Grupo de Trabalho de Direito Civil Constitucional I durante o XXVII Congresso Nacional do Conpedi, ultrapassam o comprometimento dos pesquisadores brasileiros com o desenvolvimento do pensamento jurídico estratégico nas empresas, atinge, sobretudo, o fortalecimento dos estudos voltados para a constante constitucionalização do direito civil e suas relações de natureza privada.

Nesse sentido, em uma perspectiva disciplinar, interdisciplinar e pluridisciplinar, própria dos tempos atuais, foram apresentados e/ou debatidos no âmbito do GT de Direito Civil Constitucional I, temas absolutamente relevantes para o desenvolvimento do Direito no Brasil, tais como: Indenização nas relações de família; A compatibilidade constitucional da eutanásia com o ordenamento jurídico do brasil por meio do neoconstitucionalismo; A dicotomia entre direito público e privado sob a perspectiva da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares; A função social dos contratos e sua expressão a partir do princípio da solidariedade: um exemplo de constitucionalização do direito civil brasileiro; A multipropriedade imobiliária e a rediscussão do princípio numerus clausus; Análise de coesão do conceito da função social do contrato na doutrina; Análise dos limites ao duplo grau de jurisdição: Possibilidade legal ou infração constitucional? Da união poliafetiva e suas implicações no mundo contemporâneo; Estatuto da pessoa com deficiência, direitos fundamentais e os conflitos diante da realidade empírica: breves apontamentos sob a ótica do direito e da psiquiatria; Função e limites da igualdade no direito privado; O conceito de pessoa com deficiência e a proposta de um diálogo de cortes: análise da sua significação no sistema interamericano de direitos humanos e na jurisprudência dos tribunais superiores;

O direito civil constitucional: novo paradigma do direito privado no ordenamento jurídico brasileiro; O emprego da legitimação fundiária sobre as áreas de titularidade privada: um exame acerca da proporcionalidade do artigo 23 da lei 13.465/17; Propedêutica da verdade no direito processual constitucional brasileiro; Transparência nas relações médico-paciente: a informação à luz dos direitos da personalidade; Usucapião extrajudicial: Introdução do instituto no ordenamento pátrio e os problemas decorrentes de falhas legislativas à luz de direitos fundamentais.

Diante da atualidade e relevância dos temas abordados, a preocupação acadêmica expressada nos trabalhos, bem como pertinência temática com a realidade, espera-se que a publicação dos artigos apresentados durante o evento possa contribuir ainda mais para o desenvolvimento do ensino e da pesquisa do Direito Civil Constitucional no país, mas também para o fortalecimento ainda maior da base de dados disponível para o trabalho acadêmico de professores, alunos e pesquisadores do Direito.

Prof. Dr. Riva Sobrado de Freitas – UNOESC

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr – UNICURITIBA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

INDENIZAÇÃO NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA

INDEMNIFICATION IN FAMILY RELATIONS

Michele Martins da Silva
Riva Sobrado De Freitas

Resumo

Este artigo científico visa analisar a Apelação Cível n. 2013.062427-1, que admitiu danos morais em razão da violação do dever conjugal de fidelidade recíproca na entidade familiar do casamento; para tanto, salienta a importância da família a partir da Constituição Federal de 1988, examina o dever de fidelidade dos cônjuges, a eficácia mediata e imediata dos direitos fundamentais, a vinculação dos particulares a direitos fundamentais, o cabimento ou não de danos morais nas relações de família; de forma a concluir que necessária previsão de responsabilização civil própria para conflitos advindos das relações de família, dada a sua complexidade e importância.

Palavras-chave: Casamento, Responsabilidade civil, Vinculação dos particulares a direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

This scientific article aims to analyze the Civil Appeal n. 2013.062427-1, who admitted moral damages because of the violation of the conjugal duty of fidelity in the family entity of the marriage; for that purpose, stresses the importance of the family from the Federal Constitution of 1988, examines the duty of fidelity of the spouses, the immediate and immediate effectiveness of fundamental rights, the attachment of individuals to fundamental rights, whether or not moral damages in relations family's; concluding that it is necessary to predict civil responsibility proper to conflicts arising from family relationships, given their complexity and importance.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Marriage, Civil responsability, Linking individuals to fundamental rights

1. INTRODUÇÃO

A concepção de família, a partir da CF 88, passou a ser vinculada à dignidade da pessoa humana, importando em considerável promoção de direitos individuais, que sofrem adaptações, em razão da influência de novos padrões de vida e pela própria mutabilidade do ser humano.

Estas constantes adaptações dão ensejo a conflitos e situações que requerem regramentos para solucioná-los. Todavia, quando não há regramento específico, os conflitos são resolvidos através de construções jurídicas, nem sempre adequadas.

Como é o caso de conflitos envolvendo violação do dever de fidelidade recíproca no casamento, em que um dos cônjuges busca indenização por danos morais.

A presente pesquisa, neste contexto, busca analisar um julgado do TJSC, de 2014, que admitiu danos morais em razão da violação do dever conjugal de fidelidade recíproca na entidade familiar do casamento, com base nos artigos 186 e 927 do CC, relativos ao Direito das Obrigações.

2. FAMÍLIA

A família é o organismo social mais antigo que existe, visto que desde os primórdios o homem procurou viver em conjunto e em sociedade com outros de sua espécie, a fim de assegurar sua sobrevivência e sua existência.

Cada uma destas sociedades apresenta uma instituição familiar única, devido a sua cultura e evolução histórica. E cada sociedade também sofre, ao longo dos anos, adaptação, pela influência de novos padrões de vida e pela própria mutabilidade do ser humano. Donde surgem novos conflitos e situações que impõe regramentos para sua solução.

Em razão da importância da família, esta, segundo a Constituição Federal de 1988, se tornou a base da nossa sociedade, e por isso é deveras importante manter sua coesão e solidariedade entre os seus membros, pois essa coesão colabora para a honradez da sociedade como um todo, visto que, em seu seio, há oportunidades para o desenvolvimento de atributos psíquicos como a arte de administrar, controlar ou moderar os próprios impulsos.

Assim, com a Constituição Federal de 1988 foi adotado um poliformismo familiar em que arranjos multifacetados se tornaram aptos a constituir o núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado", com a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

Não mais apenas a família como entidade familiar passou a ser protegida; conforme mencionado acima, a partir da Constituição Federal de 1988, o indivíduo passou a ser protegido na sua individualidade; passaram a ser considerados e protegidos pela CF88 seus direitos fundamentais no âmbito familiar.

A proteção à família, direcionada à pessoa de cada um dos seus integrantes, passou a ser garantida independentemente da forma de sua constituição.

Dessa forma, a concepção de família social e constitucional, a partir da CF 88 passou a ser vinculado à dignidade da pessoa humana, importando em considerável promoção de direitos às entidades familiares então reconhecidas.

3. DEVER DE FIDELIDADE RECÍPROCA

De outra monta, importante adentrar em outro assunto, relacionado ao Direito de Família, a fim de ter subsídios para a posterior análise de uma decisão judicial que será realizada na presente pesquisa.

Uma das entidades familiares, reconhecida pela CF88 é o casamento. O casamento, de acordo com o nosso ordenamento jurídico, é uma comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Para Venosa (VENOSA, 2007, p. 26) o casamento “trata-se, pois, de negócio jurídico complexo, com características de negócio jurídico e de instituição”. Ressalta, ainda, que do ponto de vista da instituição casamento, se observa a vida em comum, os direitos e os deveres dos cônjuges, a educação dos filhos. (VENOSA, 2007, p. 26)

O casamento, assim, gera efeitos sociais, pessoais e patrimoniais, que estão previstos no ordenamento jurídico, no art.1565 e seguintes do CC.

Os efeitos sociais dizem respeito às consequências jurídicas advindas do casamento, da comunhão de vida constituída perante a sociedade, ou melhor, da criação da família, como

a mudança do estado civil e o estabelecimento do vínculo de parentesco por afinidade entre um cônjuge e os parentes do outro.

Os efeitos pessoais decorrem dos direitos e dos deveres dos cônjuges. Dentre os quais, o dever de fidelidade recíproca, de vida em comum, de mútua assistência, de sustento, guarda e educação dos filhos, de respeito e consideração mútuos, apontados no art. 1566 do CC. Deveres estes que devem ser respeitados, com base no princípio da igualdade, disposto no art. 1511 do CC e na CF, por ambos os cônjuges.

Dentre outros, a fidelidade recíproca diz respeito à exclusividade do cônjuge às relações sexuais (FREITAS, 2012).

Sobre o dever de fidelidade recíproca dos cônjuges, são os ensinamentos doutrinários de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2009, p. 57):

> O primeiro dos deveres do casamento, fixado como o da fidelidade recíproca e que se encarta dentro da própria lealdade prevista para a união estável e cujo conceito, por mais amplo, deveria ter sido usado inclusive para o matrimônio, pode ser considerado como o mais grave dentro os impostos aos cônjuges, ainda que não mais constituindo infração penal, como antes constituía.

Destaca-se que nossa cultura impõe o vínculo afetivo, espiritual e físico entre os cônjuges. Sendo assim a fidelidade recíproca uma consequência natural do casamento.

Outrossim, importante acrescentar que o casamento poderá ser dissolvido, dentre outros, pelo divórcio, que poderá ser requerido com a alegação da ruptura da vida em comum, bastando, para tanto, apenas a arguição da impossibilidade da reconstituição da vida conjugal e insuportabilidade da vida conjugal, sem a exigência, na maioria dos casos, de provas cabais da insuportabilidade e sem a comprovação de culpa.

De forma que qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial ou divórcio, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum. (Art. 1572 e 1573, do CC)

Assim, salienta-se que o eventual descumprimento dos deveres do casamento, em regra, não se resolve em perdas e danos, como nas obrigações, mas dá ensejo ao divórcio, figura do Direito de Família; (Welter) uma vez que o direito de família não prevê a possibilidade de responsabilidade civil em razão de violação de deveres conjugais.

Não obstante, parte da doutrina entende que por violar algum ou vários dos deveres conjugais, o cônjuge poderá responder civilmente, (Fonseca, 2012) de acordo com as regras do Direito das Obrigações.

Neste sentido, Fonseca (2012) complementa:

> A resposta do direito das obrigações ao anseio não atendido pelas regras do direito de família, é uma indenização pela dor, pela angústia e pelo sofrimento, toda vez que a causa da dissolução do vínculo matrimonial tenha relevância e cause grave humilhação e ofensa contra um dos cônjuges.

Os sentimentos que sobrepujam a esfera normal de um sentimento de perda, como: vexames, privações sociais, econômicas, constrangimentos, dores, depressão, angústia, injúria, sevícia e abalo no amor próprio, compelindo ainda aos consortes preservar a dignidade de ambos, que poderão caracterizar o dano indenizável nas relações conjugais. Não obstante, este dano deverá ser comprovado. (Silva, 2013)

Neste caso, a responsabilidade civil deverá ser demonstrada pela ação ou omissão do agente, pela ocorrência de dano, pela culpa e pelo nexo de causalidade. Provando a responsabilidade civil do cônjuge causador dos danos morais, este terá que indenizar o outro cônjuge, compensando, assim, a dor e o sofrimento causado na constância da união.(Fonseca, 2012)

Fonseca (2012) ressalta que:

> A função do processo indenizatório, também se insere a função preventiva ou social, pois, desaconselha o autor do dano, o cônjuge descumpridor das obrigações matrimoniais, a não repetir a conduta no futuro, gerando nele um processo de conscientização, e produzindo imediatos reflexos sociais.

Já para Maria Berenice Dias (2013), por mais que seja uma prerrogativa da lei, a fidelidade não poderá ser objeto de demanda ao judiciário. Não se poderá exigir seu adimplemento como uma simples obrigação de fazer. Finaliza, dessa forma, que se a fidelidade não é um direito exequível, por suposto que a infidelidade, não sendo mais requisito para a separação, dispensaria a necessidade da fidelidade como um dever conjugal. Data vênia, ninguém é fiel por que a lei assim o exige, mas sim pela sinceridade de sentimentos que norteiam a relação conjugal. Portanto, sendo cabível sua reclamação judiciária somente para a dissolução matrimonial. (Silva, 2013)

Portanto, a doutrina, aqui representada por dois autores, é divergente quanto ao cabimento de indenização por danos morais resultante de traição – violação de deveres conjugais.

4. EFICÁCIA MEDIATA E IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Igualmente para a análise do julgado estudado nesta pesquisa se fazem necessários alguns apontamentos acerca da eficácia mediata e imediata dos direitos fundamentais.

Neste contexto, convém consignar que devido a evolução cultural e histórica da sociedade, esta, bem como, a entidade familiar, sofreram adaptações pela influência de novos padrões de vida e pela própria mutabilidade do ser humano; donde surgiram conflitos e situações que requereram regramentos para solucioná-los.

Há tempos que o Estado não é o único que tem poder, de forma que a teoria dos direitos fundamentais como limite ao poder precisava ser atualizada. (Steinmetz, 2004, p. 85)

Neste sentido, Steinmetz (2004, p. 85) assevera que "no mundo contemporâneo, pessoas e grupos privados não só detêm poder político, econômico e ideológico como também desenvolvem lutas de e pelo poder".

O poder não é somente fenômeno político em sentido estrito, cuja manifestação se dá nas relações intra-estatais e entre Estado e particulares. O poder é fenômeno social em sentido amplo, porque se manifesta nas múltiplas relações sociais, sejam elas verticais, sejam elas horizontais"; (Steinmetz, 2004, p. 89) razão ela qual necessária a sua proteção.

Ainda, segundo Bobbio, a melhor interpretação de poder é a de um conceito relacional, (Steinmetz, 2004, p. 86) onde um sujeito restringe a liberdade de outro sujeito. (Steinmetz, 2004, p.87)

Assim, a fim de regular as relações entre particulares e Estado, a Constituição Federal previa a eficácia vertical dos direitos fundamentais, todavia, diante da necessidade de solução de novos e mais complexos conflitos, conflitos entre particulares, passou a ser necessária a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. (Novelino, 2013)

Oportuno acrescentar:

> "[...]a Constituição não mais se limita a normatizar as relações intra-estatais e as relações verticais entre os indivíduos e o Estado. Ela tem também a pretensão de conformar âmbitos das relações sociais estratégicos para a preservação e desenvolvimento da vida em comunidade. A Constituição apresenta-se como uma estrutura (ordem) normativa básica (fundamental) do Estado e da sociedade. Deixou de ser um exclusivo instrumento de governo (*instrument os government*) para ser também um instrumento da sociedade". (Steinmetz, 2004, p. 90/91)

Salienta-se que cabe ao Estado (Legislativo e Judiciário subsidiariamente) em razão da função dos direitos fundamentais como direitos a proteção do particular, proteger os direitos fundamentais da violação provocada por outros particulares. (Steinmetz, 2004, p. 151)

Para a proteção das relações entre particulares, com a irradiação da CF88, a interpretação da legislação infraconstitucional a partir da Constituição Federal, e principalmente com a influência dos direitos fundamentais, o direito privado começou a ser personificado, havendo a crescente valorização da pessoa e da sua dignidade, como também, da solidariedade e da igualdade. (Tartuce, 2015)

Ressalta-se que os direitos fundamentais, como direitos a proteção (direito a proteção são os direitos do titular de direito fundamental ante o Estado para que este o proteja de intervenções de terceiros - Estados estrangeiros, organizações supranacionais ou particulares) e a vinculação dos particulares a direitos fundamentais, são construções dogmáticas parcialmente convergentes, devendo o poder judiciário proteger os particulares de lesão ou ameaça de lesão de direitos fundamentais provocada por outros particulares. (Steinmetz, 2004, p. 131)

Importante, contudo, asseverar que os direitos fundamentais irradiam seus princípios a toda norma jurídica, sem, porém, um critério ou forma de aplicação, sendo uma construção dogmática aberta, aplicada casuisticamente pelos juízes e tribunais, ligada ao principio da supremacia da constituição. (Steinmetz, 2004, p. 125)

Dessa forma, importante conceituar e diferenciar as normas de direitos fundamentais, pois, segundo Alexy (2014, p. 91), normas de direitos fundamentais podem ser princípios ou regras.

Quando princípios, são mandamentos de otimização, ou seja, “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.” (Alexy, 2014, p. 91) Regras “[...] são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. [...] contêm, portanto determinações no âmbito daquilo que é fática ou juridicamente possível”. (Alexy, 2014, p. 91)

A diferença entre regras e princípios pode ser observada nos casos de colisão, porque a solução do conflito é diferente conforme se trate de regras ou princípios. (Alexy, 2014, p. 91-92)

“Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida”. (Alexy, 2014, p. 92) Se não houver cláusula de exceção, a solução passa pelas regras gerais do conflito entre normas como o critério cronológico e de especialidade. De qualquer forma, a decisão será sempre de validade. (Alexy, 2014, p. 93)

Um princípio precede a outro quando o peso (razões suficientes) de um é maior do que o peso de outro, no caso concreto. (Steinmetz, 2004, p. 208)

Os conflitos de princípios podem ser solucionados através da lei de colisão e da ponderação de bens, estruturada pelo princípio da proporcionalidade. (Steinmetz, 2004, p. 207)

Todos os direitos fundamentais, constitucionalmente consagrados, “independentemente da forma e força constitucional que lhes é atribuída podem ter de ceder perante a maior força ou peso que apresentem, no caso concreto, os direitos, bens, princípios ou interesses de sentido contrário.” (Novaes, 2006, p. 50)

Neste sentido, Steinmetz (2004, p. 210) aduz que:

> “[...] as estruturas de ponderação a que se refere a teoria dos princípios de Alexy – que são, em última análise, estruturas de argumentação racional – ganham forma pelo princípio constitucional da proporcionalidade e seus três elementos.”

Os três elementos são o princípio da adequação; o princípio da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, cujos breves conceitos seguem respectivamente citados abaixo:

Adequação: “Trata-se de examinar se o meio é apto, útil, idôneo ou apropriado para atingir ou promover o fim pretendido.” (Steinmetz, 2004, p. 212)

Necessidade: “[...] ordena que se examine se, entre os meios de restrição disponíveis e igualmente eficazes para atingir ou promover o fim pretendido, o escolhido é o menos restritivo [...] ao(s) direito(s) fundamental(is) em questão.” (Steinmetz, 2004, p. 213)

Proporcionalidade em sentido estrito: O princípio da proporcionalidade em sentido estrito é o equilíbrio ou a justa medida entre a restrição e a finalidade pretendida. (Steinmetz, 2004, p. 214)

Para uma ponderação adequada se faz imprescindível inicialmente identificar o conflito e os interesses materiais em confronto no caso concreto. O interesse material em confronto com o direito fundamental terá que, igualmente, visar o “reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros, a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem estar numa sociedade democrática.” (Novaes, 2006, p. 55)

A força de resistência do direito fundamental variará em “função do peso e alcance da particular dimensão afetada nas circunstâncias da situação concreta”. (Novaes, 2006, p. 56)

Cumpre salientar que o fenômeno da colisão de direitos fundamentais se materializa quando, *in concreto*, o exercício de um direito fundamental por um titular obstaculiza, afeta ou restringe o exercício de um direito fundamental de outro titular. (Steinmetz, 2004, p. 133)

Um particular que atenta contra o direito fundamental de outro particular, nem sempre o faz no exercício de um direito fundamental. (Steinmetz, 2004, p. 131) assim, ressalta-se que entre particulares haverá colisão de direitos, nem sempre todos fundamentais, uma vez que ambos particulares são titulares de direitos fundamentais, razão pela qual necessária uma ponderação utilizando-se o princípio da proporcionalidade.

Não obstante, nas relações entre particulares é recorrente a colisão entre direito fundamental e autonomia privada.

Os direitos fundamentais são limites, aceitos juridicamente, à autonomia privada; as normas imperativas, as cláusulas gerais (ordem pública, bons costumes, abuso de direito, excesso de poder, boa-fé, probidade, equidade, finalidade econômica, finalidade social, usos do lugar) e os contratos de adesão são, também, limitações à autonomia privada. (Steinmetz, 2004, p. 193) Não obstante, considerando que o princípio da autonomia privada tem assento

constitucional, este opera como fundamento de restrição a direitos fundamentais. (Steinmetz, 2004, p. 202)

Importante e pertinente definir segundo Steinmetz (2004, p. 190), a autonomia privada: "[...] como o poder atribuído pela ordem jurídica aos particulares para que, livres e soberanamente, auto-regulamentem os próprios interesses (direitos, bens, fins, pretensões). A autonomia privada manifesta-se como um poder de autodeterminação e de autovinculação dos particulares."

Portanto, os direitos fundamentais estão previstos na CF88, e são garantidos por esta. Conforme já mencionado, num primeiro momento os direitos fundamentais existem na relação Estado e particular, ora limitando o Estado e ora determinando que este promova e garanta determinados direitos; contudo, os direitos fundamentais também incidem nas relações entre particulares.

Esta vinculação dos particulares a direitos fundamentais encontra fundamento no principio constitucional da dignidade da pessoa (art. 1º, III da C.F). Como tal, projeta-se sobre o conjunto das normas constitucionais e infraconstitucionais, estabelecendo, com elas, conexões sistemáticas e teleológicas. (Steinmetz, 2004, p. 113)

As normas constitucionais, em relação aos diferentes âmbitos do direito, produzem eficácia jurídica de diferentes modos: direta, indireta, invalidatória, entre outras. A direta as normas constitucionais são aplicáveis imediatamente, são as emendas constitucionais e espécies legislativas infraconstitucional, atos administrativos e decisões judiciais. Indiretas são normas constitucionais que são aplicáveis por desenvolvimento legislativo aos atos administrativos, as decisões judiciais e aos casos concretos. (Steinmetz, 2004, p. 126/127)

A vinculação dos particulares a direitos fundamentais que ocorre indiretamente é tratada pela teoria da eficácia mediata que traduz a vinculação de direitos fundamentais à particulares através de cláusulas gerais. E a teoria da eficácia imediata que traduz a vinculação direta de direitos fundamentais nas relações entre particulares trata da vinculação dos particulares a direitos fundamentais de forma direta.

Importante destacar a incidência indireta dos direitos fundamentais, por meio das cláusulas gerais, ressaltando, neste contexto, de acordo com Nunes (2018) que:

> "[...] a Constituição adota a natureza de tábua axiológica do sistema, sendo o vértice de interpretação das normas infraconstitucionais, assumindo de vez a natureza de

> paradigma epistemológico de interpretação. Para tanto, o legislador optou pela técnica legislativa farta em modelos jurídicos abertos, de modo a integrar o ordenamento, tendo em vista as necessárias inter-relações entre a Constituição Federal, o Código Civil e os microssistemas."

As cláusulas gerais (modelos jurídicos abertos) são "enunciados normativos que carregam conteúdo propositadamente indeterminado e que têm o intuito de propiciar uma adaptação entre o sistema jurídico calcado em normas de conteúdo rígido e uma realidade cambiante a requerer respostas mais ágeis para a solução dos conflitos sociais;" (Nunes, 2018) pois "[...] se o ordenamento comporta cláusulas gerais, é facultado ao juiz adaptar o direito às mudanças sociais, no momento de concretização destes textos legais." (Nunes, 2018) As cláusulas gerais viabilizam a atualização constante das normas, (Nunes, 2018) permitem a interpretação/aplicação sistemática e teleológica do direito, percorrendo os valores contidos na constituição e leis esparsas para conferir o suporte jurídico que a solução do caso exige, (Nunes, 2018) e são dotadas de elevado grau de valoração e generalidade que devem ser interpretadas de acordo com o caso concreto, ressaltando os valores presentes na Constituição Federal e no Código Civil. (Nunes, 2018)

Desse modo, a teoria da eficácia mediata determina que as normas de direitos fundamentais produzam efeitos nas relações entre particulares por meio das normas e dos parâmetros dogmáticos, interpretativos e aplicativos, próprios do direito privado (Steinmetz, 2004, p. 137), e traduz a vinculação de direitos fundamentais aos particulares através de cláusulas gerais. Considera e preserva a autonomia privada como princípio fundamental do direito privado e como princípio que deflui do direito geral de liberdade. Assegura a identidade, autonomia e função do direito privado como um todo, sobretudo do direito civil. (Steinmetz, 2004, p. 139)

Autonomia esta que concretiza, em muitos casos, o desenvolvimento da personalidade da pessoa. Eis que a vontade pressupõe reflexão e razões individuais que possibilitam o homem encontra-se existencialmente. (Sarlet, 2013, p. 23) Todavia, apenas a vontade não é capaz de criar direito, ou gerar consequências jurídicas, necessária uma manifestação concludente disciplinada pelo ordenamento jurídico, ou não contrária a este, obedecendo os pressupostos de validade; (Sarlet, 2013, p. 23) esta autonomia é a autonomia privada. (A autonomia privada – manifestação de liberdade – é um dos meios de realização da dignidade da pessoa humana.) (Meireles, 2009)

Outrossim, interessante mencionar que segundo Steinmetz (2004, p. 143): "[...] A teoria da eficácia mediata postula que as normas de direitos fundamentais nas relações entre os particulares produzem efeitos por meio da intervenção dos poderes públicos (Legislativo e Judiciário)". Pode, assim, apresentar-se sob diferentes matizações (variações). Dentre elas: concretização legislativa, devendo ser protagonizada preferentemente pelo legislador e na ausência deste cabe ao juiz decidir o caso concreto por meio de cláusulas gerais do direto privado preenchidas pelo conteúdo valorativo do direito fundamental em jogo, ainda, na ausência de desenvolvimento legislativo e na impossibilidade de decidir o caso pelo recurso de cláusulas gerais, aplica-se imediatamente as normas de direitos fundamentais. (Steinmetz, 2004, p. 148) Caso não haja regulação legislativa específica ou caso esta seja insuficiente, poderá o juiz decidir o caso concreto utilizando as cláusulas gerais preenchidas axiojusfundamentalmente. (p. 198)

Já a teoria da eficácia imediata traduz a vinculação direta de direitos fundamentais nas relações entre particulares.

De acordo com Naranjo de La Cruz: "a teoria da eficácia imediata revela que os direitos fundamentais, em sua dupla vertente subjetiva e objetiva, constituem o fundamento de todo o ordenamento jurídico e são aplicáveis em todos os âmbitos de atuação humana de maneira imediata, sem intermediação do legislador"; (Steinmetz, 2004, p. 167) de forma que "operam eficácia independentemente da existência de regulações legislativas específicas ou do recurso interpretativo-aplicativo das cláusulas gerais do direito privado." (Steinmetz, 2004, p. 168)

Todavia, segundo Steinmetz (2014, p. 273) "[...]não se trata de uma eficácia imediata linear, absoluta, universal e definida, abstratamente, de uma vez por todas. É, isto sim, uma eficácia imediata "matizada" ou "modulada"."

Conveniente acrescentar, segundo Steinmetz(2014, p. 271) que:

> "No marco da ordem constitucional da República Federativa do Brasil, os melhores argumentos corroboram a tese de que direitos fundamentais – exceto, evidentemente, aqueles direitos fundamentais cujos sujeitos passivos ou destinatários são exclusivamente os poderes públicos – vinculam imediata ou diretamente particulares. A teoria da eficácia imediata (i) é uma construção dogmática que toma a sério os direitos fundamentais, (ii) é consistente e consequente com a posição constitucional especial e preferencial desses direitos e com o conceito de uma Constituição como estrutura normativa básica (fundamental) do Estado e da

> *sociedade,* e (iii) está sintonizada com o projeto – um projeto que não é somente jurídico, mas também ético e político, sobretudo no marco de uma sociedade tão desigual e injusta socialmente como a brasileira (v. Capítulo II, item 2.1, *retro)* – de máxima efetividade social dos direitos fundamentais. Esses são argumentos possíveis no plano de uma teoria constitucionalmente adequada da CF."

Destarte, segundo Steinmetz (2014, p. 266), as duas teorias, da eficácia mediata e imediata se complementam e garantem a eficácia de direitos fundamentais como princípios objetivos de todo ordenamento jurídico.

5. CASO CONCRETO

Feitos os apontamentos necessários, passa-se a análise de um caso concreto.

Dentre a jurisprudência nacional a respeito do tema, será analisado um caso concreto, levando em consideração todo o estudo desenvolvido nesta pesquisa, no qual o dano moral restou configurado, qual seja:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO C/C PARTILHA DE BENS E DANO MORAL. VIOLAÇÃO DOS DEVERES DO CASAMENTO. INFIDELIDADE CONJUGAL. ADULTÉRIO. RECURSO DO RÉU. INDEFERIMENTO DA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO DAS CONTAS DA AUTORA. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. TODAVIA, MEDIDA QUE PODE SER SUPRIDA NESTA INSTÂNCIA. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO QUE SE IMPÕE, A FIM DE EVITAR PROLONGAMENTO DESNECESSÁRIO DO ENTRAVE JUDICIAL. EVENTUAIS VALORES APURADOS QUE DEVERÃO SER PARTILHADOS EM FASE PROCESSUAL OPORTUNA (PARTILHA). PRELIMINAR AFASTADA. PROVA INEQUÍVOCA DA TRAIÇÃO CONJUGAL. SITUAÇÃO GERADORA DE CONSTRANGIMENTO. DANO MORAL CONFIGURADO. PRECEDENTES DE DIVERSOS TRIBUNAIS PÁTRIOS. VERBA ARBITRADA EM QUANTIA ADEQUADA, DIANTE DA EXTENSÃO DA OFENSA E CAPACIDADE ECONÔMICA DAS PARTES, ALÉM DO CARÁTER DIDÁTICO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS COM BASE NO VALOR DA CAUSA. DESCABIMENTO. APLICAÇÃO DO ART. 20, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2013.062427-1, de Joinville, rel. Des. Domingos Paludo, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 26-06-2014).

Segundo o relatório desta decisão, G. C. M. promoveu ação de divórcio c/c partilha de bens e danos morais contra N. R. M., na qual o "Juízo originário julgou procedente os pedidos para decretar o divórcio das partes, determinar a partilha dos bens do casal, condenar o réu ao pagamento de R$ 10.000,00 por danos morais causados, bem como ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da causa. Inconformado, N. R. M. interpôs apelação, requerendo, preliminarmente, a nulidade da sentença, ante o cerceamento de defesa, uma vez que sem a quebra de sigilo bancário da apelada, não haverá partilha igualitária dos bens adquiridos na constância do matrimônio. No mérito, dentre outros, a inexistência de dano moral, pois houve o perdão da traição conjugal, tanto que continuaram casados por 10 meses após a notoriedade dos fatos, inclusive, morando sob o mesmo teto, o que, por si só, caracteriza o perdão tácito; [...] a ausência de nexo de causalidade, pois já estava em tratamento psicológico antes da descoberta da traição conjugal; a redução do quantum indenizatório. [...]" (TJSC, Apelação Cível n. 2013.062427-1, 2014)

Segundo o entendimento do relator, a violação de um dos deveres dos cônjuges, ditos acima, ensejou na possibilidade, além da ruptura da sociedade conjugal, de reparação pecuniária por dano de cunho moral. (TJSC, Apelação Cível n. 2013.062427-1, 2014)

Para tanto ficaram configurados no caso: fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência; ocorrência de um dano patrimonial e/ou moral; nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente.

De forma que, o relator entendeu que o dano moral restou configurado, pois caracterizou ato ilícito, em razão da manutenção de relacionamento extraconjugal, por longo período, havendo assim dever de reparar o dano. (TJSC, Apelação Cível n. 2013.062427-1, 2014)

Interessante salientar algumas questões:

Em razão de não haver regra específica para a solução do conflito, foi aplicada uma cláusula geral do Direito das Obrigações.

De acordo com as circunstâncias do caso esta cláusula geral foi preenchida axiojusfundamentalmente.

Esta cláusula geral está prevista no art. 186 do CC e expressa: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

O cabimento deste art. 186 do CC depende de no caso concreto ser configurado um ato ilícito. Sendo configurado ato ilícito, este gerará, em regra, caso seja comprovado dano, responsabilidade civil para reparar o dano sofrido.

Outrossim, igualmente oportuno ressaltar que a legislação infraconstitucional previu no capítulo que trata acerca da eficácia do casamento do Código Civil regras para o casamento; dentre elas, previu deveres, como o de fidelidade recíproca, para os cônjuges, durante a relação conjugal.

No capítulo, do mesmo diploma, que trata sobre a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, resta previsto que “qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.” (art. 1572 CC) Ainda, prevê em seu art. 1573 que podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de alguns motivos, como o adultério.

De forma que a violação dos deveres conjugais poderá ocasionar, de acordo com a legislação citada, razão para a dissolução do casamento; não havendo, no Direito de Família, previsão de indenização em razão da violação dos deveres conjugais, dispostos no art. 1566 do CC.

Não obstante, convém salientar que atualmente não há necessidade de motivar o pedido de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, bastante a alegação de impossibilidade de comunhão de vida.

Ocorre que há casos em que um dos cônjuges busca, através da tutela jurisdicional, reparação por danos extrapatrimoniais provocados durante a constância do casamento, ante a violação de deveres conjugais. Como já mencionado, o Direito de Família não prevê solução para estes conflitos; de forma que é utilizada, em alguns casos, como já mencionado, as regras do Direito das Obrigações, relativas à responsabilidade civil por ato ilícito, previstas nos artigos 186 e 927 do CC.

Não constituindo ato ilícito, previsto no direito das obrigações, não há que se falar em responsabilidade civil, disposta no art. 927 do CC, qual seja: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Quando o dano moral for cabível, de acordo com a doutrina dominante e jurisprudência, imprescindível que haja a configuração do ato ilícito. Observando-se, igualmente, que nem todo ato ilícito é indenizável.

Haverá obrigação de indenizar quando, segundo Regina Beatriz Tavares da Silva, "o ato ilícito é praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual", sendo imprescindível que haja: "a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência; b) ocorrência de um dano patrimonial e/ou moral [...]; c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente" (Código Civil Comentado, 2010, p. 157).

A responsabilidade civil subjetiva pressupõe, assim, a demonstração da culpa ou dolo do agente, do nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano, e o prejuízo "que viole qualquer valor inerente à pessoa humana ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada" (Noronha, 2003, p. 474).

Contudo sem a comprovação dos requisitos insculpidos no art. 186 do Código Civil, não há que se cogitar responsabilidade civil subjetiva por ato ilícito.

Quanto ao caso concreto acima citado, observa-se que a violação do dever de fidelidade recíproca, por um dos cônjuges restou configurado como ato ilícito. Os danos extrapatrimoniais ao outro cônjuge foram comprovados, gerando a responsabilidade de reparar os danos extrapatrimoniais, de acordo com as regras do direito das obrigações (art. 186 e 927 do CC), utilizando-se uma cláusula geral preenchida axiojusfundamentalmente.

Contudo, importante consignar que o dever de fidelidade não foi previsto como ato ilícito pela legislação infraconstitucional, que não há sanção prevista ante sua violação, que a sua violação é apta, em tese, para gerar a impossibilidade de vida conjugal, que a violação ao dever de fidelidade não gera um direito subjetivo para o outro cônjuge; de forma que não preenche os requisitos para configuração de um ato ilícito, conforme o art. 186 do CC.

E não configurado um ato ilícito, não há que se falar em responsabilidade de reparar, não sendo passível de indenização eventual dano causado.

Ademais, considerada a violação ao dever de fidelidade como ato ilícito, ainda assim, o dano deveria ser amplamente comprovado a fim de gerar uma responsabilidade civil de indenizar, o que não é tarefa fácil quando se trata de danos morais, pois a simples violação do dever de fidelidade não gera automaticamente esta responsabilidade.

Se for considerado que o casamento é, de acordo com Maia (2008. p. 22), um negócio jurídico, pessoal e solene ou de acordo com o conceito de Venosa, já mencionado nesta pesquisa, que possui as características de um acordo de vontades que busca efeitos jurídicos, deverá ser respeitado como um negócio jurídico que é, de acordo com a legislação específica, de forma que se não estiver estipulado neste, previsão de responsabilidade civil, em regra, esta não terá cabimento.

Não obstante, deve ser considerada a complexidade das relações de família, da importância que esta entidade tem para a sociedade e da proteção constitucional a esta deferida.

Deveras oportuno o ensinamento do Ministro César Asfor Rocha (REsp 757.411/MG, 2006, p.299):

> "Destarte, tudo quanto disser respeito às relações patrimoniais e aos efeitos patrimoniais das relações existentes entre parentes e entre os cônjuges só podem ser analisadas e apreciadas à luz do que está posto no próprio Direito de Família. Essa compreensão decorre da importância que tem a família, que é alçada à elevada proteção constitucional como nenhuma outra entidade vem a receber, dada a importância que tem a família na formação do próprio Estado. Os seus valores são e devem receber proteção muito além da que o Direito oferece a qualquer bem material."

Pois o casamento é mais do que um negócio jurídico ou que uma obrigação, com direitos e deveres recíprocos, pois envolve afeto, envolve uma comunhão plena de vida entre duas pessoas.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, não se demonstra adequada a utilização das regras previstas na cláusula geral de indenizar do Direito das Obrigações para as relações e conflitos de família, sendo

imprescindível previsão de responsabilização civil e reparação de danos própria para estes conflitos.

Destarte, outra possibilidade para a solução destes conflitos seria por meio de uma construção jurídica diversa, através da vinculação dos particulares a direitos fundamentais de forma imediata, pois de acordo com Steinmetz (2014, p. 295) esta leva em consideração os direitos fundamentais em colisão e as circunstâncias relevantes do caso, dando a importância que estas conflitos advindos das relações de família fazem jus.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014

Código Civil Comentado. 7. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2010.

FONSECA, Alessandro Meyer da. O direito a danos morais nas separações e divórcios litigiosos. **Artigonal**. Disponível em: <http://www.artigonal.com/direito-artigos/o-direito-a-danos-morais-nas-separacoes-e-divorcios-litigiosos-343846.html>. Acesso em: 18 maio 2012.

FREITAS, Ana Thereza Ceita de. Efeitos pessoais do casamento no novo código civil. **Webartigos.com**. Disponível em: <http://www.webartigos.com/articles/1638/1/efeitospessoaisdo casamentononovocoacutedigocivil/pagina1.html>. Acesso em: 18 maio 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de família e das sucessões**. São Paulo: Editora Método, 2009, p. 57.

MAIA, Hilda Augusta Zinilda. **Aspectos destacados do casamento e da união estável na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 2007. TCC (graduação em Direito) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2008.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**, Saraiva, 2003. 1ª ed.. v. 1.

NOVAES, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra Editora, 2006.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: MÉTODO, 2013.

NUNES, Gabriel Turiano Moraes. Cláusulas gerais e o sistema jurídico brasileiro. **Migalhas.** Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03_01_05.htm. Acesso em maio de 2018.

REsp 757.411/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 29/11/2005, DJ 27/03/2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade***:* ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVA, Elene Maria Carvalho. A responsabilidade civil decorrente da quebra dos deveres conjugais. **UniCEUB**. Brasília, 2013. Disponível em: http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5106/1/RA20935275.pdf. Acesso em 05 de junho de 2018.

STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

TJSC, Apelação Cível n. 2013.062427-1, de Joinville, rel. Des. Domingos Paludo, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 26-06-2014

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 6.

WELTER, Belmiro Pedro. **Dano moral na separação judicial, divórcio e união estável**. Disponível em: http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32371-38955-1-PB.pdf. Acesso em 28 de maio de 2018.