

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Rovena Almeida Pinto Andrade

**CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO TÉRMINO DA RELAÇÃO PRÉ-NUPCIAL:
abuso do direito e enriquecimento sem causa**

Belo Horizonte
2016

Rovena Almeida Pinto Andrade

**CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO TÉRMINO DA RELAÇÃO PRÉ-NUPCIAL:
abuso do direito e enriquecimento sem causa**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Adriano Stanley Rocha Souza

Belo Horizonte
2016

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

A553c Andrade, Rovená Almeida Pinto
Consequências jurídicas do término da relação pré-nupcial: abuso do direito e enriquecimento sem causa / Rovená Almeida Pinto Andrade. Belo Horizonte, 2016.
109 f.

Orientador: Adriano Stanley Rocha Souza
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direito de família. 2. Casamento (Direito). 3. União estável. 4. Responsabilidade civil. 5. Abuso de direito. 6. Divórcio - Legislação. I. Souza, Adriano Stanley Rocha. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.627.2

Rovena Almeida Pinto Andrade

**CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO TÉRMINO DA RELAÇÃO PRÉ-NUPCIAL:
abuso do direito e enriquecimento sem causa**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Professor Dr. Adriano Stanley Rocha Souza - PUC Minas (Orientador)

Professora Dra. Taisa Maria Macena de Lima - PUC Minas (Banca Examinadora)

Professor Dr. Aluer Baptista Freire Junior - FADILESTE - (Banca Examinadora)

Professora Dra. Lusia Ribeiro Pereira (Suplente) - PUC Minas (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 02 de fevereiro de 2016.

À minha doce Clarisse

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela oportunidade de participar dessa experiência única e misteriosa que é a vida.

Agradeço aos meus queridos e amados pais, Raimundo e Maria da Consolação pelo incentivo e, por mais uma vez, cuidarem com tanto zelo e carinho da Clarisse. Sem essa valiosa ajuda eu não poderia me deslocar até Belo Horizonte, toda semana, para participar das aulas. Não esquecerei jamais.

Ao meu grande e eterno amor, Clarisse, obrigada por entender minhas ausências, por aturar meu stress quando o prazo para a entrega do artigo estava findando. Agradeço por compreender que os recursos financeiros estavam escassos e não pude atender, de imediato, aos seus desejos tão comuns a todo adolescente. Foi por nós!

Aos meus irmãos, cunhados e sobrinhos pelo companheirismo e por cada palavra de incentivo doada.

Ter amigos é uma experiência valiosa, é não estar só, ter com quem partilhar sorrisos e lágrimas. Agradeço à minha querida amiga Sibebe por me receber em sua residência. Sem sua ajuda tudo seria mais difícil. À minha colega de mestrado Marina Sillmann pela paciência em ouvir o mesmo assunto durante semanas e pela ajuda na dissertação.

André Nelvam, primo querido, obrigada pela ajuda com as questões filosóficas que tanto me atormentaram. Tudo ficou mais fácil após te ouvir. Rafael Nelvam, obrigada pela força no inglês.

Ao meu colega Professor Mestre José Geraldo Hemétrio meu agradecimento pela singela e importantíssima ajuda com o Direito Romano. Agradeço ao meu colega Professor Mestre Leonardo Soares pelas palavras de incentivo, dizendo sempre “vai dar certo”.

Ao meu colega Professor Mestre Nazareno de Ataíde que já está junto ao Pai, agradeço pela amizade e pelos elogios carinhosos a mim dispensados. Saudades!

Ao querido Professor Doutor Aluer Baptista pela confiança no meu trabalho como docente da Fadileste, oportunizando-me conhecer novos lugares, novas pessoas.

Agradeço ao meu querido orientador Professor Doutor Adriano Stanley, com quem inaugurei meus estudos como aluna da disciplina isolada de Responsabilidade

civil por danos aos direitos da personalidade. Em suas aulas senti a excelência do corpo docente e a seriedade do mestrado na PUC Minas.

Há pessoas que têm o dom de transformar a nossa maneira de ver o mundo. Agradeço aos meus professores Doutora Taisa Macena de Lima, Doutora Lúcia Ribeiro Pereira, Doutor Marcelo Galupo, Doutor Leonardo Poli, Doutora Maria de Fátima Freire Sá por dividir seus conhecimentos em suas aulas.

Aos meus alunos, meus incentivadores na busca incessante de qualificação profissional.

*Quando você foi embora fez-se noite em meu viver
Forte eu sou, mas não tem jeito
Hoje eu tenho que chorar
Minha casa não é minha e nem é meu este lugar
Estou só e não resisto, muito tenho pra falar
Solto a voz nas estradas, já não quero parar
Meu caminho é de pedra, como posso sonhar
Sonho feito de brisa, vento vem terminar
Vou fechar o meu pranto, vou querer me matar
Vou seguindo pela vida me esquecendo de você
Eu não quero mais a morte, tenho muito o que viver
Vou querer amar de novo e se não der não vou sofrer
Já não sonho, hoje faço com meu braço o meu viver
Solto a voz nas estradas, já não quero parar
Meu caminho é de pedra, como posso sonhar
Sonho feito de brisa, vento vem terminar
Vou fechar o meu pranto, vou querer me matar
Vou seguindo pela vida me esquecendo de você
Eu não quero mais a morte, tenho muito o que viver
Vou querer amar de novo e se não der não vou sofrer
Já não sonho, hoje faço com meu braço o meu viver
(BRANT; NASCIMENTO, 2002)*

RESUMO

Esta dissertação tem como objetivo principal a análise da forma em que a responsabilidade civil deve ser aplicada quando o litígio versar sobre questões existenciais. O problema está em verificar em quais hipóteses o fim de um relacionamento que precede ao casamento ou união estável pode gerar indenizações por danos morais e materiais. Assim, todos os requisitos do ato ilícito foram analisados, bem como as diferenças existentes entre o ato ilícito puro e o ato ilícito equiparado, chegando-se à conclusão de que o abuso do direito é o instituto mais adequado para o deslinde da questão. Uma vez constatado que o término do relacionamento se deu com abuso do direito, levando o preterido a uma situação de humilhação e vexame público, a condenação por danos morais se impõe, sendo que a condenação por danos materiais dependerá da demonstração do efetivo prejuízo auferido. Outro problema, entretanto, surge quando o término se der de forma lícita, sem abuso do direito: o ressarcimento ao abandonado pelo o que gastou com os preparativos para as bodas. Não havendo ato ilícito, não há como incidir as regras da responsabilidade civil de forma que o princípio que veda o enriquecimento sem causa se apresenta como solução para que não ocorram injustiças. A metodologia utilizada na pesquisa foi a revisão bibliográfica de fontes primárias e secundárias.

Palavras-chave: Casamento. União estável. Noivado. Responsabilidade Civil. Danos Morais. Danos Materiais. Abuso do direito. Enriquecimento sem causa.

ABSTRACT

This thesis aims to analyze the way in which the legal liability should apply when the dispute is about existential questions. The problem is in verifying in which hypotheses the end of a relationship that precedes marriage or cohabitation can lead to compensation for property damage or personal injury. Accordingly, all the requirements of the illegal act were analyzed as well as the differences between tort and abuse of rights, coming to the conclusion that the abuse of rights is the most appropriate institution for the clarification of the issue. Once found that the relationship termination occurred with abuse of the right, bringing the abandoned one to a situation of humiliation and public embarrassment, the conviction for personal injury is imposed, and the conviction for property damage will depend on the statement of the effective earned loss. Another problem, however, arises when the end of the relationship occurs in a lawful manner, without abuse of rights: the reimbursement to the abandoned one for what was spent with preparations for the wedding. Since there is no tort, there is no form of applying the rules of civil liability so that the principle which prohibits unjust enrichment is presented as a solution in order to assure justice. The methodology used was the literature review of primary and secondary sources, in order to analyze the established laws applicable to problems as well as the doctrinal and jurisprudential discussions on the topic. The used methodology was a case study and a bibliographical revision of the primary and secondary fountains

Keywords: Marriage. Cohabitation. Engagement. Civil Responsibility. Personal Injury. Property Damage. Abuse of Rights. Unjust Enrichment.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch – Código Civil Alemão
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
ECA	Estatuto da Criança e Adolescente
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
ONU	Organização das Nações Unidas

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	21
2 DO NAMORO Á CONSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA: A DIFÍCIL ESCOLHA ENTRE AFROUXAR OU APERTAR OS LAÇOS.....	25
2.1 Esponsais	26
2.2 Namoro e Noivado: tempo de preparação	28
2.3 Relações flexíveis segundo Zygmunt Bauman	31
2.4 Autonomia privada nas relações entre casais.....	34
2.4.1 <i>Autonomia privada e o casamento</i>	36
2.4.2 <i>A Autonomia Privada e a União Estável</i>	39
2.5 Casamento e União Estável: Busca da Solidariedade e da Afetividade.....	41
2.5.1 <i>Solidariedade e Afetividade</i>	43
3 RESPONSABILIDADE CIVIL E ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.....	49
3.1 Conceito de responsabilidade civil	49
3.2 Histórico sobre a responsabilidade civil.....	50
3.2.1 <i>Da Vingança privada à Lei Aquilia</i>	50
3.3 Responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro.....	52
3.3.1 <i>Abuso do direito</i>	54
3.3.2 <i>Dano Moral e Dano Material</i>	59
3.3.3 <i>Fixação da indenização</i>	64
3.4 O Enriquecimento sem causa e o exercício regular do direito	69
4 TRATAMENTO LEGISLATIVO E JURISPRUDENCIAL DO TÉRMINO DA RELAÇÃO PRÉ - NUPCIAL	75
4.1 Tratamento legislativo estrangeiro	75
4.2 Enfrentamento da questão no Brasil.....	77
4.2.1 <i>Quebra da expectativa e inexistência de justo motivo como causa de indenizar</i>	77
4.3 Abuso de direito e enriquecimento sem causa: a teoria mais adequada.....	80
5 CONCLUSÃO	97
REFERÊNCIAS.....	103

1 INTRODUÇÃO

As novas tecnologias e suas formas de operacionalização, o capitalismo, a facilidade do crédito, enfim, o desenvolvimento tecnológico e científico, além do progresso, trouxeram concomitantemente a possibilidade de ocorrência de novos danos e a necessária mudança de paradigma da responsabilidade civil. Assim, se antes a culpa merecia destaque, agora o dano ganha maior importância não se restringindo apenas ao campo probatório.

As mudanças na responsabilidade civil não se restringem, entretanto, aos seus pressupostos. O instituto acompanhando as transformações da realidade foi também inserido no contexto das modificações do direito de família, fazendo-se voz presente nas relações existenciais. Na verdade, a constitucionalização do direito civil levou a uma reestruturação de vários institutos e assim, além da responsabilidade civil, o direito de família também mudou.

Se antes os problemas advindos das relações familiares ficavam no seio da família, às portas fechadas, hoje são, não raramente, resolvidas no judiciário. Várias pessoas batem às portas do judiciário requerendo reparações por danos relacionados às questões afetivas, entretanto, as decisões judiciais e as discussões doutrinárias demonstram que não há consenso na aplicação da responsabilidade civil nas questões de direito de família.

Boa parte da divergência se deve às inegáveis mudanças ocorridas nos padrões de organização familiar. A família patriarcal cedeu lugar a outros tipos de famílias. A família não tem mais o caráter meramente patrimonial, sua função passou a ser a realização pessoal, a promoção da afetividade e solidariedade com vistas à dignidade da pessoa humana. Todas essas transformações devem ser consideradas quando as questões existenciais são questionadas judicialmente, principalmente tratando-se de ressarcimento por danos.

É com esta visão que a pesquisa pretende enfrentar questões de responsabilidade civil na fase do relacionamento que antecede ao casamento e união estável, aqui denominada relação pré-nupcial. Ao longo do trabalho tenciona-se a responder algumas perguntas: Qual a natureza da relação pré-nupcial? É cabível indenização por danos morais pelo término de uma relação pré-nupcial? É cabível indenização por danos materiais pelo término de uma relação pré-nupcial? Qual espécie de ato ilícito fundamenta a questão de forma mais adequada? Não

havendo ato ilícito, os prejuízos materiais serão divididos?

As perguntas para tais respostas são desenvolvidas a partir do estudo das novas perspectivas do casamento e da união estável, que se fundamentam na valorização da autonomia privada, no desenvolvimento do indivíduo.

Assim, a primeira seção inicia-se com o contexto histórico das relações pré-nupciais, quando outrora eram denominados de esponsais, previsto no Direito Romano e nas legislações Portuguesas vigentes no Brasil, de caráter pré-contratual, previa indenização e outras sanções em caso de arrependimento, até se chegar ao noivado e ao namoro dos dias atuais. Namoro e noivado são fases de preparo, de conhecimento do outro, de maturação do propósito de caminhar juntos. É comum as dúvidas surgirem nessas fases, razão pela qual se torna importante a análise dos conflitos que permeiam as escolhas de união do indivíduo, suas dúvidas e frustrações justificando assim a plausibilidade de se desistir do que inicialmente parecia tão certo.

O casamento e a união estável mereceram destaque pela evolução ocorrida nesses institutos ao longo do tempo, devendo ser vistos como ato de inteira liberdade, com fins de desenvolvimento pessoal baseados no afeto e solidariedade. Como o casamento já não mais é uma obrigação social e moral, fazendo parte das escolhas individuais, da capacidade de autodeterminação, é imperioso que a autonomia privada seja exercida com total liberdade, que o indivíduo possa livremente escolher entre casar ou não, instituir união estável ou não, estendendo tal poder na escolha do parceiro. É com base no direito de autodeterminação que o indivíduo consegue realizar a união de vidas fundamentado no sentimento de amor.

O ser humano é um ser gregário e o princípio da solidariedade decorre da necessidade de coexistir. O indivíduo se desenvolve através de suas relações com o outro, razão pela qual toda união deve ser baseada em tal princípio. O afeto gera maiores discussões, visto divergir a doutrina em seu caráter principiológico ou não. Defendendo que afeto tem caráter fático e não jurídico, entende-se que merece valoração, pois é também base para as relações existenciais. Entretanto, deve nascer espontaneamente, como um sentimento verdadeiro, sem imposição legal.

A segunda seção trata da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa, estabelecendo a diferença dos dois institutos. Diferencia-se o ato ilícito puro do abuso do direito, posto ser a aplicação de um ou outro o ponto de divergência doutrinária e jurisprudencial, em especial para justificar ou não a condenação por

danos morais. Para uma parte da doutrina, a responsabilidade civil por término de relação pré-nupcial deverá ser discutida com arrimo no art. 186 do CC (BRASIL, 2002). Para outros, a responsabilidade, no caso, se assenta na ocorrência ou não do abuso do direito, considerando-se assim o término um direito a ser exercido livremente, mas sem ferir a boa-fé, os fins econômicos e sociais e os bons costumes.

O cabimento de indenização por danos morais nos fins do relacionamento pré-nupcial é outro ponto de divergência, razão pela qual se mostra de relevância discorrer sobre os principais conceitos de danos morais. Alguns entendem que os danos morais são danos a direitos da personalidade, devendo-se levar em consideração a natureza do direito lesado. Outros consideram dano moral como efeito não patrimonial da lesão. Uma terceira corrente une as duas e distingue danos morais subjetivos e danos morais objetivos. Por fim, Moraes (2003) apresenta seu conceito como danos à dignidade da pessoa humana que apresenta-se como mais coerente, vez que evita a banalização dos danos morais.

Os danos materiais não apresentam muita discussão quando verificada a ilicitude do término. No entanto, não havendo ato ilícito (puro ou ilícito funcional) é imperioso que os prejuízos suportados pelo abandonado sejam repartidos entre as partes. O enriquecimento sem causa é concebido no Código Civil como instituto, fonte de obrigação de restituir em caso de locupletamento indevido nos artigos 884 a 886 (BRASIL, 2002). Entretanto, é como princípio geral de direito que o mesmo apresenta-se como argumento para justificar o ressarcimento dos gastos porventura suportados pela parte que acreditou na realização das núpcias, quando o término não caracterizar ato ilícito. Afastada a hipótese de ilicitude não há que se falar em indenização, mas, apresenta-se desarrazoado que o abandonado não seja restituído em parte pelo o que investiu para a concretização das bodas.

A terceira seção discorre sobre o tratamento legislativo para os casos de término de relação pré-nupcial nas legislações estrangeiras, bem como levanta as principais teorias utilizadas no ordenamento jurídico nacional.

No Brasil não há tratamento legislativo específico para a questão, assim, invoca-se a responsabilidade civil para o deslinde de controvérsias judiciais. Duas correntes discutem a questão. A primeira considera que o rompimento da relação pré-nupcial deve ser analisado sob a ótica do ato ilícito puro, considerando afastada a condenação por indenização se o desistente alegar e comprovar motivos justos

para o rompimento. A segunda corrente entende que só haverá dever de indenizar se o rompimento for realizado com abuso do direito, como término sob humilhações, o não comparecimento à cerimônia, ou o “não” no momento do ato.

Sem o propósito de exaurimento, parece mais coerente com todas as mudanças ocorridas com a constitucionalização do direito civil, a teoria que concebe o arrependimento como um direito do indivíduo. A aplicação da autonomia privada para o caso se traduz também no direito de desistir, sem que para isso tenha que ter motivos. O desamor, o desafeto são motivos suficientes para não continuar uma relação. Ora, se a família deve estar assentada no afeto e na solidariedade, é contraditório que a mesma seja formada por ameaça de condenação indenizatória, apenas para se evitar ruína financeira.

Por outro lado, atento ao princípio da boa-fé não se pode negar que as condutas abusivas, que ultrapassem o exercício regular do direito de arrependimento, devem ser sancionadas. A autodeterminação deve ser utilizada com responsabilidade, sem ofender à dignidade humana. Caso o direito de terminar uma relação ultrapassar os limites da boa-fé, a indenização se impõe.

Não pretende-se defender uma legislação específica sobre o assunto, pois desnecessária, já que a responsabilidade civil responde de forma suficiente às demandas que discutem as consequências de um término de relacionamento. O que se busca é outro olhar quando a reparação de danos envolver as questões existenciais.

As questões peculiares que envolvem os relacionamentos humanos levam a uma acurada análise da ponderação dos sentimentos das duas partes. O olhar não pode ser voltado friamente para a incidência ou não dos pressupostos da responsabilidade civil, sem considerar que há duas dignidades humanas que se contrapõem, uma assentada na integridade psíquica do preterido a outra, no direito de liberdade do desistente.

2 DO NAMORO À CONSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA: A DIFÍCIL ESCOLHA ENTRE AFROUXAR OU APERTAR OS LAÇOS

As mudanças que vêm ocorrendo nos padrões de organização familiar no Brasil podem ser vistas através das formas das uniões. De fato, várias são as formas de relacionamento interpessoal e, atenta a isso, a Constituição Federal reconheceu a existência de outras entidades familiares, além daquelas constituídas pelo casamento. De forma exemplificativa explicitou a proteção às uniões estáveis e à família monoparental, formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Desta forma, a noção de família constituída pelo casamento já foi superada. O casamento é uma das formas de constituir família, mas não a única.

Sem descurar desse fato, a pesquisa, no entanto, se volta para as relações afetivas que têm como objetivo a união de uma pessoa a outra, seja através do casamento ou da união estável e as fases que antecedem esta união, como o namoro e o noivado.

Para tanto, o termo “relação pré-nupcial” parece mais acertado para designar a fase que antecede o casamento ou a união estável em que há maior comprometimento com a união e com seus preparativos.

“Muito embora o termo “nupcial” seja utilizado para designar casamento, não incluindo a união estável, Cretella Júnior (2008) esclarece que: “no Direito Romano o casamento legitimado pelo matrimônio era chamado de” justas núpcias”.

Justas núpcias (*justae nuptiae*) ou *matrimônio* (*matrimonium*) é o casamento legítimo contraído de acordo com o direito civil (*jure civile*). Nesta expressão, o adjetivo *justus* merece um esclarecimento: opondo-se a *aequus*, o vocábulo *justus* indica tudo que é estritamente legal, conforme o *jus civile* (“*justus filius*”, “*justa servitus*”, “*justus testamentum*”, “*justa hereditas*” designam, respectivamente, filho nascido do casamento legítimo, escravidão, testamento, herança de acordo com o direito civil). (CRETELLA JÚNIOR, 2008, p.85)

A união estável, embora tenha como uma das características a ausência de solenidade, também tem sua fase preparatória. Não são raros os casais que, numa fase mais madura do namoro, começam a comprar os móveis, o enxoval e até fazem os preparativos para celebrar, com festa, a união.

Também não serão utilizados os termos “promessa” ou “compromisso” de casamento, tão comumente utilizados pela doutrina para designar a fase de

preparativos para as bodas. Entende-se que tais termos são mais adequados para designar as obrigações preliminares que antecedem a realização de contrato definitivo.

É bastante comum as pessoas, na impossibilidade de celebrar contrato de imediato, fixarem compromisso para o futuro, a fim de se obrigarem. Vemos com muita frequência nos contratos de compra e venda de imóveis a celebração de compromisso prévio, até a assinatura da chamada escritura. Do ponto de vista técnico, tal compromisso se denomina contrato preliminar, também chamado pelos nomes de contrato promissório, de promessa ou pré-contrato. (FIUZA, 2010, p.455)

Como o noivado ou o namoro não obrigam o casal a realizar o matrimônio ou se unir em união estável, o termo “relação pré-nupcial” se revela de forma mais acertada.

O compromisso matrimonial é expresso pelo termo esponsal. Sem previsão no ordenamento jurídico atual, seu contexto histórico se mostra de especial relevância, pois remete a um momento em que o noivado tinha feição de contrato preliminar e gerava obrigação de contrair o matrimônio. No Brasil, os esponsais eram característicos da sociedade patriarcal, onde o interesse econômico superava as questões existenciais.

As relações interpessoais e o próprio direito de família evoluíram no tempo. Famílias matrimonializadas e legitimadas pelo vínculo biológico não são as únicas a contar com a proteção do Estado. O termo genérico entidade familiar foi utilizado na Constituição Federal para designar o reconhecimento das relações unidas pelo vínculo afetivo. (BRASIL, 1988)

O indivíduo, antes visto sob a ótica individualista do estado liberal, hoje é considerado nas suas relações com o outro, buscando a defesa e a garantia de seus direitos fundamentais.

2.1 Esponsais

Segundo Coelho (1990), no direito romano o casamento era precedido do instituto da *sponsali*, que significava promessa, compromisso. No noivado romano não se exigia formalidades rígidas, era ato consensual de caráter religioso e era assumido pelos pais dos nubentes. A mulher, antes de contrair o esponsal, era chamada de *sperata* que significava namorada. Após, passava a se chamar *sponsa*,

isto é, noiva. Simbolizando o compromisso assumido, a *sponsa* recebia um anel de ferro para usar no dedo anelar da mão esquerda e sua infidelidade era considerada como adultério. No esponsal havia a possibilidade de se oferecer uma garantia denominada *arrhas sponsalicia*, que seria entregue ao noivo inocente no caso de desistência. De fato, o casamento não era obrigatório, mas os noivos não poderiam casar com outra pessoa sem rompimento do noivado anterior e, em caso de desistência, o noivo inocente, além das *arrhas sponsalicia*, fazia jus à devolução de todos os presentes dados.

No Direito Romano, como etapa preliminar ao casamento, havia os esponsais, firmados diretamente pelos noivos ou pelo pater familias, sendo aqueles *alieni iuris*. Para o compromisso, exigia-se a idade mínima de sete anos à época de Justiniano, enquanto no Direito Clássico bastava o discernimento. Nesta fase, um dos noivos não podia desistir unilateralmente da promessa para assumir um outro compromisso, sob pena de infâmia. No Direito Pós-Clássico, os esponsais (*sponsalia*) se assemelharam ao casamento, enquanto na fase anterior ambos se mantinham bem distintos. A infidelidade passou a caracterizar o *adulterium* e o noivo injuriado podia valer-se da *actio iniuriarum*. Este e outros efeitos, segundo Schulz, foram acrescidos aos esponsais por influência das ideias orientais e cristãs. (NADER, 2013, v. 5, p.42).

No Brasil, segundo Coelho (1990) o contrato esponsalício estava previsto na Lei de 6 de outubro de 1784 e tinha caráter de contrato preliminar realizado através de escritura pública assinada pelos nubentes e seus pais ou na falta destes, seus tutores ou curadores e por duas testemunhas. A escritura particular era permitida no caso do tabelião residir a mais de duas léguas da residência dos noivos, caso em que exigia-se quatro testemunhas. A desistência do matrimônio gerava o direito de pedir a pena convencional ou indenização, tendo ainda, o noivo inocente, direito às prendas dadas ao desistente e de permanecer com as recebidas.

O noivado recebia o nome de **esponsais**: contrato escrito no qual os noivos assumiam o compromisso solene de contrair matrimônio, com estipulação de prazos e outras condições. Como se tratava de uma promessa de contratar – ou seja, promessa de casamento, ensejava direito de indenização a ser resolvida por perdas e danos em caso de inadimplemento. (DIAS, 2015, p.95, grifo da autora)

Assim, o contrato de noivado era contrato preliminar, posto que através do mesmo as partes se comprometiam a realizar o contrato principal ou definitivo e, em caso de desistência por uma das partes, sem justa causa, a outra parte poderia exigir indenização.

Segundo Coelho (1990) o desistente deixaria de incorrer nas penas da lei nos seguintes casos:

- a) se o outro noivo se arruinou, ficando sem condições de sustentar os encargos matrimoniais;
- b) quando para um sobrevinha doença contagiosa ou notável deformação
- c) quando se tornava viciado, com mau procedimento, ou quando tais fatos eram, anteriormente, ignorados do outro contraente,
- d) se o outro noivo viajasse para o estrangeiro com manifesta intenção de não retornar, ou se tivesse contraído novo esponsal com outra pessoa. (COELHO, 1990, p.5)

O Código Civil de 1916 não tratou dos esponsais. Dispunha, entretanto, que o responsável pelo defloramento da mulher ficava obrigado a reparar o dano mediante o pagamento de indenização, consoante o disposto no art. 1548 do Código. De fato, o casamento tinha como pressuposto a virgindade da mulher, sendo que o defloramento desconhecido pelo marido era tido como erro essencial sobre a pessoa (art. 219 CC) possibilitando a anulação do casamento (art. 220 CC). (BRASIL, 1916)

Art. 1.548. A mulher agravada em sua honra tem direito a exigir do ofensor, se este não puder ou não quiser reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente à sua própria condição e estado: (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919)

- I - se, virgem e menor, for deflorada.
- II - se, mulher honesta, for violentada, ou aterrada por ameaças.
- III - se for seduzida com promessas de casamento.
- IV - se for raptada. (BRASIL, 1916)

O Código Civil de 2002 também nada dispôs sobre o contrato esponsalício, não existindo mais esse instituto no nosso ordenamento jurídico. Os nubentes têm referência no código em duas hipóteses: na celebração do pacto nupcial, cuja eficácia fica condicionada à celebração do casamento e no art.546 (BRASIL, 2002) que estabelece que as doações feitas em contemplação a casamento futuro não produz efeito se o matrimônio não se realizar.

2.2 Namoro e noivado: tempo de preparação

O noivado é fase que antecede o casamento, em que os noivos geralmente fazem os preparativos para a cerimônia, marcam a data no cartório e na Igreja, contratam o vestido, serviços de Buffet, etc.“Noivado é compromisso, firmado entre um homem e uma mulher, de casarem futuramente. É, pois, o período que antecede

à celebração do matrimônio.” (CAMBI, 2001, p.35)

Por meio do noivado “homem e mulher firmam a promessa recíproca de unirem-se por meio do casamento, formando uma comunhão familiar de vida.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, v. 6, p. 136, grifo do autor)

“O noivado é mero compromisso moral e social e significa que os nubentes têm a intenção de se casar.” (DIAS, 2015, p. 95)

Difere do namoro, pois o noivado supõe maior comprometimento, estabelecendo uma expectativa maior de casamento, entretanto, não tem natureza jurídica contratual.

Tanto o Código Civil de 1916, quanto o de 2002 não estabeleceram normas sobre os esponsais. A prática se insere apenas no âmbito dos costumes e tradições. O acordo firmado não tem o condão, por si só, de induzir à prática matrimonial. Esta há de resultar de uma livre manifestação da consciência, sem pressões ou constrangimentos que possam macular a pureza das declarações perante o celebrante. A promessa não é, assim, um ato negocial ou contrato preliminar. Por sua própria finalidade, que é de instaurar, futuramente, uma comunhão de vida e de amor, não há como se atribuir aos esponsais igual efeito ao do pactum de contrahendo, que gera obrigação de fazer, ou seja, de emitir declaração de vontade em contrato definitivo. (NADER, 2013, v. 5, p.42)

Atualmente o noivado é cada vez menos frequente e muitas vezes não tem o sentido de outrora. De fato, não são raros os casais que optam por casar sem noivar, fazendo os preparativos para o matrimônio na fase de namoro. Por outro lado, alguns casais promovem festas de noivado, mas não têm nenhuma previsão da data da cerimônia matrimonial.

Sem dúvida, o instituto já teve um passado glorioso, tem um presente duvidoso e um futuro completamente incerto, em razão do ritmo social de abandono de formalismos em nossa sociedade plural, aberta, multifacetada – em que a velocidade da informação é incompatível com solenidades extremadas. Por óbvio, a celebração dos esponsais não se exige forma pública ou solenidade, sendo, normalmente, decorrente de manifestação verbal, bem como não é necessária a fixação de prazo mínimo para que ocorra o matrimônio. É bastante para a sua caracterização a assunção de obrigações recíprocas, tendentes à finalidade nupcial. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, v.6, p. 156)

Assim, o que se deve considerar é o rompimento em uma fase do relacionamento em que o casal avança nos atos preparatórios para a vida em comum, seja através do casamento ou da união estável, pouco importando se chamam de noivado ou namoro. O que importa é a intenção manifesta de constituir

a vida a dois. “Mais sério que o simples encontro casual, o namoro não se notabiliza simplesmente pelo envolvimento sexual, mas também pelo comprometimento afetivo” (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2014, v. 6, p.135)

A versão domesticada da escolha de pares é o namoro, talvez a forma mais comum de cortejo nos dias de hoje no Ocidente. A história dos primórdios do namoro é bem sóbria. Poderemos entendê-la melhor, por exemplo, no seguinte relato sobre o namoro na Espanha rural: ‘Os rapazes escolhem as moças no passeio de domingo ao entardecer, quando todos os solteiros da aldeia passeiam juntos. O pretendente primeiro caminha com a moça pelo passeio – depois ele a acompanha até a esquina da rua onde ela mora e, por fim, compromete-se ao pedir para entrar na casa dela’. (WALZER, 2003, p.326)

A aliança de amor de um casal não acontece de uma hora para a outra. Existe um caminho a ser percorrido. O casal deve passar por um processo de crescimento, de conhecimento recíproco.

A aliança do amor entre o homem e a mulher, aliança para a vida, não se improvisa, não se faz de um dia para o outro. Não há o matrimônio Express: é preciso trabalhar sobre o amor, é preciso caminhar. A aliança do amor do homem e da mulher é aprendida e afinada. Permito-me dizer que é uma aliança artesanal. Fazer de duas vidas uma só é também quase um milagre, um milagre da liberdade e do coração, confiados à fé. (FRANCISCO, 2015, p.1)

A decisão de partilhar um projeto de vida junto não tem sido uma decisão fácil. Anseios e medos são comuns nessa fase. O sentimento de insegurança, conforme Bauman (2003), faz parte dos vínculos humanos e os desejos conflitantes (estimulados por tal sentimento) de apertar os laços e ao mesmo tempo mantê-los frouxos, são os grandes nós da sociedade moderna.

Os valores do individualismo, ainda presentes na nossa sociedade, têm sido uma das causas dos medos de assumir um relacionamento a dois. Se por um lado, os ideais contemporâneos de relação afetiva ressaltam mais a autonomia e a satisfação de cada pessoa do que os laços de dependência entre eles, de outro lado, exigem a constituição de um ponto comum de interação, de uma identidade.

Na verdade enfrenta-se dois paradoxos, viver a autonomia, o crescimento e a individualidade de cada um e ao mesmo tempo, viver os desejos e projetos do casal. São duas pessoas com histórias de vida diferentes, duas identidades que se unem para viver um compromisso de amor eterno.

Vale ressaltar que a formação de vínculos afetivos se dá em um processo, segundo um “continuum”, que envolve afeto, corresponsabilidade, tolerância, segurança, entre outros aspectos. ‘É evidente que crianças e adultos são mais felizes e podem desenvolver melhor seus talentos quando se sentem seguros e protegidos’ (FIORELLI; MANGINI, 2015, p. 305)

Todas essas questões são sopesadas nas fases pré-nupciais, e é assim que tem que ser. É antes da união que as dúvidas devem surgir, é o momento de repensar as escolhas, de se arrepender e dizer não.

2.3 Relações flexíveis segundo Zygmunt Bauman

O sociólogo polonês Bauman (2003) analisa as relações afetivas considerando a sociedade líquida da modernidade, em que nada é feito para durar, o que é sólido se desmancha, nada persiste. O bem de consumo dura tempo suficiente até que outro com maior recurso tecnológico apareça no mercado e cumpra com o seu dever de satisfação imediata, até que deixa de ser novidade e será trocado por outro.

Em geral, a capacidade de utilização de um bem sobrevive à sua utilidade para o consumidor. Mas, usada repetidamente a mercadoria adquirida impede a busca por variedade, e a cada uso a aparência de novidade vai se desvanecendo e se apagando. Pobres daqueles que, em razão da escassez de recursos, são considerados a continuar usando bens que não mais contêm a promessa de sensações novas e inéditas. Pobres daqueles que, pela mesma razão, permanecem presas de um único bem em vez de flunar entre um sofrimento amplo e aparentemente inesgotável. Tais pessoas são excluídas na sociedade do consumo, os consumidores falhos, os inadequados e os incompetentes, os fracassados. Famintos definhando em meio à população de banquete consumista. (BAUMAN, 2003, p.57)

Essa liquefação da sociedade moderna atinge todos os valores humanos, manifestando-se nas relações de trabalho e, inclusive, nos relacionamentos amorosos.

A modernidade sólida, segundo Bauman (2001), era a época da aliança entre capital e trabalho. As fábricas precisavam da mão de obra para produzir e os trabalhadores dependiam do emprego para sobreviver. Era o tempo do capitalismo pesado, em que o emprego era de longo prazo, o primeiro emprego seria, na maioria das vezes, o único.

Quem, como jovem aprendiz, tivesse seu primeiro emprego na Ford, poderia ter certeza de terminar sua vida profissional no mesmo lugar. Os horizontes temporais do capitalismo pesado eram de longo prazo. Para os

trabalhadores, os horizontes eram desenhados pela perspectiva de emprego por toda a vida dentro de uma empresa que poderia ou não ser imortal, mas cuja vida seria, de qualquer maneira, muito mais longa que a deles mesmo. (BAUMAN, 2001, p. 168)

Na modernidade líquida, o “longo prazo” foi substituído pelo “curto prazo”, pela flexibilidade. Muda-se, várias vezes, de emprego, pois o profissional deve ser flexível.

A presente versão ‘liquefeita’, ‘fluida’, dispersa, espalhada e desregulada da modernidade pode não implicar o divórcio e ruptura final da comunicação, mas anuncia o advento do capitalismo leve e flutuante, marcado pelo desengajamento e enfraquecimento dos laços que prendem o capital ao trabalho. (BAUMAN, 2001, p.171)

Tratando-se de relações afetivas e sociais, o sentido de flexibilidade e fluidez também incide. Vive-se a ilusão de que saborear várias experiências amorosas levará a adquirir maior habilidade na arte do amor. Quanto maiores as vivências amorosas, maior a chance de que o próximo amor seja mais estimulante do que se vive atualmente. Na verdade, qualquer experiência amorosa é chamada de amor. “Em vez de haver mais pessoas atingindo mais vezes o elevado padrão do amor, esses padrões foram baixados” (BAUMAN, 2003, p.14).

De fato, o significado do amor também foi atingido pela sociedade consumista. Oferta-se a arte de amar como se oferta qualquer outro produto. As experiências amorosas são construídas como mercadorias “que fascinam e seduzem exibindo todas essas características e prometem sem ansiedade, esforço sem suor e resultados sem esforços.” (BAUMAN, 2003, p. 16)

As relações são instantâneas e disponíveis. São guardadas na gaveta e retiradas quando necessário. Os romances de gavetas são sóbrios, sem amor e sem paixão. Quando lhe parecer conveniente são retirados da gaveta, utilizados e depois guardados novamente.

À primeira vista, parece que os relacionamentos estão envolvidos apenas pelos desejos, mas não! Na era dos relacionamentos efêmeros, pouco duradouros, até o desejo dura tempo demais. O desejo requer tempo para sua satisfação, sonha-se com o objeto do desejo e alcançá-lo faz parte de um processo demorado. “O desejo precisa de tempo para germinar, crescer e amadurecer.” (BAUMAN, 2003, p. 20)

Assim, o impulso está mais adequado à aceleração e à velocidade dos dias, não leva tempo. Os relacionamentos por impulso não necessitam de tempo de preparação, motivação, caso não agradem, podem ser trocados por outro. Perseverar não é uma opção, afinal outros relacionamentos virão, e assim novas possibilidades de satisfação. Troca-se os relacionamentos como se fossem qualquer bem de consumo, sempre com a falsa crença de que o que virá será melhor. E como a velocidade é característica do impulso, a esfera virtual é campo propício para os relacionamentos líquidos. Os chats, as redes sociais, proporcionam, de modo fácil e rápido, os encontros virtuais, as trocas de mensagem sem compromisso.

Não admira que a proximidade virtual tenha ganhado a preferência e seja praticada com maior zelo e espontaneidade do que qualquer outra forma de contiguidade. A solidão por trás da porta fechada de um quarto com um telefone celular à mão pode parecer uma condição menos arriscada e mais segura do que compartilhar o terreno doméstico comum. (BAUMAN, 2003, p.70)

Não há como desconsiderar que vivemos em um tempo em que nada perdura, nem mesmo os relacionamentos. As pessoas estão inseguras, com medo de assumir compromissos sérios. A dúvida entre apertar ou afrouxar os laços é grande. “Assim, a tentação de apaixonar-se é grande e poderosa, mas também é a atração de escapar.” (BAUMAN, 2003, p.17)

O amor acontece na vida, não se escolhe e não se aprende. Amar é um risco, visto que o parceiro pode, a qualquer momento, abandonar o barco em busca de outro relacionamento ilusoriamente mais interessante. Esse estado de insegurança leva a uma preferência pelos relacionamentos fluidos, sem amarras e sem risco de sofrimento.

Mesmo os que apostam em um relacionamento sólido, enfrentam, segundo Bauman (2003), dois problemas ligados à comunicação, que levam ao fracasso nos relacionamentos: a propensão à acomodação e a possessividade.

As pessoas evitam enfrentar os problemas, prefere-se agradar ao outro em busca do conforto no relacionamento, não contradizer e não pressionar.

Em sentido diverso, a possessividade, o receio da separação, fazem com que transformemos o amado em parte de nós mesmos. “Aonde eu for você também vai; o que eu faço você também faz; o que eu aceito você também aceita; o que me ofende também ofende a você. Se você não é e nem pode ser meu gêmeo siamês,

seja meu clone” (BAUMAN, 2003, p.26)

Em um mundo líquido, no qual tudo escorre e nada perdura, é compreensível que haja dúvidas na hora de solidificar um relacionamento. Não se pretende defender o fim dos relacionamentos duradouros, mas também não se pode deixar de considerar o estado de insegurança que se instalou quando a questão é a busca pelo outro.

A perspectiva, na maioria das vezes falsa, de que o novo relacionamento será mais prazeroso e menos complicado, a crescente oferta de novos amores, o medo de se entregar e se machucar, são alguns dos fatores que interferem na escolha entre apertar ou afrouxar os laços.

Assim é que diante de um quadro de insegurança, a autonomia privada tem especial relevância. O indivíduo tem que ser livre para desistir ou seguir em frente. “Prosseguir tentando e fracassar nas tentativas é humano, demasiadamente humano” (BAUMAN, 2003, p. 28)

2.4 Autonomia privada nas relações entre casais

As mudanças ocorridas no Século XX levaram a uma releitura do princípio da autonomia da vontade que passa a denominar autonomia privada, conforme Fiuza (2003).

A autonomia da vontade é fruto das teorias liberais do século XVIII e XIX que consolidou o poder da burguesia, afirmando valores individuais e patrimonialistas. Assentado em uma visão excessivamente privatística do Direito Civil, a mera declaração de vontade era suficiente para constituir negócios jurídicos, independentemente da ordem jurídica ou contexto social em que estivesse inserida.

A expressão “autonomia da vontade” tem sua memória ligada ao liberalismo. Como a propriedade privada, afigurava-se como princípio que regia a concepção de um sistema de direitos negativos perante o Estado e a outros cidadãos, possibilitando, dessa maneira, a cada indivíduo a realização de seus interesses e inclinações individuais sem a intervenção estatal.

Tal concepção era extremamente conveniente ao objetivo da época, posto que qualquer limitação dos anseios individuais por parte do Estado travaria o processo e o desenvolvimento humano e social, materializando-se em obstáculo ao desenvolvimento do capitalismo.

Assim, vigia uma noção de autonomia ilimitada. O acordo de vontades, refletor da liberdade do querer humano, desprovido de condicionantes externas, era o signo para a produção dos efeitos jurídicos que aprovessem ao homem no período liberal. (SÁ; PONTES, 2009, p.43)

Hoje, além da declaração de vontade, exige-se a boa-fé objetiva e a observância do ordenamento jurídico na constituição dos negócios jurídicos. Ademais, a autonomia privada não pode mais ser vista apenas como escolha negocial, pois está presente também nas relações existenciais.

Em nome do princípio da autonomia da vontade, opera-se a resistência do indivíduo à intromissão do Estado no espaço que deve ser só seu, na legítima tentativa de ser feliz. Por isso mesmo, a autonomia da vontade assume novas dimensões, tais como: a luta pelo direito à redesignação sexual, o reconhecimento de diferentes modelos de família (matrimonial, não matrimonial, monoparental, etc.), o modelo de filiação voltado antes para a paternidade sociafetiva do que para a paternidade apenas biológica, a união legal de pessoas do mesmo sexo, entre outras. (LIMA, 2003, p.248)

A preservação da liberdade de escolha do cônjuge ou companheiro para constituição da família é de suma importância para a nova concepção de família, calcada na valorização do indivíduo e no afeto. Qualquer tentativa de obrigar o indivíduo a contrair matrimônio ou união estável deve ser rechaçada pelo direito. Desta forma nenhum indivíduo pode ser sancionado por exercer o seu direito de terminar um relacionamento afetivo.

A autodeterminação é inerente a um contexto de liberdade, igualdade, valorização da dignidade da pessoa humana e direitos da personalidade. Realizar escolhas, decidir seu próprio caminho, o livre arbítrio, fazem parte da sua participação em sociedade.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem - Organização das Nações Unidas (ONU, 1948) dispõe em seu art. 1º que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

A autonomia privada, no entanto, não tem caráter absoluto, sofre limitações mesmo no contexto das relações existenciais. A limitação é realizada pelos princípios que regem o direito de família e que tratam da proteção dos direitos da personalidade.

Para Lima, a intromissão do Estado cede lugar à liberdade do ser humano para decidir o seu destino, com toda responsabilidade que ela traz. (LIMA, 2003, p.248)

Ao tratarmos de autonomia privada é imperiosa a discussão sobre a responsabilidade. A autodeterminação é também a capacidade de assumir responsabilidades.

Se de um lado temos o poder de fazer nossas próprias escolhas, do outro, devemos considerar a forma que estas escolhas são feitas, de modo a não ferir a dignidade do outro.

2.4.1 Autonomia privada e o casamento

Apesar das mudanças constitucionais do Direito de Família que retirou do casamento suas características de exclusiva entidade familiar, podemos observar, pelos dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2014), que o modelo convencional de união, embora em menor proporção, ainda resiste às mudanças.

Segundo dados do instituto, em 2013 foram registrados 1.052.477 (um milhão, cinquenta e dois mil e quatrocentos e setenta e sete) casamentos, perfazendo um aumento de 1,1% (um vírgula um por cento), que em números absolutos representa 11.037 (onze mil e trinta e sete) casamentos a mais, que no ano anterior. Deste total, 1.051.686 (um milhão, cinquenta e um mil, seiscentos e oitenta e seis) eram referentes aos registros de casamentos entre pessoas de 15 anos ou mais de idade. (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2014).

A taxa de nupcialidade legal se manteve, percentualmente, estável, em relação ao ano de 2012 com 6,9 (seis vírgula nove) por mil habitantes de 15 anos ou mais de idade. Na verdade, a estabilidade perdura desde o ano de 2011. De 2000 a 2013, observa-se elevação de 2002 a 2008, queda em 2009 e retomada de crescimento em 2010. Na década de 70 a taxa de casamento era de 13 (treze) casamentos por mil habitantes. (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2014).

Os dados refletem bem as mudanças ocorridas no Direito de família, visto que na década de 70, isto é, antes da Constituição de 1988, o número de casamentos era bem superior do que nos dias atuais.

As mudanças nos rumos da família contemporânea não refletem somente no número de casamento, mas também na concepção de sua natureza jurídica, tema,

aliás, que nunca foi pacífico na doutrina.

Três teorias procuram explicar a natureza jurídica do casamento: teoria contratualista, institucionalista e mista.

Para a teoria contratualista o casamento tem natureza contratual, pois nasce do consentimento das partes para a realização de objetivos comuns com direito e deveres recíprocos. Fachin (2003), ao dispor sobre a tese contratualista, lembra que o divórcio seria o distrato.

Um dos defensores desta teoria é Pereira (2011):

Caio Mário considera o casamento como um “contrato especial”, dotado de consequências peculiares, mais profundas e extensas do que as convenções de efeitos puramente econômicos, ou “contrato de Direito de Família”, em razão das relações específicas por ele criadas. (PEREIRA, 2011, v. 2, p.74)

A teoria institucionalista defende que o casamento é uma instituição social, em que surge da manifestação de vontade dos contraentes, muito embora essa vontade se resuma à aceitação do que está prescrito na lei, visto que os cônjuges não têm liberdade para escolher seus direitos e deveres, pois os mesmos já estão preestabelecidos na lei.

“Por ser o matrimônio a mais importante das transações humanas, uma das bases de toda a constituição da sociedade civilizada, filiamo-nos á teoria institucionalista, que o considera como instituição social.” (DINIZ, 2009b, v. 1, p. 42)

A teoria híbrida entende que o casamento tem natureza contratual e institucional, pois se apresenta como contrato em sua formação, e instituição em seus efeitos, sendo assim um ato jurídico complexo.

“Na tentativa de escapar dessa díade maniqueísta de teses, a terceira proclama teórica é eclética ou mista, que leva em conta o casamento como um ato jurídico complexo.” (FACHIN, 2003, p.135)

Tartuce (2014), adepto da teoria híbrida, aduz que o casamento é um negócio jurídico bilateral *sui generis*, especial, sendo um contrato em sua formação e uma instituição em seu conteúdo.

Almeida e Rodrigues Júnior (2012) apresentam uma quarta teoria para acirrar o debate sobre a natureza jurídica do casamento, defendendo que o matrimônio é negócio jurídico *sui generis*:

De fato, pois, o casamento só se realiza porque assim pretendem e se manifestam os noivos. O consenso parece ser um elemento crucial – ainda que talvez não seja o único – do qual decorre a família e seus respectivos efeitos jurídicos. Ainda que a declaração do agente público seja um ato necessário, não é o que dá causa ao casamento. Tanto assim que, na falta do acordo de vontades manifesto, nada há pra declarar. Entendido dessa forma o matrimônio, fica fácil verificar que a situação coincide com a ideia de negócio jurídico bilateral. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p.95)

Apesar das divergências, todas as teorias têm um ponto em comum: a importância da manifestação da vontade. De fato, o elemento volitivo é requisito inafastável para o estabelecimento de uma sociedade conjugal.

“E no entanto, é preciso logo destacar, não há ato que o ordenamento impute mais livre, mais dependente, exclusivamente, da vontade de ambos e de cada um dos contraentes, do que o casamento.” (MORAES, 2003, p.169)

O art. 1514 do Código Civil dispõe que “casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.” (BRASIL, 2002)

Dispõe ainda o Código Civil que a celebração será suspensa se algum dos contraentes recusar a solene afirmação da sua vontade; declarar que a manifestação da vontade não é livre e espontânea ou - manifestar-se arrependido. “É a admissibilidade expressa do *arrependimento da vontade de casar*.” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, v. 6, p. 223, grifo dos autores) A retratação, no caso, não poderá ocorrer no mesmo dia.

A manifestação da vontade poderá se dar por meio de um ‘sim’, de um ‘aceito’, o importante é que o consentimento seja inequívoco. O silêncio, no caso, não pode ser interpretado como manifestação da vontade.

A doutrina diverge a respeito do momento em que o casamento se realiza. Parte da doutrina considera que a realização do casamento se dá quando a vontade é manifestada pelos nubentes perante o Juiz. A declaração pela autoridade de que os nubentes estão casados é ato declaratório e não constitutivo.

Neste sentido Almeida e Rodrigues Júnior (2012) dizem que:

O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o Juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados, é o que estabelece o art.1.514 do Código Civil. Apesar dessa disposição legal, entende-se que o casamento efetivamente se realiza logo após a manifestação da vontade dos nubentes. A leitura da fórmula sacramental não tem natureza constitutiva, apenas declara o casamento. Esse posicionamento é corolário lógico da teoria a respeito da

natureza jurídica do casamento adotada nesta obra, ou seja, o casamento é um negócio jurídico *sui generis*. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p.122)

Em sentido contrário Diniz (2009a) e Dias (2015), entendem que o casamento se constitui mediante um duplo requisito: a manifestação da vontade dos contraentes e a afirmação do celebrante que os declara casados.

Daí se infere ser essencial à celebração da cerimônia nupcial a coparticipação da autoridade competente, pois é ela que declara os contraentes casados, concorrendo para a constituição do vínculo matrimonial, ao pronunciar a fórmula sacramental acima indicada. O matrimônio só existe quando o juiz, após a manifestação da vontade dos nubentes de estabelecer o vínculo conjugal, pronuncia essa fórmula, declarando os nubentes casados. (DINIZ, 2009a, v. 5, p. 105)

A discussão diz respeito à participação da autoridade ao pronunciar a fórmula do art.1535 do CC, se participa do ato concorrendo para a constituição do vínculo ou se apenas declara a situação de casados que já se operou com a manifestação de vontade. De qualquer forma, até a manifestação de vontade, é indubitável que o ato não foi realizado e qualquer um dos contraentes tem o direito de arrepender-se, não havendo nenhuma obrigatoriedade de se contrair o casamento.

No início do século XXI, finalmente, o casamento parece ter atingido sua maturidade, passando a apresentar verdadeiramente um ato de vontade, regido por necessidades e anseios de prazer e realização, definidos livremente pelo casal. (COSTA, 2007, p.25)

Por mais que um dos contraentes tenha feito juras de amor eterno, que tenha criado expectativas em relação ao ato, não pode ser, pelo ordenamento jurídico, obrigado a se casar. Conforme Fachin (2003), o casamento é um complexo ato de liberdade.

2.4.2 A autonomia privada e a união estável

A Constituição Federal reconheceu a união estável no parágrafo terceiro do art. 226: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” (BRASIL, 1988)

A primeira regulamentação da norma constitucional adveio com a Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994, definindo como companheiros o homem e a mulher que mantenham união comprovada, na qualidade de solteiro, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, deixando de fora os separados de fato. Só eram consideradas estáveis as relações havidas por mais de cinco anos, ou com prole. (BRASIL, 1994)

A Lei 9.278, de 10 de maio de 1996, foi mais abrangente, omitiu os requisitos de ordem pessoal, tempo mínimo de convivência e existência de prole e incluiu os separados de fato como sujeitos da relação. (BRASIL, 1996)

No Código Civil, a união estável está prevista no art. 1.723 ao art. 1.727, dispondo que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.” (BRASIL, 2002)

O IBGE, em 2011, através do Censo Demográfico de 2010, fez um levantamento das uniões consensuais no Brasil e o resultado demonstrou um crescimento significativo das uniões consensuais em relação a 2000. Em 2010, no conjunto do País, 36,4% das pessoas declararam viver em união consensual, percentual consideravelmente superior ao observado em 2000 (28,6%). (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2011).

No passado, quando não se admitia o divórcio, a união consensual era a alternativa de casais separados de fato e que não poderiam se casar. Hoje, conforme demonstram os resultados do censo, a união consensual tem sido a escolha de muitos casais. “Em suma, no passado, a união estável era constituída, em regra, por *falta de opção*, hoje, muitas vezes, por clara opção.” (TARTUCE, 2014, p.287, grifo do autor)

Diferentemente do casamento, a união estável é desprovida de solenidade para sua constituição, é ninho sem moldura, de acordo com Fachin (2003). Desprovida de solenidade, mas não de requisitos próprios, pois não é qualquer relacionamento duradouro que pode ser considerado união estável.

A respeito dos requisitos, Gagliano e Pamplona Filho (2014) os dividem em elementos caracterizadores essenciais: publicidade, continuidade, estabilidade e objetivo de constituição de família; e elementos caracterizadores acidentais: tempo, prole e coabitação.

A convivência do casal deve ser pública, além de contínua e estável e, também, o casal deve ser reconhecido socialmente como família, pois a eventualidade não se coaduna com este tipo de união.

A constituição de família é elemento principal para o reconhecimento da união estável. É o que diferencia a união estável do namoro. A união estável é uma entidade familiar e, desta forma, o elemento volitivo deve estar voltado para tal fim.

Sem dúvida, é fundamental a existência de uma comunhão de vidas no sentido material e imaterial, em correspondência e similitude ao casamento. É uma troca de afetos e uma soma de objetivos comuns, de diferentes ordens, solidificando o caráter familiar da relação. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, v. 6, p.449)

O consenso das partes, na união consensual, não se dá em um ato único, previsto em lei, mas sim em situações fáticas voltadas para a constituição da família. Assim, a união estável é também um ato de liberdade, de escolha do indivíduo. “[...] logo, se a união estável é uma família, também ela deve ser fruto da escolha dos envolvidos em estabelecer laços familiares” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p.295)

O que deve ser privilegiado nas relações afetivas entre casais é a liberdade de escolha do indivíduo, de se casar ou não, de estabelecer união estável ou não, liberdade de escolher o seu cônjuge ou companheiro, com fundamento na autonomia privada das relações existenciais.

A autonomia privada não existe apenas em sede contratual ou obrigacional, mas também em sede familiar. Quando escolhemos, na escalada do afeto, com quem ficar, com quem namorar, com quem ter uma união estável ou com quem casar, estamos falando em autonomia privada, obviamente. (TARTUCE, 2008, p.45)

2.5 Casamento e união estável: busca da solidariedade e da afetividade

O Estado Liberal, calcado nas ideias iluministas do século XVIII de igualdade e liberdade, teve como características a limitação do poder político e a não intervenção estatal. Os filósofos liberais faziam a distinção entre duas espécies de liberdade, a liberdade civil (ir e vir, pensar, de propriedade), às quais todas as pessoas tinham direito, e a liberdade política que seria exclusiva de certos grupos, como a burguesia. A igualdade era formal, não se falando em igualdade social.

Essa concepção se refletia na família. Institucionalizada, predominantemente patrimonial e patriarcal, priorizava a manutenção do casamento, onde o homem exercia o poder marital sobre a mulher e o pátrio poder sobre os filhos.

Nos primórdios do pensamento político moderno, a família era quase sempre definida como um “pequeno Estado”, dentro do qual os filhos aprendem as virtudes da obediência e são preparados para a cidadania (ou, o que é mais comum, para a submissão), no Estado mais amplo, a comunidade política. Parece uma fórmula de integração, mas também tinha outro fim. Se a família era um pequeno Estado, então o pai era um pequeno rei, e o reino que governava era um reino que o próprio rei não podia invadir. Os pequenos Estados uniam e continham o maior, do qual também faziam parte. (WALZER, 2003, p.318)

Segundo Lôbo (2015), os códigos liberais não tutelaram as relações familiares, não se lhe aplicando os princípios da liberdade ou da igualdade, pois estavam à margem dos interesses patrimoniais que dominavam as relações civis.

Ao longo do Século XX, com o surgimento do Estado Social, a concepção de família sofreu profundas modificações. Parte de suas funções foram atribuídas ao Estado que passa a intervir nas relações privadas, característica marcante do Estado Social.

É importante lembrar que na segunda metade século XX a humanidade construiu uma nova compreensão dos Direitos Humanos. Superando a antiga e reducionista percepção liberal destes direitos, que consideravam apenas os direitos individuais de liberdade e propriedade como direitos fundamentais, as Nações Unidas passam a adotar a compreensão da indivisibilidade dos direitos humanos fundamentais. Isto significa que não é possível liberdade sem dignidade, ou em outras palavras, para que as pessoas possam efetivamente usufruir de suas liberdades individuais e políticas, é necessário que estejam livres da miséria, é necessário que tenham acesso a uma vida digna com alimentação; moradia; educação; saúde e segurança social. (MAGALHÃES, 2010, p.1)

Desta forma, a família patriarcal retratada no Código Civil de 1916 entra em crise, sendo extinta no Brasil pela Constituição da República de 1988.

Se é verdade que entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta, a Constituição do Estado social de 1988 foi a que mais interveio nas relações familiares e a que mais as libertou. Consumou-se a redução ou mesmo eliminação, ao menos no plano jurídico, do elemento despótico existente no seio da família, no Brasil. (LÔBO, 2015, p.04)

Lôbo (2015) faz um apanhado histórico das relações familiares nas constituições brasileiras lembrando que as Constituições de 1824 e 1891 de cunho

liberal e individualista não tutelaram as relações familiares. A proteção do Estado à família aparece pela primeira vez na Constituição de 1934, que reserva um capítulo inteiro ao tema. Na Constituição de 1937 a educação surge como dever dos pais, a Constituição de 1946 assegura a assistência à maternidade, infância e adolescência.

A Constituição de 1988, além de expandir a proteção do Estado à família, reconhece as famílias não constituídas pelo casamento e reconhece a família como espaço de realização pessoal e promoção do valor da personalidade.

“Prioriza-se, portanto, a família socioafetiva à luz da dignidade da pessoa humana, com destaque para a função social da família, consagrando a igualdade absoluta entre os cônjuges (art.226, § 5º) e os filhos (art. 227§ 6º).” (LENZA, 2010, p.952)

O modelo de família nuclear (pai, mãe e filhos) formada pelo casamento vem cedendo lugar para outros tipos de famílias formadas por pares homossexuais, famílias monoparentais, famílias recompostas. O casamento já não é a única forma de constituição da família.

Nesse segundo milênio da era cristã estamos testemunhando mais uma mudança na família, provavelmente a mais radical porque quebrou paradigmas seculares. A família nuclear, patriarcal, que vigorou até meados do século passado cedeu lugar a outro tipo de família que não é definida pela biologia, mas pelo papel que cada um desempenha, observando-se uma melhor distribuição do poder e, também dos deveres. (COSTA, 2007, p.19)

A função da família, na nova ordem constitucional, passou a ser a valorização da personalidade, realização pessoal da afetividade, a promoção da dignidade da pessoa humana.

Pode-se dizer que todas essas mudanças cunharam uma família democrática, cuja energia constitutiva é a vontade; a substância caracterizadora é a afetividade; e o perfil funcional é a promoção da pessoa de seus integrantes. (MENEZES, 2013, p.92).

2.5.1 Solidariedade e afetividade

O princípio da solidariedade está previsto expressamente no texto da Constituição que concebe como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Resultado da

superação do individualismo liberal, atrelado ao princípio da dignidade humana, considera o indivíduo em seu contexto social, nas relações com os demais.

Para Moraes (2003), o princípio da solidariedade decorre da necessidade de coexistência humana e, juntamente com o princípio da igualdade, da integridade física e moral e da liberdade são corolários do princípio da dignidade humana.

Se a solidariedade fática decorre da necessidade imprescindível da coexistência humana, a solidariedade como valor deriva da consciência racional dos interesses em comum, interesses esses que implicam, para cada membro, a obrigação moral de “não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito”. Esta regra não tem conteúdo material, enunciando apenas uma forma, a forma de reciprocidade, indicativa de que “cada um, seja o que for que possa querer, deve fazê-lo pondo-se de algum modo no lugar de qualquer outro.” É o conceito dialético do “reconhecimento” do outro. (MORAES, 2003, p.111)

A alteridade é elemento da personalidade humana. O desenvolvimento do indivíduo se dá através das relações com os demais. Existe uma responsabilidade na construção de si e também na construção do outro. Desconsiderar uma pessoa é desconsiderar a si próprio, pois somos reflexo do outro. “Há uma recíproca dependência entre as pessoas; e isso, de fato, nada mais é que *solidariedade*.” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p.49)

A partir do momento em que o indivíduo é considerado não apenas individualmente, mas principalmente dentro de um contexto social, com necessidade de coexistir, é que a solidariedade deixa de ter exclusivo conteúdo ético, moral e religioso para adentrar o ordenamento jurídico.

A responsabilidade sobre o outro passa a ser dever jurídico, sem, no entanto, significar restrição à liberdade individual. Segundo Lôbo (2015), o princípio da solidariedade está indissolúvelmente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da solidariedade no direito de família está previsto no Capítulo que a Constituição Federal reservou à família, no Código Civil, em legislações extravagantes como ECA (BRASIL, 1990a) e Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003).

É de caráter afetivo e patrimonial e, à guisa de exemplo, podemos citar a solidariedade entre os cônjuges e companheiros no que diz respeito à assistência mútua e colaboração de ambos no sustento da família, o amparo aos filhos e aos idosos, a prestação de alimentos entre parentes, o estabelecimento da comunhão parcial de bens como regime legal do casamento e da união estável.

A solidariedade como princípio não gera maiores discussões doutrinárias, devendo ser levado em consideração no momento da elaboração legislativa, na execução das políticas públicas, na interpretação e aplicação das normas pertinentes ao direito de família.

O mesmo não se pode dizer em relação ao afeto e afetividade, visto que a doutrina diverge sobre seus conceitos. Vários doutrinadores defendem a ideia de que afeto é sentimento e afetividade é um princípio. Muito embora não previsto expressamente no Constituição Federal, decorreria também do princípio da dignidade da pessoa humana.

O Estado impõe a si obrigações para com seus cidadãos. Por isso elenca a Constituição um rol imenso de direitos sociais, como forma de garantir a dignidade de todos. Isso nada mais é do que o compromisso de assegurar o afeto: o primeiro obrigado a assegurar o afeto por seus cidadãos é o próprio Estado. (DIAS, 2015, p.52)

Lôbo (2015) entende que é possível falar em afetividade sem afeto. Sendo considerada um princípio jurídico, a afetividade é norma, e assim sua observância é obrigatória.

A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fator psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. (LÔBO, 2015, p. 66)

Para os doutrinadores, que concebem a afetividade como princípio, o afeto seria o sentimento e a afetividade a exteriorização deste sentimento. Assim, mesmo sem a presença do afeto, o Estado pode impor ao indivíduo que cumpra com seu dever de afetividade.

Acolher a afetividade como princípio é obrigar o indivíduo a ter afeto pelo outro, pois os princípios jurídicos são normas e sua observância é obrigatória. Ora, o afeto deve vir de forma espontânea como todo sentimento. O Estado não pode obrigar ninguém a gostar do outro. O desamor, o desafeto, o ódio também são sentimentos e não podem ser desconsiderados.

Se o afeto é um sentimento de afeição para com alguém, soa intrínseco ao mesmo a característica da espontaneidade. É uma sensação que se apresenta ou não, naturalmente. É uma franca disposição emocional para com o outro que não tolera variações de existência: ou há ou não há; e,

tanto numa como noutra hipótese, o é porque autêntico. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p.43)

Ademais, é impossível falar de afetividade sem afeto. Viver um relacionamento em que uma das partes é obrigada, por imposição legal, demonstrar algo que não se sente é tão danoso quanto a falta de afeto.

“Não se imagine, porém, que o afeto seja exigível juridicamente, uma vez que o seu caráter espontâneo impedirá qualquer provocação judicial para impor a alguém a dedicar afeto (amor) a outra pessoa.” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, v. 6, p.121)

As discussões mais acaloradas sobre a afetividade referem-se, geralmente, à indenização por danos morais pelo abandono afetivo de filho. Alguns doutrinadores entendem que o pai que, muito embora cumpra com seu dever de sustento material, mas não cumpre com o dever de prestar assistência moral, de educação, carinho, orientação, deve indenizar o filho.

A imposição de indenização moral irá criar relações artificiais. De fato, pais irão cumprir com um dever moral sem afeto, apenas para evitar sanções de ordem pecuniária.

É claro que o afeto merece valorização, pois é com base nele e no princípio da solidariedade que o direito de família tem evoluído. As relações interpessoais devem ser movidas por tal sentimento. O que não concordamos é com sua aceção como elemento normativo-imperativo. “A sua existência nas relações familiares é elemento fático; porém, não jurídico.” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p.43)

Se o afeto e a solidariedade são bases para as relações existenciais, é claro que devem fundamentar as relações entre casais que buscam a construção de uma vida em comunhão.

Não mais perdura a sociedade submetida às vontades do patriarca, vontades estas geralmente voltadas para atender seus interesses econômicos. Época em que o casamento era uma importante forma de atender aos anseios financeiros. Os filhos eram casados através de arranjos dos pais. Casavam com o mesmo clã para manter os laços de sangue e para que a riqueza não saísse da família ou procurava-se um bom partido que atendesse as exigências do patriarca.

O ingresso substancial das mulheres no mercado de trabalho, a revolução sexual, a busca da igualdade de direitos, mudaram toda a estrutura das relações

entre os casais. Muito embora a alteridade seja uma característica humana, as relações contemporâneas têm contornos diferentes das relações da sociedade patriarcal.

As uniões, sejam através do casamento ou da união estável, buscam a possibilidade de amar e ser amado, um espaço de desenvolvimento interpessoal, oportunidade de redefinição como pessoa, baseado na afetividade e solidariedade.

Desta forma o indivíduo deve estar totalmente livre para escolher se quer ou não construir sua vida ao lado de alguém. Estar solteiro já não é mais motivo de vergonha, como era para as mulheres, há algum tempo atrás. Ao contrário, a independência financeira feminina tem levado várias mulheres a adiar a decisão de se unir afetivamente.

Na atualidade, para a maioria das pessoas econômica e emocionalmente independente, a perda da exclusividade em uma relação conjugal representa a primeira questão a ser considerada no casamento, superando em muito os aspectos religiosos, legais, morais e patrimoniais implicados. (COSTA, 2007, p.34)

Diante de um contexto que privilegia a liberdade de escolha, e que tem a afetividade como principal motivo de interação com o outro, o indivíduo não pode ser compelido a unir-se afetivamente quando não há mais amor.

Desta forma a obrigação de indenizar por todo e qualquer término de relação pré-nupcial levaria à mesma situação dita alhures, a ocorrência de relações artificiais. O indivíduo permaneceria com o propósito de se unir a outrem apenas para evitar a ruína financeira e a família seria constituída pelo desafeto.

Entretanto, se de um lado está o direito de arrepender-se, de dizer não, mesmo se o seu comportamento anterior levou a uma expectativa de seguir a uma comunhão de vidas, do outro, está o dever de exercer esse direito com responsabilidade.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL E ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

3.1 Conceito de responsabilidade civil

A noção de responsabilidade está entrelaçada aos conceitos de obrigação, dever e da própria ilicitude. No entanto, tais conceitos não se confundem.

Ao tratar da ideia de obrigação, Hart (2001) concebe a teoria de que onde há direito, a conduta humana torna-se obrigatória. Entretanto, entende que tal conceito não basta, sendo necessária a distinção entre as asserções “estar obrigado” e “ter a obrigação”. A primeira é uma afirmação que diz respeito aos motivos e crenças por que se faz a ação. Tal dado psicológico não é necessário na segunda asserção, que traduz em permanência da obrigação, mesmo que não haja crença de que deveria agir de tal modo. Hart (2001) utiliza-se de exemplos para elucidar a questão: a pessoa que entrega o dinheiro a um assaltante armado, diante da ameaça de perder a vida, o faz por estar obrigado, mas seria incorreto dizer que tenha a obrigação de fazê-lo. Diferente é a situação de quem tem a obrigação de prestar o serviço militar e não se apresenta. Mesmo acreditando que nunca será descoberto, a obrigação persiste.

Parece claro que não pensaríamos em B como sendo obrigado a entregar o dinheiro, se o mal objecto da ameaça fosse, segundo um juízo comum, insignificante em comparação com a desvantagem ou as consequências sérias que resultariam, quer para B, quer para outros, do cumprimento das ordens, como sucederia, por exemplo, se A se limitasse à ameaça de beliscar B. [...] Contudo, embora tais referências a juízos comuns sobre males comparados e a estimativa razoável de probabilidades estejam implícitos nesta noção, a afirmação de que uma pessoa foi obrigada a obedecer a alguém é, no essencial, uma afirmação psicológica referente a crenças e motivos pelos quais se fez uma acção. (HART, 2001, p.93)

Ferraz Júnior (2003) entende que toda obrigação envolve um vínculo que expressa um dever, sendo a ideia de dever a motivação para o comportamento lícito. “Assim, a obrigação define-se como vínculo objetivo em que ocorre a exigência de uma prestação sob pena de sanção. O dever localiza-se naquele vínculo; a responsabilidade, na exigência da prestação.” (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p.162).

De fato, é da violação de um dever jurídico que surge o ato ilícito capaz de acarretar dano ao ofendido, e, assim, o dever de reparar o dano. Desta forma, podemos falar em um dever originário ou obrigação de não agir de forma ilícita e um

dever secundário ou responsabilidade, que surge quando há violação do primeiro. Sintetizando tal ideia, “a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.” (CAVALIERI FILHO, 2012, p.2)

Etimologicamente, a responsabilidade exprime ideia de obrigação, encargo, contraprestação. A palavra tem sua origem do verbo latino *respondere*, obrigação que alguém tem que assumir com as consequências de sua atividade. Juridicamente designa o dever que alguém tem de reparar o dano decorrente da violação de outro dever jurídico.

A respeito da conceituação de responsabilidade civil, valiosa é a lição de Cavalieri Filho (2012).

Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano. Em outras palavras, responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico. E assim é porque a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 2)

A responsabilidade civil deriva de uma ofensa a um interesse de outrem causadora de dano, obrigando ao infrator a ressarcir o prejuízo auferido.

3.2 Histórico sobre a responsabilidade civil

3.2.1 Da vingança privada à Lei Aquilia

Nos primórdios, a reparação de um mal, era realizada de forma coletiva, na qual o grupo reagia frente a uma agressão individual, era vingança coletiva e no dizer de Lima: “Forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal.” (LIMA apud DIAS, 2006, p.26)

Posteriormente, nas primeiras formas de sociedade, bem como nas civilizações pré-romanas, consagrou-se a Lei de Talião – olho por olho, dente por dente - individualizando-se a responsabilidade e tornando-a objetiva. O Poder Público intervinha, apenas, para declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de produzir no ofensor dano idêntico ao sofrido.

Após esse período, passou-se ao da composição, momento em que surge a *poena* (pagamento de certa quantia em dinheiro) como forma de reparação ao dano causado. A vítima não mais podia fazer justiça com as próprias mãos, devendo aceitar a composição imposta pela autoridade.

Conforme Dias (2006), neste período ocorre a cisão dos delitos em delitos públicos e delitos privados, mas ainda sem os contornos da responsabilidade. Nos primeiros, considerados ofensas mais graves, a autoridade punia como sujeito passivo atingido; nos delitos privados, intervinha para evitar os conflitos, fixando a composição.

No entanto, foi a *Lex Aquilia de damno* que estabeleceu as bases da responsabilidade extracontratual, estabelecendo o pagamento em pecúnia, se o agente tivesse agido com culpa.

Sintetizando o direito na Antiguidade, Lima leciona:

Partimos, como diz Ihering, do período em que sentimento de paixão predominam no direito; a reação violenta perde de vista a culpabilidade, para alcançar tão-somente a satisfação do dano e inflingir um castigo ao autor do ato lesivo. Pena e reparação se confundem; responsabilidade penal e civil não se distinguem. A evolução operou-se, conseqüentemente, no sentido de se introduzir o elemento subjetivo da culpa e diferenciar a responsabilidade civil e penal. E muito embora não tivesse conseguido o direito romano libertar-se da idéia da pena, no fixar a responsabilidade aquiliana, a verdade é que a idéia de delito privado, engendrando uma ação penal, viu o domínio de sua aplicação diminuir, à vista da admissão, cada vez mais crescente, de obrigações delituais, criando uma obrigação mista ou simplesmente reipersecutória. (LIMA apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p.11)

A Lei Aquilia era dividida em três capítulos:

- a) o primeiro capítulo dispunha sobre a morte a escravos ou animais que pastavam em rebanhos;
- b) o segundo capítulo regulava a quitação do *adstipulator* com prejuízo do credor estipulante; por fim,
- c) o terceiro capítulo tratava das lesões a escravos e animais e destruição ou deterioração de coisas corpóreas, *damnum injuria datum*.

Inicialmente apenas o proprietário da coisa, quando cidadão romano, tinha direito de ação, entretanto, a jurisprudência ampliou o *damnum injuria datum*

estendendo o direito de ação aos titulares de outros direitos reais e aos peregrinos. Também houve extensão para punir lesões produzidas em homens livres e quaisquer danos às coisas em geral. No último estágio do direito romano os textos contemplavam além dos danos materiais, também os danos morais. (DIAS, 2006)

3.3 Responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro

Nosso direito positivo adotou a classificação bipartida da responsabilidade: responsabilidade contratual (arts. 389 e segs. e arts. 395 e segs. do Código Civil); responsabilidade extracontratual (art.186 a 188 e 927 e segs. do Código Civil). (BRASIL, 2002).

No presente trabalho, nos interessa apenas a responsabilidade extracontratual. Desta forma, serão analisados os requisitos da responsabilidade aquiliana previstas no art.186 do Código Civil. O abuso de direito, pela sua importância no deslinde da questão que se propõe, será tratado em tópico distinto.

De acordo com o art.186 do Código Civil só geram responsabilidade os atos ilícitos culpáveis e que causam danos, devendo haver nexos causal entre um e outro.

O artigo manteve a culpa *lato sensu* como fundamento da responsabilidade subjetiva. A culpa *lato sensu* engloba todo comportamento contrário ao direito, seja realizado com dolo ou culpa *stricto sensu*.

A vítima, para se ver ressarcida, deverá comprovar judicialmente a ocorrência da culpa do ofensor, o dano e o nexos causal entre a culpa e o dano.

A industrialização, o capitalismo, massificação das práticas comerciais, o rápido desenvolvimento científico e tecnológico tornaram esta visão tradicional da responsabilidade civil insuficientes para a reparação efetiva dos danos causados. Isto ocorreu porque houve um considerável aumento das possibilidades de acidentes ligados às novas tecnologias e ainda, pela dificuldade da vítima, nestes casos, em provar a culpa.

Assim, o estágio atual da responsabilidade civil pode ser descrito, como bem salienta Schreiber (2011), como a “erosão dos filtros tradicionais.” A culpa, em diversos casos foi afastada, dando lugar à responsabilidade objetiva, bastando a comprovação da conduta, do dano e o nexos de causalidade.

No Brasil, a responsabilidade objetiva foi prevista na Lei de Estradas de Ferro (BRASIL, 1912), Código Brasileiro de Aeronáutica (BRASIL, 1986) e acolhida na

Constituição da República de 1988 que, segundo Schreiber (2011):

A Constituição de 1988 abriu novos caminhos, não apenas por força da previsão de hipóteses específicas (art.7º, XXVIII; art.21, XXIII; art.37, §6º), mas, sobretudo, pela inauguração de uma nova tábua axiológica, mais sensível à adoção de uma responsabilidade que, dispensando a culpa, se mostrasse fortemente comprometida com a reparação dos danos em uma perspectiva marcada pela solidariedade social. (SCHREIBER, 2011, p.20)

Segundo os ditames Constitucionais, o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990b) estabeleceu a responsabilidade objetiva dos fornecedores pelos danos advindos dos defeitos/vícios de seus produtos e serviços e, após, o Código Civil de 2002 assentou o entendimento de que há responsabilidade civil sem culpa, prevendo no art.927 uma cláusula geral de responsabilidade civil objetiva por atividade de risco.

Em 2002, o novo Código Civil, tão tímido em outras matérias, consolidou corajosamente a orientação constitucional no campo da responsabilidade civil. Em primeiro lugar, converteu em objetiva a responsabilidade aplicável a uma série de hipóteses antes dominadas pela culpa presumida, como a responsabilidade por fato de terceiro e por fato de animais. Além disso, elegeu a responsabilidade objetiva em novas hipóteses como aquela relativa à responsabilidade empresarial “pelos danos causados pelos produtos postos em circulação” (art.931). Sua maior inovação, todavia, foi prever em seu art.927 uma cláusula geral de responsabilidade objetiva por atividade de risco, com a seguinte redação:

‘Art.927 [...] Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.’ (SCHREIBER, 2011, p.31)

Assim, podemos concluir que a culpa vem sendo descartada em várias hipóteses de reparação.

Se a responsabilidade objetiva afastou a noção de culpa, o inverso aconteceu em relação ao nexo de causalidade. A relação de causalidade refere-se ao vínculo estabelecido entre a conduta e o dano e toda a discussão reparatória passou a ser em torno da noção jurídica de nexo causal.

Chega-se, hoje, a afirmar que o juízo de responsabilidade, nos casos de responsabilidade objetiva, “acaba por traduzir-se no juízo sobre a existência de nexo de causalidade entre fato e dano”. E os tribunais têm mesmo declarado, com algum exagero, que “o nexo causal é a primeira questão a ser enfrentada na solução de demandas envolvendo responsabilidade civil e sua comprovação exige absoluta segurança quanto ao vínculo entre determinado comportamento e o evento danoso”. (SCHREIBER, 2011, p.56)

O nexu causal é o liame existente entre a conduta e o resultado danoso, de onde pode-se extrair quem foi o causador do dano. É requisito tanto da responsabilidade objetiva, como subjetiva.

3.3.1 Abuso do direito

O abuso de direito também chamado de ilícito funcional, conforme Fiuza (2010), é ilícito em sentido amplo em que seu titular, ao exercer um direito, extrapola os limites impostos pela função social do direito, pela boa-fé objetiva e pelos bons costumes. Para a doutrina do abuso do direito, deve prevalecer o interesse geral sobre o individual, coibindo o abuso do exercício do direito individual e proclamando o respeito pelos interesses sociais.

O exercício regular de um direito é causa excludente de responsabilidade civil, mas se o agente ultrapassa os limites do legítimo exercício, configura-se o abuso, podendo levar a consequências diversas como indenização, anulação do ato, dentre outras.

No direito romano perdurou por muito tempo o princípio do *Nemine laedit qui jure suo utitur* (aquele que age dentro do deus direito a ninguém prejudica). Diante das injustiças trazidas por tal princípio, o direito evoluiu no sentido de se admitir o abuso de direito através da *théorie étroite* e *théorie élargie*. A primeira teoria reconhecia a responsabilidade pelo exercício intencionalmente irregular do direito subjetivo e a segunda subordinava o exercício do direito ao princípio da moralidade e da igualdade.

O Código de Napoleão, seguindo seu caráter individualista, nada dispôs sobre o abuso do direito. A jurisprudência francesa, no entanto, aplicou a teoria do abuso do direito em vários casos, sendo célebre o caso de Clement Bayard, julgado pela Corte de Amiens, em que, proprietário de um terreno confinante com um campo de pouso de aeronaves, construiu enormes torres com hastes pontiagudas, sem razão justificável. As torres apresentavam perigo para as aeronaves e assim o Tribunal Francês aplicou a teoria do abuso do direito, atestando o exercício abusivo da propriedade.

A jurisprudência francesa, dentro deste contexto, exerceu um importante papel, na tentativa de conciliar, por um lado, o respeito à liberdade individual e ao direito subjetivo, com o interesse social, de outro, atenuando os

excessos cometidos pelos indivíduos no exercício dos seus direitos, bem como determinando a reparação dos prejuízos advindos destes comportamentos. Surgem, desse modo, na ausência de uma base legislativa, as primeiras notas da teoria do abuso do direito e, com ela, a atenuação do caráter absoluto dos direitos subjetivos, e a emergência das noções de relatividade dos direitos e solidariedade social. (FERREIRA, 2007, p.19)

No Brasil, segundo Pereira (2011), o Código Civil de 1916 não tratou expressamente do abuso de direito, mas sua admissão defluiria da análise a *contrario sensu* do art.160, I, segunda parte que, ao considerar lícito o exercício regular de um direito reconhecido, conseqüentemente, reputaria ilícito o exercício abusivo do direito.

Se o Código Civil de 1916 não tratou da teoria de maneira expressa, o Código Civil de 2002 a concebeu como cláusula geral, apresentando-se como modelo aberto para reger as relações surgidas na sociedade contemporânea. Trouxe em seu texto as ‘cláusulas gerais’ outorgando aos magistrados flexibilidade nas soluções dos conflitos, sem descuidar do compromisso com a dignidade da pessoa humana, sociabilidade, eticidade, dentre outros tantos aspectos de valoração social.

Isto porque, para a descoberta da abusividade, é necessário recorrer aos princípios da função social, da boa-fé, e dos bons costumes. Estes, por sua vez, exprimem valores éticos-sociais dominantes objetiva e uniformemente na sociedade em certa época e lugar, que irão fundamentar e orientar o aplicador do direito na elucidação da abusividade. É um dispositivo, portanto, extremamente maleável, apto a absorver as novas exigências sociais e promover o contínuo desenvolvimento do direito. (FERREIRA, 2007, p.136)

De fato, atualmente a teoria ganhou inegável importância, sendo expressamente prevista no artigo 187 do Código Civil de 2002: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” (BRASIL, 2002)

A respeito do tema:

Acredito que a teoria atingiu seu pleno desenvolvimento com a concepção de Josserand, segundo a qual há abuso de direito quando ele não é exercido de acordo com a finalidade social para o qual foi conferido, pois, como diz este jurista, os direitos são conferidos ao homem para serem usados de uma forma que se acomode ao interesse coletivo, obedecendo à sua finalidade, segundo o espírito da instituição. (RODRIGUES, 2002, p.321)

No Brasil duas teorias buscam conceituar o abuso do direito. A primeira teoria é a teoria subjetiva que defende que o abuso do direito surge quando o ato, embora amparado legalmente, for praticado com a intenção de prejudicar alguém.

Significa que há de prevalecer a teoria subjetiva do abuso do direito, a significar que este se caracteriza quando presente o elemento intencional, ou seja, impões-se que o agente tenha consciência de que o seu direito, inicialmente legítimo e secundum legis, ao ser exercitado, desbordou para o excesso ou abuso, de modo a lesionar ou ferir o direito de outrem. O elemento subjetivo é a reprovabilidade ou a consciência de que poderá causar algum mal, assumindo o risco ou deixando de prevê-lo quando deveria. (STOCO, 2013, t. 1, p.171)

A segunda corrente dispensa o elemento subjetivo da conduta e entende que o abuso do direito “caracteriza-se pela existência de conflito entre a finalidade própria do direito e sua atuação no caso concreto.” (CAVALIERI FILHO, 2012, p.173)

O Código Civil de 2002 optou pela segunda corrente, pois não exige culpa no exercício anormal do direito. O abuso de direito apresenta-se como uma limitação aos direitos subjetivos, na medida em que estes devam ser exercidos conforme a finalidade social, boa-fé e bons costumes. Para configurar o abuso do direito é irrelevante a verificação da culpa, conforme Enunciado 37 da Jornada de Direito Civil “a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.” (BRASIL, 2012)

Cavaliere Filho (2012) esclarece que:

Temos certo que o Código Civil assumiu em relação ao ato ilícito essa postura dicotômica tanto é assim que, além da responsabilidade subjetiva fulcrada no ato ilícito stricto sensu, prevista no art. 927, lembra o parágrafo único deste mesmo artigo que há outras situações igualmente geradoras da obrigação de indenizar *independentemente de culpa*. Devemos ainda resaltar que o Código, após conceituar o ato ilícito em sentido estrito no art.186, formulou outro conceito de ato ilícito mais abrangente, no seu art.187, no qual a culpa não figura como elemento integrante, mas sim os limites impostos pela boa-fé, bons costumes, fins econômicos ou social do Direito. O abuso do direito foi aqui configurado como ato ilícito dentro de uma visão objetiva, pois boa-fé, bons costumes, fins econômicos ou social nada mais são que valores éticos-sociais consagrados pela norma em defesa do bem comum, que nada tem a ver com culpa. (CAVALIERI FILHO 2012, p.12)

O abuso do direito é também ato ilícito, mas com características próprias, diferindo do ilícito do art.186 do Código Civil. Neste, a conduta praticada é contrária

ao direito, no abuso do direito, o ato é pautado na lei, mas exercido de forma anormal contrariando a ética, os bons costumes, a boa-fé, a finalidade econômica e social do direito.

Tanto no ato ilícito como no abuso do direito, estará presente a antijuridicidade. A sua diversidade reside no âmbito de violação da norma. No primeiro caso, haverá violação de um direito subjetivo alheio, ou de uma disposição de lei que protege direitos alheios. No segundo, haverá violação do fundamento axiológico do direito. (FERREIRA, 2007, p. 37)

Portanto, são requisitos para a caracterização do abuso de direito: o exercício de um direito; que tal exercício ofenda a finalidade econômica e social, a boa-fé ou os bons costumes.

Conforme dito, no abuso de direito, há o exercício de um direito, embora anormal, e não a mera violação de um dever jurídico.

A todo direito corresponde um fundamento ideológico, vale dizer, um fim proposto socialmente, uma razão para existir. Assim, quando nos referimos a uma finalidade econômica e social, buscamos o que precede ao próprio direito.

O direito de propriedade, por exemplo, confere ao seu titular o direito de usar, gozar ou dispor do bem. Entretanto, todos esses poderes do proprietário devem ser exercidos dentro de uma finalidade socioeconômica, com respeito ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. É claro que a propriedade tem uma finalidade econômica, mas seu proprietário não pode utilizá-la para prejudicar o interesse ou a vantagem econômica de terceiros, devendo haver um equilíbrio com vistas ao bem comum. Assim, a utilização da propriedade com fins meramente espúrios ou com afronta ao meio ambiente configura abuso.

Os bons costumes dizem respeito ao comportamento das pessoas segundo padrões morais impostos pelo grupo social em determinado momento. “Haverá abuso nesse ponto quando o agir do titular do direito contrariar a ética dominante, atentar contra os hábitos aprovados pela sociedade, aferidos por critérios objetivos e aceitos pelo homem médio.” (CAVALIERI FILHO, 2012, p.185)

O critério da boa-fé é o mais importante para a caracterização do abuso de direito. De fato, a maior parte das condutas abusivas o é por ferir um dever de agir de maneira proba. No caso, o artigo 187 do Código Civil, refere-se à boa-fé objetiva. (BRASIL, 2002)

A boa-fé objetiva atua como regra de conduta honesta, leal. Exige-se um agir adequada e corretamente. Difere da boa-fé subjetiva, pois esta denota um estado

de consciência de não estar agindo de má-fé. Na análise da aplicação da boa-fé subjetiva deve ser considerada a intenção do sujeito, a existência de uma situação regular, ou erro escusável.

A boa-fé subjetiva consiste em crenças internas, conhecimentos e desconhecimentos, convicções internas. Consiste, basicamente, no desconhecimento de situação adversa. Quem compra de quem não é dono, sem saber, age de boa-fé, no sentido subjetivo.

A boa-fé objetiva baseia-se em fatos de ordem objetiva. Baseia-se na conduta das partes, que deveriam agir com correção e honestidade, correspondendo à confiança reciprocamente depositada. As partes devem ter motivos objetivos para confiar uma na outra. (FIUZA, 2009, p.368)

Assim, configurado o abuso do direito, resta sancionar o agente. As sanções poderão, segundo Fiuza (2009), ser diretas ou indiretas. As sanções diretas levam ao desfazimento do ato praticado e as sanções indiretas à reparação do dano segundo os princípios da responsabilidade civil.

Cavaliere Filho (2012) lembra que o abuso de direito poderá restar configurado sem que o comportamento do sujeito tenha causado dano à outra parte. Neste caso, o agente se submeterá a sanções diversas à indenização, como nulidade do ato, perda de um direito processual, etc.

Pois bem, não há dúvidas de que o abuso de direito seja fonte de responsabilidade civil e como tal, também pode ser observado nas relações existenciais.

Assim, é possível a responsabilização pelo término de uma relação pré-nupcial com base na teoria do abuso do direito. Na verdade, a teoria se apresenta como a melhor solução para o deslinde da *vexata quaestio*.

O término de uma relação afetiva não pode, por si só, gerar o dever de indenizar. Romper um relacionamento afetivo está na esfera de liberdade do indivíduo e como tal, é um direito e o exercício regular de um direito é causa de exclusão de ilicitude. É o direito exercido de boa-fé, de forma razoável.

Quem exerce seu direito subjetivo nesses limites age licitamente, e o lícito exclui o ilícito. O direito e o ilícito são antíteses absolutas, um exclui o outro; onde há ilícito não há direito; onde há direito não há ilícito. Vem daí que o agir em conformidade com a lei não gera responsabilidade civil ainda que seja nocivo a outrem como, por exemplo, a cobrança de uma dívida, a propositura de uma ação, a penhora numa execução forçada. (CAVALIERE FILHO, 2012, p. 20)

Assim, só poderá ser considerado como ato ilícito o fim do relacionamento com constrangimento, humilhação, mentiras ao parceiro, isto é exercido com o abuso do direito. O 'não' no momento da cerimônia, o término em frente de várias pessoas ou pelas redes sociais, o abandono no altar, são exemplos de atitudes improbas, desleais que levariam a uma condenação por indenização por danos morais e materiais, conforme o caso.

3.3.2 Dano moral e dano material

O dano sempre foi elemento indispensável à responsabilidade civil. No entanto, Fiuza (2010) lembra que poderá haver responsabilidade por ato ilícito sem que ocorra dano, como no caso da mora contratual. Havendo cláusula no contrato, cominando multa pela mora, ocorrendo esta, incidirá a multa, mesmo sem a ocorrência de dano.

Pois bem, para a aferição do dano, segundo Moraes (2003), utilizava-se a chamada 'Teoria da Diferença', calculando-se a diferença entre o patrimônio da vítima antes e depois do evento danoso. No caso, dano era sinônimo de prejuízo e tal fórmula matemática só era possível para casos de reparação por danos materiais. Na verdade, até pouco tempo atrás apenas os danos materiais eram passíveis de reparação.

Entretanto, tal concepção restou superada, posto que a Constituição da República reconheceu a reparabilidade do dano extrapatrimonial.

Ultrapassada a discussão sobre a reparabilidade, o conceito de dano moral e sua reparação são as questões que acirram os debates sobre o assunto.

A princípio os danos morais eram danos exclusivamente a direitos da personalidade em que se levava em conta a natureza do direito lesado. A respeito desta corrente: "Foram, então, os danos morais conceituados como as lesões sofridas pela pessoa humana em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal o conjunto de tudo o que não é suscetível de valoração econômica." (MORAES, 2003, p.155)

Em posição diversa, Dias (1987) conceitua o dano moral como efeito não patrimonial da lesão:

O dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direito e não a própria lesão, abstratamente considerada. O conceito de dano é único, e corresponde a lesão de direito. Os efeitos da injúria podem ser patrimoniais

ou não, e acarretar, assim, a divisão dos danos em patrimoniais e não patrimoniais. Os efeitos não patrimoniais da injúria constituem os danos não patrimoniais. (DIAS, 1987, v 2, p.852).

Segundo Moraes (2003) uma terceira corrente constitui-se da união das demais, distinguindo danos morais objetivos e danos morais subjetivos. Danos morais objetivos são aqueles que afrontam os direitos da personalidade e danos morais subjetivos são o mal sofrido pelo indivíduo em sua subjetividade, em seu íntimo, causando sentimento de dor, angústia, sofrimento.

Desta forma, no nosso ordenamento jurídico, domina o entendimento na doutrina e nos tribunais de que danos morais são aqueles que ferem direitos da personalidade, indiferentemente de lesão material e ainda aqueles cujos efeitos da ação causam dor, constrangimento, humilhação, tristeza, intensos, posto que meros aborrecimento não são passíveis de indenização.

De maneira mais ampla, pode-se afirmar que são danos morais os ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana (“o da intimidade e da consideração pessoal”), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (“o da reputação ou da consideração social”). (THEODORO JÚNIOR, 2010, p.2)

Os direitos da personalidade têm suas raízes históricas no iluminismo, nas Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

A princípio, o reconhecimento dos direitos da personalidade se deu na esfera pública, no sentido de tutela contra o abuso do Estado, “em princípio, tinham como incumbência tutelá-lo face ao ente estatal e, posteriormente, fundamentar um estado burguês, garantindo-se a todos, por exemplo, a liberdade e o direito de propriedade privada.” (LACERDA, 2010, p.80)

As mudanças ocorridas no século XX levaram ao aniquilamento do Estado Liberal. De fato, a igualdade formal difundida pelo liberalismo mostrou-se insuficiente diante da nova realidade social.

Segundo Lacerda (2010), o estado social surge, então, como “Salvador do Estado de Direito”, com o objetivo de diminuir as diferenças sociais e prevalência da igualdade material. O individualismo burguês, a prevalência da proteção à propriedade, foram cedendo espaço para as discussões sobre os direitos da personalidade de ordem privada.

Assim, a dicotomia entre direito público e direito privado também se fez presente na tutela dos direitos da personalidade, sendo superado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Estabeleceu-se assim a dicotomia entre o direito público e o privado também no que tange à tutela dos direitos da personalidade, que somente seria superada após a Segunda Guerra Mundial, por meio do princípio da dignidade da pessoa humana, que passa a atuar como elemento de interseção entre o público e privado na tutela da personalidade humana. (LACERDA, 2010, p.87)

No ordenamento jurídico pátrio, a Constituição de 1988 explicitou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, atribuindo-lhe valor supremo.

Poderíamos até dizer que a eminência da dignidade da pessoa humana é tal que é ditada ao mesmo tempo da natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspiram a ordem jurídica. Mas a verdade é que a Constituição lhe dá mais que isso, quando a põe como fundamento da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito. Se é fundamento, é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia, e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica, cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida social. (SILVA, 1998, p.92)

Assim, o respeito à dignidade da pessoa humana deve prevalecer em todos os espaços da ordem jurídica e desta forma, a dignidade é a essência normativa e axiológica dos direitos da personalidade.

Moraes (2003), analisando o conceito filosófico de dignidade, assevera que “a raiz etimológica da palavra ‘dignidade’ provem do latim *dignus* – ‘aquele que merece estima e honra, aquele que é importante’. (MORAES, 2003, p.77)

Segundo a ilustre professora, Kant trata a moralidade em novas bases, sintetizada no que nomeou de imperativo categórico. “O imperativo categórico é, portanto, único e pode ser descrito da seguinte forma: *age só segundo máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal.*” (KANT, 2003, p.5, grifo do autor)

Agora eu afirmo: o homem – e, de uma maneira geral todo ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros

seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim. Todos os objetos das inclinações têm um valor apenas condicional, pois se não existissem as inclinações e as necessidades que nelas se fundamentam seria sem valor o seu objeto. As próprias inclinações, porém, como fontes das necessidades, tão longe estão de possuir um valor absoluto que as torne desejáveis em si mesmo que, muito pelo contrário melhor deve ser o desejo universal de todos os seres racionais em libertar-se totalmente deles. Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres, cuja existência não assenta em nossa vontade, mas na natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, um valor meramente relativo, como meios e por isso denominam-se coisas, ao passo que os seres racionais denominam-se pessoas, porque a sua natureza o distingue já como fins em si mesmo ou seja, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, portanto, nessa medida, limita todo o arbítrio (e é um objeto de respeito).[...] (KANT, 2003, p.58-59)

Silva (1998) salienta que a filosofia kantiana faz uma importante distinção entre preço e dignidade, pois as coisas têm preço, as pessoas, dignidade. No mundo social tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. Desta forma, o homem não é uma coisa, não é, por consequência, um objeto que possa ser tratado simplesmente como meio, mas deve em todas as suas ações ser sempre considerado como um fim em si mesmo.

Assim, a dignidade da pessoa humana não é criação do direito constitucional. É, na verdade, atributo da pessoa humana. “Assim, a dignidade entranha e se confunde com a própria natureza do ser humano.” (SILVA, 1998, p.91).

Juridicamente, Moraes (2003) divide a dignidade em quatro postulados: o sujeito moral reconhece a existência dos outros sujeitos como sujeitos iguais a ele; merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica; dotado de vontade livre, de autodeterminação; é parte do grupo social tendo a garantia de não ser marginalizado. Assim, desta decomposição são corolários os princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade.

Desta forma, sendo a tutela da dignidade da pessoa humana valor supremo do nosso ordenamento jurídico, julgamos que deve prevalecer o entendimento da professora Moraes (2003) que define danos morais como danos à dignidade da pessoa humana, violações da cláusula geral de tutela da pessoa humana.

A importância de conceituar o dano moral como a lesão à dignidade humana pode ser medida pelas consequências que gera, a seguir enunciadas. Assim, em primeiro lugar, toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em condição humana, que (mesmo longinquamente)

pretenda tê-lo como objeto, que negue a sua qualidade de pessoa, será automaticamente considerada violadora de sua personalidade e, se concretizada, causadora de dano moral a ser reparado. Acentue-se que o dano moral, para ser identificado, não precisa estar vinculado à lesão de algum “direito subjetivo” da pessoa da vítima, ou causar algum prejuízo a ela. A simples violação de uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial (ou de um “interesse não patrimonial”) em que esteja envolvida a vítima, desde que merecedora de tutela, será suficiente para garantir a reparação. (MORAES, 2003, p.188)

O conceito nos parece mais adequado, à medida que impede a condenação em danos morais para qualquer situação de dor, sofrimento e tristeza. Todo convívio social é sujeito a dissabores, mas nem todo aborrecimento pode justificar uma condenação em indenização. Assim, devem ser reconhecidos como dano moral os danos realmente lesivos aos substratos materiais da dignidade, isto é, igualdade, integridade física e psicológica, liberdade e solidariedade familiar ou social.

É neste contexto que entendemos que um término de um relacionamento amoroso não pode, por si só, ensejar danos morais.

É claro que o fim de um relacionamento, principalmente quando dele se espera a consolidação pelo casamento ou união estável, gera muita tristeza para o abandonado. Entretanto, a dor psíquica do enjeitado não pode ser considerada de forma exclusiva para justificar a indenização moral.

Ora, a dignidade do outro também merece tutela. Se um tem direito de não ser lesado em sua integridade psíquica, o outro também tem o direito de não ser lesado em sua liberdade. A escolha em unir-se ou não através do matrimônio ou da união estável é um ato de liberdade que não pode ser tolhido por ameaça de sanção indenizatória.

No caso, a ponderação será feita entre dignidade humana de um lado e dignidade humana de outro e entre interesses existenciais. Assim, não concordamos com as posições que ponderam o direito de liberdade de forma desvantajosa em relação ao fim de um relacionamento pré-nupcial.

Conforme dito, o dano moral e o dano material devem surgir apenas quando o fim do relacionamento se der com abuso do direito. As situações vexatórias, humilhantes ferem a dignidade da pessoa humana e assim justifica-se a indenização extrapatrimonial. Os gastos para a cerimônia suportados pela vítima para a concretização das bodas gera para a vítima o direito de ressarcimento de parte do que gastou.

3.3.3 Fixação da indenização

O dano material constitui dano ao patrimônio da vítima, seja corpóreo ou incorpóreo, é suscetível de avaliação pecuniária e subdivide-se em dano emergente e lucro cessante.

O dano emergente é aquilo que se perdeu e sua fixação se dará aferindo-se a diminuição do patrimônio da vítima. Os lucros cessantes são danos futuros, aquilo que se deixou de ganhar. “Consiste, portanto, o lucro cessante na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima.” (CAVALIERI FILHO, 2012, p.79)

Na hipótese de uma condenação por danos materiais em virtude de um término de uma relação pré-nupcial entende-se que a vítima teria direito ao dano emergente, isto é, a receber parte do que gastou com o preparativo para a festa, com o enxoval. Entretanto, não há como considerar que o término de um relacionamento possa resultar em perda de algum lucro esperado, pois o objetivo de uma união matrimonial não é a obtenção de lucro.

Quanto à fixação do dano moral, a doutrina e a jurisprudência divergem quanto aos parâmetros adotados. Assim, pelas dificuldades na fixação do dano moral, parte da doutrina tem defendido e parte da jurisprudência tem acolhido os danos punitivos ou *punitives damages*,

O instituto tem sua origem no sistema da *common law* e aplicação corriqueira nos Estados Unidos da América, nos processos de indenização por danos morais e materiais.

Existem dois grandes sistemas do direito contemporâneo: a *common law*, na Grã-Bretanha, e o sistema romano-germânico.

Historicamente, o sistema de direito romano-germânico iniciou-se no século XIII na Europa Continental. Formou-se, primeiramente, nas universidades europeias, com base em compilações do imperador Justiniano e durante cinco séculos foi dominado pela doutrina. A doutrina, com a Escola de Direito Natural, se constituirá em verdadeiro ato preparatório para o período seguinte, no qual ainda nos encontrarmos, o período das codificações. A respeito do nascimento do sistema romano-germânico David (2002) assevera que:

A criação da família de direito romano-germânico está ligada ao renascimento que se produz nos séculos XII e XIII no Ocidente europeu. Este renascimento manifesta-se em todos os planos, um dos seus aspectos importantes é o jurídico. A sociedade, com o renascer das cidades e do comércio, toma de novo consciência de que só o direito pode assegurar a ordem e a segurança necessária ao progresso. (DAVID, 2002, p. 39)

Após a queda de Roma, no século V, foram criadas leis bárbaras para a maioria das tribos germânicas. Entretanto, apenas uma parte pequena destas “leis” pode ser reconhecida como verdadeira expressão do direito. De fato, foi a partir do Século XIII que podemos falar em sistema jurídico romano-germânico.

Em sua segunda fase, o direito romano-germânico entra na era das codificações, do direito escrito, que se estende até os dias atuais. A sua mais forte expressão se deu na França no século XIX, após a Revolução Francesa, com o Código de Napoleão.

Importante salientar, que a codificação não foi uma oposição à Escola de Direito Natural ensinado nas universidades. Ao contrário, como afirma David (2002), a codificação permitiu a realização da ambição da escola de direito natural: expor metodicamente o direito conveniente a toda sociedade moderna e que seria aplicado nos tribunais.

O contexto histórico nos mostra a importância que o direito positivado tem para o sistema romano-germânico. O sistema tem na lei, ainda hoje, sua fonte primacial e dela o operador do direito não pode se afastar.

O sistema da *common Law* é um sistema que foi elaborado na Inglaterra, pela ação dos Tribunais Reais de Justiça. Além do direito inglês, abrange os países de língua inglesa como os Estados Unidos da América.

De fato, nos Estados Unidos, após a fundação da primeira colônia, o direito inglês passou a ser aplicado. A língua inglesa e o povoamento originariamente inglês mantiveram o país na família da *common law*.

Podemos encontrar grandes diferenças na aplicação do direito nos Estados Unidos e na Inglaterra, entretanto, ambos concebem o direito e sua função da mesma forma:

O direito, quer para um jurista americano, quer para um jurista inglês, é concebido essencialmente sob a forma de um direito jurisprudencial; as regras formuladas pelo legislador, por mais numerosas que sejam, são consideradas com uma certa dificuldade pelo jurista que não vê nela o tipo normal da regra de direito; estas regras só são verdadeiramente assimiladas aos sistema de direito americano quando tiverem sido

interpretadas e aplicadas pelos tribunais e quando se tornar possível, em lugar de se referirem a elas, referirem-se às decisões judiciais que as aplicaram. (DAVID, 2002, p.459)

Nos sistemas de *common law* o direito é criado e aperfeiçoado pelos juízes que levam em consideração as decisões adotadas para casos anteriores (*cases*). Diferentemente do sistema romano-germânico que enfatiza os atos legislativos, é nos precedentes judiciais que se encontra a fonte primordial do direito na *common law*.

Estas são, em síntese, as diferenças entre os dois sistemas.

O *punitive damages* também conhecido como dano moral punitivo, teoria da pena privada, *imaginary damages*, *speculative damages*, doutrina dos danos punitivos, teoria do desestímulo, foi consolidado nos países da *common law*, nomeadamente nos Estados Unidos da América, onde é fortemente aplicado.

De fato, muito embora suas raízes sejam inglesas, foi nos Estados Unidos da América que o *punitive damages* tomou força, elevando o valor das indenizações para a faixa dos milhões de dólares. Tem tripla função: reparar o dano, servir de punição ao causador do dano e caráter pedagógico. Souza (2009) apresenta o conceito e os objetivos dos danos punitivos:

Punitive damages, ou danos punitivos, são as punições que o direito anglo-saxão impõe ao causador de um dano. Não precisa ser este dano, necessariamente, moral. O seu fundamento não é outro, senão como diz o próprio nome, servir de punição ao ofensor. (SOUZA, 2009, p.258)

Saliente-se que nos Estados Unidos as questões relacionadas às indenizações são de competência do júri popular. Ao júri cabe decidir sobre a imposição ou não dos danos punitivos e a fixação de seu valor. Em muitos casos, as condenações são superiores ao que foi pleiteado pelas vítimas.

A possibilidade de deferir indenização superior ao que foi requerido nos parece fora de razoabilidade, entretanto, está de acordo com o sistema jurídico norte-americano tão diferente do nosso cujas raízes são romano-germânicas.

Naquele sistema, a pena privada encontra respaldo, posto que a punição na esfera cível se confunde com a punição penal. O *jus puniendi* não está exclusivamente nas mãos do Estado, sendo perfeitamente possível a transação entre Estado, vítima e ofensor.

A vítima pode escolher a punição de seu ofensor apenas na esfera cível, sendo assim, o Estado fixará uma indenização a título de reparação do dano e outra a título de punição, os *punitives damages*. Assim, em uma mesma sentença haverá uma condenação de caráter cível e outra de caráter penal.

Assim, aquele que obtivesse a reparação na esfera cível, não teria mais o interesse em propor outra ação no âmbito penal, uma vez que seu ofensor já seria condenado, civilmente, ao pagamento de uma indenização de tal monta que, de uma só vez, além de lhe servir de punição (objetivo do direito penal) serviria também à vítima, com uma gorda quantia que eventualmente lhe seria mais útil do que uma ação penal contra seu ofensor. (SOUZA, 2009, p.260)

No ordenamento jurídico brasileiro, no campo da responsabilidade civil impera o princípio do *restitutio in integrum*, isto é, repor a vítima à situação anterior à lesão, devendo a indenização ser fixada em proporção ao dano.

Tal princípio está previsto no caput do art.944 do Código Civil, com o seguinte teor: “A indenização mede-se pela extensão do dano”. (BRASIL, 2002)

A indenização deverá abranger todo o prejuízo sofrido efetivamente, com o objetivo de recolocar a vítima, quando possível, na situação anterior, sendo o grau de culpa irrelevante na fixação da indenização. Assim, mesmo em se tratando de culpa levíssima deverá o ofensor responder pelos danos causados.

Entendendo que tal solução poderia trazer injustiças, já que a culpa levíssima poderia gerar um ônus excessivo para o causador do dano, o legislador tratou de atenuar a regra e acrescentou o parágrafo único ao citado artigo: “Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.” (BRASIL, 2002).

O dispositivo deve ser visto como exceção, devendo ser interpretado de forma restritiva. Não há que se dizer que poderá haver elevação da indenização quando tratar-se de culpa grave ou dolo. A norma tem como objetivo possibilitar ao juiz que dê a solução ao caso concreto de acordo com a proporcionalidade entre a conduta e o dano, visando sempre, reduzir a indenização.

É neste viés que devemos entender a incompatibilidade do instituto do *punitive damages* com o art.944 do Código Civil. (BRASIL, 2002)

Não há interpretação plausível do artigo que nos possibilite julgar que os danos punitivos tenham coerência com o nosso ordenamento jurídico.

Conforme foi dito, o *punitive damages* constitui um aumento nas indenizações, com a finalidade de punir o causador do dano. Ora, o nosso sistema jurídico estabelece que a indenização deve buscar primeiramente a restituição da vítima ao *status quo ante*, não sendo possível, a mesma deverá ser compensada pelo dano sofrido, não havendo menção à majoração da indenização como punição.

O nosso ordenamento jurídico, ao contrário do sistema norte-americano, diferencia a responsabilidade civil da responsabilidade penal. Na responsabilidade penal há o interesse do Estado, interesse da sociedade, pois o agente infringe uma norma de direito público. Na responsabilidade civil o interesse lesado é privado.

Assim, se um ato danoso também constituir crime, o agente irá responder perante a vítima e perante a sociedade. A responsabilidade penal visa a punição e a responsabilidade civil, a reparação. Neste caso, Souza (2009), assevera com muita propriedade que se o ofensor for, na esfera cível, condenado a título de *punitive damages*, haverá um *bis in idem*, isto é, será punido penal e civilmente, o que no nosso sistema é inadmissível.

Dessa forma, havendo abuso do direito e imposição do dever de indenizar por danos extrapatrimoniais a fixação deverá levar em conta a compensação à vítima pelo dano sofrido e não a punição do ofensor.

Enfim, urge assentar de vez que:

- a) a responsabilidade civil não é meio de impor pena ao culpado pelo dano privado;
- b) seu objetivo é apenas reconstituir o patrimônio de quem sofreu prejuízo por efeito de ato ilícito de outrem;
- c) se o dano moral não é de fácil dimensionamento no plano econômico, é certo que não pode servir de pretexto para enriquecimento da vítima, nem de ruína para o ofensor.

Com equidade haverá de ser arbitrada a indenização, que tem institucionalmente o propósito de compensar a lesão e nunca de castigar o causador do dano e de premiar o ofendido com enriquecimento sem causa. (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 89)

A condenação em indenização deve ter como foco principal a vítima, pois o instituto existe para sua proteção, mediante a compensação por danos sofridos. A indenização como punição tira o holofote da vítima e coloca como centro da questão, o ofensor, o que é ínsito à responsabilidade penal.

3.4 O Enriquecimento sem causa e o exercício regular do direito

O art. 188 do CC/2002 prevê as hipóteses em que a conduta do agente é considerada lícita muito embora cause dano, são as chamadas excludentes de ilicitude.

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão à pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo. (BRASIL, 2002)

O artigo 188 do CC/2002 enumera hipóteses em que a conduta do agente, mesmo que venha a causar dano, não é considerada ilícita, são elas: a legítima defesa, o estado de necessidade e o exercício regular de um direito.

A legítima defesa está bem definida no Código Penal em seu art.25: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. (BRASIL, 1940)

A legítima defesa tem como fundamento o direito natural, pois é inerente ao ser humano o ato de defender bens próprios ou de terceiros. É claro que não é lícito fazer justiça com as próprias mãos, mas o Estado, reconhecendo sua ausência em determinadas situações, possibilita o indivíduo a defender direito seu ou de terceiros.

Para que seja reconhecida a legítima defesa é necessário que estejam presentes os seguintes requisitos: que os meios utilizados sejam moderados, que a agressão a que se repele seja injusta, atual ou iminente.

Para o direito civil quem atua em legítima defesa causando dano, não tem a obrigação de indenizar.

O estado de necessidade ocorre quando alguém, a fim de remover perigo iminente, deteriora ou destrói coisa alheia ou causa lesão à pessoa. Há uma colisão de dois bens jurídicos, razão pela qual, para se configurar a exclusão do dever de indenizar, não poderá haver excesso, devendo ser utilizado apenas o que for necessário para a remoção do perigo.

O exercício regular de um direito é o agir de acordo com a lei e quem age de acordo com a lei não comete ato ilícito. “O direito e o ilícito são antíteses absolutas, um exclui o outro; onde há ilícito não há direito; onde há direito, não há ilícito.” (CAVALIERI FILHO, 2012, p.21)

Quem excede no exercício de um direito, nos limites impostos pela finalidade econômica e social do direito, boa fé e bons costumes comete abuso do direito, não havendo que se falar, por óbvio, em excludente.

Não há dúvidas de que o término abusivo de um relacionamento gera o dever de indenizar. Entretanto, outra discussão se faz presente: não havendo ato abusivo, o parceiro que perseverou na realização do matrimônio ou na instituição da união estável deve arcar sozinho com os gastos que porventura realizou?

A resposta positiva traduz-se em injustiça, a resposta negativa levanta outra questão: não havendo ato ilícito, pelo ato ter sido praticado no exercício regular de um direito, como falar em indenização?

A resposta adequada está no princípio que veda o enriquecimento sem causa. Além de instituto de Direito Civil, o enriquecimento sem causa é também princípio geral de direito.

No direito romano, segundo Gonçalves (2010), as ações de restituição por locupletamento indevido chamavam *condictiones*, podendo ser citadas: a *condictio indebiti*, utilizada em caso de pagamento por erro; a *conditio causa data non secuta* para a restituição da coisa dada em virtude de evento futuro que não se realiza; *condictiones sine causa* prevista para o pagamento realizado sem causa.

Pereira (2011) faz um apanhado no tratamento do instituto pelas legislações alienígenas dividindo em três grupos: o primeiro grupo formado pelo BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch* - Código Civil Alemão), Código Suíço das Obrigações, Código Italiano de 1942, Código Civil Português de 1966, dispuseram de forma ampla que toda a hipótese a que falte ou venha a faltar a causa eficiente da aquisição leva ao dever de restituir por constituir em enriquecimento indevido. O segundo grupo formado pelo Código Civil francês, o Código Italiano de 1865, já revogado e o espanhol, dispõem que o pagamento indevidamente recebido gera uma obrigação de restituir, como ao débito que se origina de um contrato. O terceiro, formado pelo Código Civil da Áustria e o Código português de 1867, não trataram expressamente do enriquecimento sem causa, mas asseguram a retenção àquele que pagou por erro.

No Brasil, o Código Civil o disciplinou, nos art.884 a 886, no título que se refere aos atos unilaterais, sendo fonte de obrigação de restituir o que foi objeto de locupletamento indevido.

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer a custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido. (BRASIL, 2002)

Como instituto, o Código Civil reconheceu a ação de locupletamento indevido de forma subsidiária e estabeleceu que, não havendo causa que justifique o enriquecimento, o lesado faz *jus* à restituição da própria coisa que, não mais existindo, deverá ser convertida em valor pecuniário. Também terá direito às perdas e danos. “A noção de causa deve ser entendida como um título jurídico idôneo a justificar o enriquecimento.” (PEREIRA, 2011, p.276)

Várias são as críticas ao tratamento dado ao enriquecimento sem causa pelo diploma civil, ao situá-lo no Direito das Obrigações, posto que, sendo princípio geral de direito, a Parte Geral seria mais adequada.

O tema “enriquecimento ilícito” é tratado pelo Código Civil de 2002 no título referente aos atos unilaterais, embora se nos pareça muito mais adequado tratá-lo na Parte geral do Direito Civil, espaço sem dúvida mais consentâneo com seus contornos teóricos. (FIUZA, 2010, p.262)

Segundo Konder (2005), como princípio, alguns doutrinadores atribuem à vedação do locupletamento indevido um caráter moral. Outros, justificam a aplicação do princípio a partir da teoria da destinação jurídica dos bens.

Tudo quanto os bens sejam capazes de render ou produzir no seu aproveitamento pertence, de acordo com o conteúdo da afetação ou destinação de tais direitos, ao sujeito que é seu titular. A pessoa que, intrometendo-se nesses bens jurídicos, retire da coisa qualquer vantagem patrimonial, obtém-na à custa alheia, mesmo que o titular não estivesse disposto a praticar os atos donde a vantagem procede. (VARELA apud KONDER, 2005, p.371)

Jurisprudencialmente, segundo Konder (2005), o princípio é invocado em situações em que a norma atribui ao juiz um maior grau de discricionariedade como na redução do valor da cláusula penal ou na fixação dos danos morais. Em outras decisões o princípio é invocado como fundamento em situações que a lei é obscura.

É como princípio que o instituto deverá ser utilizado quando o término de uma relação pré-nupcial ocorrer sem abuso do direito. De fato, mesmo exercendo regularmente o direito de terminar um relacionamento, deverá restituir a parte que confiou na realização das núpcias e por essa razão fez gastos, pelo princípio que veda o enriquecimento sem causa.

Não se cogita aqui da ilicitude da conduta de desistir, mesmo porque responsabilidade civil não se confunde com enriquecimento sem causa, mas busca-se a restituição de parte das despesas com as quais arcou. Havendo abuso do direito a vítima deverá ser indenizada por danos materiais e danos morais.

Não há de se confundir o enriquecimento sem causa com a responsabilidade civil. A responsabilidade civil exige a comprovação dos requisitos como dano e ato ilícito e tem como fundamento reparar os danos sofridos. O enriquecimento tem como finalidade retirar do patrimônio de outrem o acréscimo indevido.

Não se pode confundir, inclusive quanto à origem, o instituto do enriquecimento sem causa com a responsabilidade civil, já que esta objetiva reparar um dano sofrido pela vítima e, sob o prisma material, a tutela jurídica é voltada à proteção dinâmica do patrimônio. O enriquecimento sem causa é instrumento voltado à proteção estática do patrimônio, abrangendo, pois, hipóteses não abrangidas pela responsabilidade civil, eis que não se exige ato ilícito e dano. (PEREIRA, 2011, p.277)

A *ratio decendi*, no caso, é evitar o enriquecimento da parte desistente e o empobrecimento daquele que, confiando na realização das núpcias, fez gastos para as bodas.

Defende-se a total liberdade de uma das partes desistir de prosseguir com o relacionamento. Entretanto, não se pode ignorar que quem confiou na concretização do casamento ou da união estável e fez gastos com as bodas não pode arcar sozinho com o prejuízo.

Ressalte-se que o enriquecimento não significa somente aumento patrimonial. O fato de ter deixado de empobrecer também constitui enriquecimento.

Saliente-se que o enriquecimento não constitui unicamente em aumento patrimonial, pois pode também ser considerado como deixar de empobrecer. O ganho ilegítimo não é a única forma de enriquecimento ilícito. Este pode consistir em não se perder ilicitamente. (FIUZA, 2009, p.65)

O parceiro que opta pela descontinuidade de um relacionamento se enriquece de forma indevida caso não contribua com o pagamento das despesas que o outro adquiriu acreditando nas juras de amor eterno.

Assim, caberá ao julgador verificar a pertinência dos gastos e, conforme o caso, condenar o desistente a restituir a metade dos gastos, não pelo ato ilícito praticado, pois este não existiu, mas com fundamento no princípio que veda o enriquecimento ilícito.

A tarefa, entretanto, é árdua, posto que a discussão não está pacificada, persistindo ainda na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que a resposta está exclusivamente na aferição da culpa (motivos justos) para afastar ou não a responsabilidade civil.

4 TRATAMENTO LEGISLATIVO E JURISPRUDENCIAL DO TÉRMINO DA RELAÇÃO PRÉ - NUPCIAL

4.1 Tratamento legislativo estrangeiro

Segundo Barreto (2011), no direito germânico o esponsal se apresenta como teoria da realidade, isto é fenômeno da vida social e como teoria contral, pois nasce de um acordo. Apresenta-se como negócio jurídico personalíssimo, podendo ser contraído pelo relativamente incapaz através de seu representante. Podem ser contraídos tanto sob condição suspensiva, como resolutiva. Os esponsais não obrigam ao casamento, entretanto o BGB prevê indenização para o noivo que desiste de cumprir a promessa sem motivo justo, bem como para aquele que der motivo para a desistência.

Algumas legislações optaram por acompanhar os costumes e fixar algumas regras sobre os esponsais. Enquanto o Code Napoléon nada dispôs a respeito, o Código Civil alemão, de 1896, fixou alguns parâmetros, no conjunto dos arts. 1.297 a 1.302. Após esclarecer que os esponsais (verlöbnis) não fazem obrigatório o casamento, nem o cumprimento de eventual cláusula penal, o BGB dispõe sobre o direito à indenização quando um noivo descumpra a promessa sem um motivo poderoso. O ressarcimento deverá ser feito ao noivo prejudicado, bem como aos seus pais ou a terceiro que, em lugar destes, efetuou as despesas. Igual obrigação terá o esponsal que, por sua conduta, der causa à desistência. Em caso de coabitação durante o noivado, o esponsal prejudicado poderá pleitear, também, indenização por dano moral, em valor equitativo e em espécie. Quanto às doações feitas em razão da promessa, ambos os noivos poderão exigir a restituição dos bens. As ações judiciais correspondentes prescrevem-se em dois anos. (NADER, 2013, v. 5, p.45)

O Código Civil italiano trata da matéria, em seus artigos 79 a 81. Em caso de desistência sem justo motivo, o noivo poderá pedir indenização se a promessa foi realizada através de escritura pública ou particular.

Na esteira do BGB e seguindo seus princípios basilares, o Código Civil italiano tratou da matéria, ex vi dos arts. 79 a 81. Após esclarecer que os esponsais não obrigam ao casamento, nem o cumprimento de eventual cláusula penal, o Códex permite o pedido de devolução das doações realizadas em razão da promessa, dentro no prazo decadencial de um ano, contado do dia em que se efetivar a recusa ao casamento. Desde que a promessa tenha sido feita por escritura pública ou particular, o noivo preterido poderá pleitear, no prazo de um ano da recusa dolosa ou culposa, o "risarcimento dei danni". As despesas a serem indenizadas possuem por limite as condições das partes. Sujeita-se à obrigação não apenas quem rompe os esponsais, mas ainda quem dá motivo à desistência do outro noivo. (NADER, 2013, v. 5, p.46)

De acordo com Nader (2013), o Código Civil português seguiu a linha do Código alemão e italiano e acrescentou regras para a restituição dos bens em caso de morte de algum dos noivos. O noivo sobrevivente não tem a obrigação de entregar as doações feitas pelo *de cuius*, entretanto não poderá reaver as doações que fizera; poderá exigir dos herdeiros os retratos e correspondências e conservar as que estava em seu poder. Quanto à indenização, o esponsal preterido, seus pais ou quem arcou com as despesas terá direito se o rompimento se deu sem justa causa ou em caso de incapacidade de um dos noivos, havendo dolo de sua parte ou de seus pais.

Segundo Nader (2013), “O Código Civil peruano de 1984 segue os princípios básicos daquelas três codificações, acrescentando que, não sendo possível a restituição das doações revogadas, a reposição se fará em espécie.” (NADER, 2013, v. 5, p. 46).

Por último, o Código Canônico de Direito de 1983, dispõe no cânon 1.062, § 2º: “Da promessa de matrimônio não cabe ação para exigir a celebração do matrimônio, mas cabe ação para reparação dos danos, se for devida.” (IGREJA CATÓLICA, 1983).

Santos (2012) também faz um apanhado do tratamento legislativo dado aos esponsais nas legislações estrangeiras. Em algumas legislações os esponsais constituem contratos e sua inobservância gera o dever de indenizar. Em outros, não há natureza contratual, mas seu rompimento gera o dever de indenizar. Alguns países, como o Brasil, nada dispõe sobre os esponsais. Por fim, há os países, como a Argentina, que expressamente negam o dever de indenizar no caso de rompimento do noivado, não reconhecendo nenhum efeito jurídico.

a) Nesta primeira classe estariam os códigos dos países que têm os esponsais como contrato e cujo incumprimento gera obrigação plena de indenizar. Entre eles, as leis escandinavas e o direito anglo-americano;

b) À segunda classe se filiarão os Códigos de países que expressamente declaram que os esponsais não valem como contrato, pois deles não resulta a obrigação de casar, nem de satisfazer eventuais penas estipuladas (cláusula penal), determinando, porém, que seu rompimento gera certos efeitos jurídicos e o dever de indenizar a parte inocente, havendo grande divergência sobre o fundamento e valor desta indenização. Entre eles, os Códigos Civis alemão, suíço, austríaco, espanhol, português, italiano, grego, mexicano, peruano, venezuelano e o atual CC holandês.

c) À terceira classe pertenceriam os Códigos de países que silenciam a esse respeito, os que omitem qualquer disposição destinada aos esponsais e aos seus efeitos. Seriam os Códigos Civis da França, do Japão, da Romênia e o nosso (tanto o revogado CC/1916 quanto o atual CC/02);

d) Por fim, na quarta e última classe se encontrariam os que expressamente declaram que a lei não reconhece efeitos jurídicos decorrentes dos esponsais, não admitindo qualquer ação de indenização, declarando que se trata de ato privado que se submete tão somente à honra e consciência do promitente. Seriam estes os Códigos Civis da Argentina, Chile, Colômbia e Uruguai. (SANTOS, 2012, p.90-91)

Verifica-se que, nas legislações pesquisadas, a discussão sobre a ocorrência ou não do “justo motivo” é essencial para decidir sobre a reparação pelo rompimento da relação.

No Brasil, embora o noivado não tenha recebido tratamento legislativo, a doutrina e jurisprudência têm reconhecido o justo motivo como elemento essencial para o reconhecimento do dever de indenizar.

Entretanto, a questão está longe de ser pacífica. Os doutrinadores e as decisões judiciais se dividem reconhecendo ainda o dever de indenizar pela quebra da expectativa de casamento e outrora, pelo abuso de direito.

Concordam, no entanto que, sem disposição legal, a reparação pelo rompimento de uma relação pré-nupcial deve ser discutida pelas regras do ato ilícito, divergindo quanto à fundamentação com base no ato ilícito puro do art.186 do Código Civil ou no abuso do direito.

4.2 Enfrentamento da questão no Brasil

4.2.1 Quebra da expectativa e inexistência de justo motivo como causa de indenizar

Não há dúvidas de que a legislação pátria, ao contrário da Alemanha, Itália, Portugal, Peru e Direito canônico, nada dispõe sobre as obrigações oriundas de um relacionamento pré-nupcial. Também não há dúvidas de que, mesmo frente à assunção dos preparativos para as bodas, não há nenhum dever de se chegar à união.

Entretanto, não é menos sabido que vários são os casos que batem às portas do poder judiciário requerendo reparação pelo fim de um relacionamento afetivo. Não havendo como requerer obrigação de fazer consubstanciada na realização do matrimônio ou na instituição da união estável, o caso se resolve pelas regras da responsabilidade civil.

Parte da doutrina fundamenta a questão nas regras do art.186 do Código Civil devendo a indenização ser imputada pela quebra da expectativa, não havendo motivo justo para o término.

Gagliano e Pamplona Filho (2014) entendem que o término de uma relação afetiva pode ensejar danos morais por quebra da expectativa e se a forma de extinção for abusiva: “ Vale dizer, afronta o princípio da eticidade o desfazimento injustificado do compromisso assumido, lesando a legítima expectativa nutrida pelo outro no sentido da realização do ato matrimonial.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p.139)

Nessa mesma linha Cambi (2001):

Pressupondo o preenchimento dos requisitos de validade dos atos jurídicos (art.83 do CC), a seriedade da proposta (não se exigindo, todavia, escritura pública ou escrito particular) e o consentimento livremente manifestado (o qual, quase sempre, é materializado com a troca de alianças e perante testemunhas), o noivado, por ter a finalidade de resguardar o direito de um homem e de uma mulher, absolutamente capazes, de virem a celebrar futuramente seu casamento, cria, ao menos, uma *justa expectativa* para ambas as partes.

Não atribuir a esta justa expectativa nenhum efeito jurídico seria desconsiderar não só a liberdade de as partes constituírem um futuro vínculo matrimonial, como também dar margem ao enriquecimento sem causa. (CAMBI, 2001, p.35)

A inexistência de motivo justo é também citada por vários doutrinadores como causa do dever de indenizar. Assim, infidelidade, sevícia, erro essencial, são comumente citados como motivos justos para o término de uma relação pré-nupcial.

Diniz (2014) entende que a responsabilidade advém do art.186 do Código Civil e para sua configuração deverá haver a ocorrência dos seguintes requisitos: que a promessa de casamento tenha sido feita livremente pelos noivos e não por seus pais, que tenha havido recusa de cumprir a promessa de casamento por parte do noivo arrependido, que haja ausência de motivo justo e que exista dano.

c) Que haja ausência de motivo justo, dando ensejo á indenização do dano, uma vez que, neste caso, não há responsabilidade alguma se não houver culpa. Esta pode ser grave (erro essencial, infidelidade, sevícia, injúria grave ou abandono); leve (prodigalidade, condenação por crime desonroso, situação econômica ou social diversa da apresentada, aversão ao trabalho, falta de honestidade, excessiva irritabilidade etc.); levíssima (mudança de religião, grave enfermidade, ruína econômica que ponha em risco a estabilidade matrimonial, constatação de impedimentos ignorados pelos noivos etc.) (DINIZ, 2014, p.62)

Silva e Monteiro (2010) elencam os seguintes requisitos para a responsabilidade: promessa de casamento feita livremente pelos noivos; recusa, expressa ou tácita, de cumprir a promessa esponsalícia, recusa injustificada, dano material e dano moral.

Nader (2013) também entende que a responsabilidade é a subjetiva, devendo o noivo preterido provar os requisitos do art.186 do CC e a parte adversa demonstrar justo motivo para a desistência.

A responsabilidade considerada, para efeito de ressarcimento, é a subjetiva, impondo-se o ônus da prova ao noivo preterido. A este cumpre demonstrar: a) a existência dos esponsais; b) o rompimento da promessa pelo consorte; c) os danos sofridos. Isto feito, à parte adversa caberá, se for o caso, provar que a ruptura decorreu de motivo justo ou que o pretensor não sofreu danos morais ou materiais. (NADER, 2013, v.5, p.44)

Várias são as decisões que veem no justo motivo requisito para configuração ou não da responsabilidade civil:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL POR QUEBRA DE PROMESSA. ROMPIMENTO DE NOIVADO. ESPONSAIS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. DANO MORAL E MATERIAL. ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS DANOS SOFRIDOS. 1. INEXISTE CERCEAMENTO DE DEFESA EM RAZÃO DE JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE QUANDO NÃO HÁ NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA, DEVENDO SE LEVAR EM CONTA, AINDA, O FATO DA APELANTE, QUANDO INSTADO A FAZÊ-LO, DEIXA TRANSCORRER "IN ALBIS" O PRAZO PARA ESPECIFICAÇÃO DE PROVAS. 2. O ROMPIMENTO DA PROMESSA DE CASAMENTO, POR SI SÓ, NÃO CONSTITUI MOTIVO SUFICIENTE PARA ENSEJAR O PLEITO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL. NESTES CASOS, TORNA-SE IMPRESCINDÍVEL PERQUIRIR SE NÃO HOUE JUSTO MOTIVO LEGITIMADOR DE TAL ATITUDE, PARA QUE O PREJUDICADO POSSA TER O DIREITO DE OBTER JUDICIALMENTE A REPARAÇÃO DOS DANOS. 3. NÃO SE DESINCUMBINDO A AUTORA DO ENCARGO DE COMPROVAR OS FATOS CONSTITUTIVOS DE SEU DIREITO, NA FORMA DO ART. 333, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, IMPÕE-SE A IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL QUANTO AOS FATOS NÃO DEMONSTRADOS. 4. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Tribunal de Justiça do Distrito Federal processo Ac 20030710063733 (DISTRITO FEDERAL, 2005)

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ROMPIMENTO DE NOIVADO. CULPA CONCORRENTE. SÚMULA STJ/7. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO. 1.- A convicção a que chegou o Tribunal a quo quanto à inexistência do dever de indenizar pela ocorrência de culpa concorrente dos noivos e de seus genitores pelo rompimento do noivado decorreu da análise do conjunto probatório. O acolhimento da pretensão recursal demandaria o reexame do mencionado suporte. Incide nesse ponto a Súmula STJ/7.2.- Agravo Regimental improvido. Agravo regimental no AREsp 113211 SC 2012/0019661 (BRASIL, 2012)

Justo motivo seriam circunstâncias que se fossem conhecidas pelo ofendido o teriam impedido de realizar os preparativos para o casamento. Assim, para os defensores dessa corrente a ausência dessas circunstâncias e a ocorrência do dano são suficientes para ensejar a indenização.

4.3 Abuso de direito e enriquecimento sem causa: a teoria mais adequada

No Brasil os esponsais foram previstos na lei portuguesa de 6 de outubro de 1784 e tinha natureza jurídica contratual. A partir do Código Civil de 1916 o instituto não foi mais previsto no ordenamento jurídico, constituindo o noivado “mero compromisso moral e social e significa que os nubentes têm a intenção de se casar.” (DIAS, 2015, p.122).

O noivado, com característica de contrato preliminar, tem fundamento no matrimônio da era patriarcal em que predominavam os interesses patrimoniais, morais e religiosos. A família legítima era aquela sacramentada pelo matrimônio, onde seria possível criar os filhos segundo os mandamentos cristãos.

A família contemporânea tem contornos distintos. A visão institucionalizada e patriarcal cedeu lugar para a “filosofia eudemonista da busca da felicidade” (VIEGAS; POLI, 2013, p.75). As famílias formadas através da união estável, as famílias formadas por pares homossexuais, as famílias monoparentais, entre outras, foram reconhecidas e merecem a proteção do Estado.

A família é fundada pela afetividade, solidariedade e pelo respeito à dignidade da pessoa humana, é local de desenvolvimento interpessoal.

Demonstra-se, claramente, que a sociedade evoluiu, os valores mudaram e as famílias já não têm a mesma estrutura de tempos atrás. Ao receber a carga axiológica constitucional, o direito das famílias foi alvo de profunda transformação, hoje se preocupa com a dignidade da pessoa humana, o patrimonialismo foi substituído pelos parâmetros do afeto, a solidariedade e a conseqüente busca da felicidade. (VIEGAS; POLI, 2013, p.75)

Em razão disso é que a autonomia privada tem especial relevância na constituição de vínculos afetivos. Se antes o casamento era arranjado pelos pais, hoje é um ato de liberdade. Casar ou não, estabelecer união estável ou não, são escolhas individuais, tendo garantida a livre manifestação da vontade para o

ato no ordenamento jurídico. Dessa forma, não há como considerar a relação pré-nupcial como um contrato preliminar atribuindo indenização para seu descumprimento.

Apesar disso, ainda há decisões que consideram o noivado como contrato preliminar:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. ROMPIMENTO DE NOIVADO INJUSTIFICADO E PRÓXIMO A DATA DO CASAMENTO. DANO MORAL CARACTERIZADO. DANOS MATERIAIS. 1. Pleito indenizatório em que a parte autora busca a reparação de danos materiais e morais suportados em virtude do rompimento injustificado do noivado pelo nubente varão poucos dias antes da data marcada para a celebração do casamento. 2. **Faz-se necessário esclarecer que as relações afetivas podem ser tuteladas pelo direito quando há repercussão econômica. No que se refere à promessa de casamento tenho que esta deve ser analisada sob a óptica da fase preliminar dos contratos.** 3. Oportuno salientar que a possibilidade de responsabilização civil não pode ser utilizada como forma de coação aos nubentes. O casamento deve ser contraído mediante a manifestação livre e espontânea da vontade dos noivos de se unirem formalmente. Inteligência do art. 1.514 do CC. 4. Impende destacar que a ruptura de noivado por si só não determina a responsabilidade do desistente, o que pode ensejar a reparação são as circunstâncias em que a outra parte foi comunicada de seu intento. 5. A prova produzida no feito atesta que a ruptura do noivado se deu em circunstâncias que causaram grandes dissabores e abalos à demandante. Inicialmente, insta destacar que os fatos se deram no dia do "chá de panelas" da autora, o que demonstra a surpresa que tal notícia causou à requerente, bem como o sofrimento e a desesperança por esta suportados. 6. Ademais, os convites para o enlace matrimonial já haviam sido distribuídos, de sorte que a autora teve que comunicar a todos os convidados o cancelamento do casamento, bem como os motivos que o determinaram. 7. Prova testemunhal que foi uníssona em afirmar que a demandante ficou muito abalada e triste com o fim do relacionamento. 8. Ainda, não é difícil depreender a repercussão que tais fatos tiveram na pequena cidade de Tapes/RS. Frise-se que os constrangimentos pelos quais a noiva passou ultrapassam os meros dissabores, comuns aos fatos cotidianos. 9. Aliás, mostra-se imprudente a conduta adotada pelo réu, porquanto mesmo estando ciente de todos os preparativos para a festa de casamento, tais como a locação do vestido e do local para a realização do evento, a encomenda do bolo e da decoração, esperou para comunicar a decisão de rompimento poucos dias antes da data aprazada para a celebração. 10. No que tange à prova do dano moral, por se tratar de lesão imaterial, desnecessária a demonstração do prejuízo, na medida em que possui natureza compensatória, minimizando de forma indireta as conseqüências da conduta do réu, decorrendo aquele do próprio fato. Conduta abusiva do demandado que faz presumir os prejuízos alegados pela parte autora, é o denominado dano moral puro. 11. O valor a ser arbitrado a título de indenização por dano imaterial deve levar em conta o princípio da proporcionalidade, bem como as condições do ofendido, a capacidade econômica do ofensor, além da reprovabilidade da conduta ilícita praticada. Por fim, há que se ter presente que o ressarcimento do dano não se transforme em ganho desmesurado, importando em enriquecimento ilícito. 12. Quanto aos danos materiais, o demandado deverá ressarcir tão-somente os gastos efetivamente comprovados pela autora pelos recibos das fls. 15/18 do presente feito. 13. No que concerne à

quantia de R\$ 400,00, que a demandante alega ter fornecido ao autor para a compra de materiais para a construção de uma peça de alvenaria para a moradia do casal, não veio aos autos qualquer prova sobre a entrega do referido montante, ônus que se impunha à demandante e do qual não se desincumbiu, a teor do que estabelece o art. 333, I, do CPC. 14. Por fim, quanto ao empréstimo realizado, da mesma forma, não há comprovação de que a integralidade dos valores foi utilizada nos preparativos da festa de casamento, sendo descabida a pretensão da apelante a este respeito. Dado parcial provimento ao apelo. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul processo ap 70027032440 (RIO GRANDE DO SUL, 2009, grifo nosso).

Também fere aos princípios da liberdade o entendimento que, embora não acolhendo a relação pré-nupcial como contrato preliminar, considera ilícito todo o término nessa fase de relacionamento.

O término da relação não pode ser visto como ato atentatório à dignidade da pessoa humana. É, na verdade, um direito a ser exercido por aquele que se arrependeu, que não quer mais se unir.

Não se desconsidera a dor, o sofrimento, a indignação do preterido. Mas, ponderam-se as emoções de um e outro.

É certo que o término de uma relação cujo casamento se avizinha é uma expectativa frustrada e que tal quebra traz várias emoções como tristeza, dor, mal-estar, raiva. Não há como negar tal situação. O que não se admite é que tais fatos levem a uma condenação por indenização, especialmente por danos morais. Não se pode admitir que um simples término de uma relação, muito embora próxima ao enlace, gere indenização. Na era da busca pelo afeto seria contraditório monetarizar as relações.

No ponto, há de se fazer um imperioso esclarecimento: o puro e simples rompimento de um noivado, por si só, não tem o condão de gerar a obrigação de indenizar somente decorrendo o dever de indenizar se caracterizado o ato ilícito. Equivale a dizer que a simples desistência do matrimônio que se avizinhava é simples manifestação da liberdade assegurada constitucionalmente como garantia individual, razão pela qual não se pode falar em obrigação de reparar o dano. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, v.6, p.157)

As decisões condenatórias fundamentadas nas emoções do preterido pela quebra da expectativa deixam de considerar as emoções sentidas pela parte que desiste. E nesse sentido, também não se acolhe que o noivo arrependido tenha que informar e comprovar motivos justos para o término. Os motivos justos estão, na verdade, ligados ao comportamento do cônjuge preterido, como, por exemplo, a

infidelidade. Entretanto, a falta de amor e de afeto são motivos justos que não podem ser desconsiderados e muito menos sancionados. “Por outro lado, o que significa ‘rompimento imotivado’, além do fato de que não mais se tem a *vontade* (juridicamente protegida) de casar?” (MORAES, 2003, p. 169, grifo da autora)

Ora, durante toda a vida nos deparamos com expectativas frustradas: o emprego novo que não vingou, a promoção no trabalho que não ocorreu, o contrato que não foi finalizado. Todas essas situações são capazes de gerar dissabor, tristeza, mas são situações normais da vida e que por isso, não geram o dever de indenizar.

Com as uniões afetivas o entendimento é o mesmo, pois, existe o risco da união não se realizar e, ocorrendo o término de forma normal, sem lesão à dignidade humana não há o que se indenizar, pelo menos no campo extrapatrimonial.

Também há como acolher o justo motivo como requisito essencial para se aferir as consequências jurídicas pelo fim de um relacionamento pré-nupcial.

Primeiro porque entende-se que o fim do amor é um motivo justo para se terminar uma relação; segundo, porque mesmo aquele que tem justo motivo para terminar um relacionamento deve fazê-lo sem abuso de direito.

Torna-se, então, completamente anacrônica e incompatível com os princípios constitucionais que tutelam a liberdade e também a dignidade da pessoa humana, a exigência de manifestação argumentativa (apresentação dos famigerados motivos justos) para a autorização da ruptura de um relacionamento sem as consequências indenizatórias. [...] A dor da ruptura das relações pessoais, a mágoa, a sensação de perda e abandono, entre outros sentimentos, são custos da seara humana. Tem-se aqui defendido o *risco* do namoro, do noivado, do casamento, *risco* da ruptura integral. Quem entra em um relacionamento deverá ter essa consciência de que a experiência nem sempre será bem-sucedida. Isso é um fenômeno natural e de certa forma, crescente. (FARIAS apud ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 536)

Sendo o afeto e a solidariedade base para as pessoas que buscam a comunhão de vidas, não há como defender a constituição de um lar sem amor. Assim, terminar uma relação pré-nupcial porque simplesmente não existe mais amor, afeto, é atitude justa, de boa-fé que, por isso, não pode ser sancionada.

Os atos desabonadores de uma das partes, quando existentes, devem ser arguidos pelo outro como elemento de defesa. Não se nega que os mesmos podem e devem servir como fundamento para se afastar a indenização. O que não se justifica é a exigência destes atos como requisito essencial para que não haja

condenação.

Repudia-se, com isso, a ideia de que a ausência de motivação justa para o rompimento do noivado implicaria em *perda de uma chance* e, portanto, em um dano indenizável. É que em tais situações não se vislumbra a frustração de uma vantagem futura (a propósito, qual seria o “benefício”, patrimonial ou não, em ser casado?), mas sim um mero exercício de um direito constitucionalmente assegurado, como garantia fundamental inclusive, que é a *liberdade*. Casar – assim como não permanecer casado – constitui a simples projeção da garantia de liberdade de autodeterminação (afetiva), sendo ato de livre escolha, razão pela qual a simples ruptura de esponsais não constitui, por si só, um dano indenizável ou a frustração de uma chance futura. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, v. 6, p.160)

Deve-se ainda considerar que, mesmo quem tem motivo justo, deve proceder com boa-fé no término da relação, dentro dos limites do exercício do direito, sob pena de incidir em abuso do direito. A alegação de justo motivo torna-se inócua quando se procede com abuso de direito.

A teoria que acolhe os justos motivos não considera a dignidade de quem arrependeu, seus sentimentos em relação ao outro e as emoções sofridas para se chegar à conclusão de que o amor acabou.

Conforme a lição de Fiorelli e Mangini (2015), o ser humano é feito de emoções. Assim, não se considera razoável valorar a tristeza, a raiva de quem foi abandonado, sem considerar os sentimentos daquele que abandonou.

As emoções fazem parte do ser humano. Emoção é “um complexo estado de sentimento, com componentes somáticos, psíquicos e comportamentais relacionados ao afeto e ao humor” (KAPLAN; SADOCK apud FIORELLI; MANGINI, 2015, p.30)

O ser humano vivencia inúmeras emoções que, segundo Fiorelli e Mangini (2015), seis podem ser identificadas como básicas: felicidade, surpresa, raiva, tristeza, medo e repugnância.

Damasio (apud FIORELLI; MANGINI, 2015) denomina de emoções sociais a simpatia, a compaixão, o embaraço, a vergonha, a culpa, o orgulho, o ciúme, a inveja, a gratidão, a admiração, o espanto, a indignação, e o desprezo e de emoções de fundo, a felicidade, a tristeza, o mal-estar, o bem-estar.

Sem a emoção, não se consegue, nem mesmo, adquirir uma peça do vestuário às opções “racionais” são literalmente infinitas e o indivíduo se perderia na avaliação técnica-econômica das possibilidades; a emoção estabelece parâmetros dentro dos quais o exercício da razão pode ser realizado com êxito. (FIORELLI; MANGINI, 2015, p.31)

Se somos feitos de sentimentos, precisamos aprender a conviver com os nossos. Aprender a ser resiliente, se refazer, se reconstruir deixando de lado a vitimização. Superar as adversidades é algo que deve ser buscado internamente. “Sofrer perdas é uma experiência humana universal. As perdas nos fazem tomar consciência de nossa finitude, vulnerabilidade e mortalidade.” (MALDONADO, 2005, p.75)

No início de 2015 foi amplamente divulgado na internet o exemplo de resiliência da noiva Shelby Swink abandonada cinco dias antes do casamento. Para vencer a dor, a noiva fez uma sessão de fotos no dia que seria sua cerimônia, em que pintou o seu vestido de noiva ao lado de seus amigos e familiares, que também destruíram as roupas que usariam na data.

[...] eu não posso descrever quão libertadora e catártica a experiência foi para mim no momento em que a tinta atingiu meu vestido, eu estava livre. Todo o desapontamento, toda a dor... eu senti que isso me deixava. (SWINK apud AMORIM, 2015, p.1)

A forma que a noiva encontrou para acabar com a dor, foi fruto de um processo interno, que nenhuma indenização moral seria capaz de fazê-lo. De fato, eventual procedência em uma ação não implica em resolução de problemas internos. O poder judiciário não pode ser palco para a resolução de problemas emocionais. Há uma crença de que a decisão judicial irá acabar com todos os conflitos, inclusive os internos, o que não é verdade.

É a busca da resolutividade, sem enfrentamento real do real conteúdo emocional o que levaria à independência das partes e as reais possibilidades do crescimento pessoal frente à situação, contudo, com assunção de responsabilidade. (FIORELLI; MANGINI, 2015, p.309)

Não se trata de inutilizar a condenação por danos morais. Mas, de valorizar os processos internos para a solução de conflitos existenciais.

Assim, considerando todas as mudanças axiológicas do direito de família, a valorização do afeto e solidariedade nas relações, é que o abuso do direito se mostra como instituto mais adequado para a questão.

A discussão sob o prisma do abuso do direito permite ponderar os dois sentimentos, não desprezando nenhum. Havendo abuso do direito, pune-se aquele que fez sofrer além do esperado, que, além da tristeza, gerou humilhação; por outro

lado, não havendo abuso do direito, considera-se relevante os sentimentos daquele que desistiu, não merecendo condenação a título de danos morais.

O dever de indenizar, em casos tais, decorre do abuso do direito, pelo desrespeito à boa-fé objetiva ou, dependendo do caso, aos bons costumes. Desse modo, o dever de indenizar, nos moldes do art.927, caput, do CC, tem por fundamento o art.187 da codificação. Desse modo, a conduta do abuso gera uma *responsabilidade pré-negocial casamentária* em decorrência do desrespeito aos deveres anexos em fase anterior ao casamento. Trata-se de mais uma aplicação do princípio da boa-fé objetiva aos institutos familiares, na linha do defendido no Capítulo I desta obra. (TARTUCE, 2014, v. 5, p.114, grifo do autor)

Santos (2012) também acolhe a teoria do abuso de direito:

[...] g) No tocante ao dano moral, entendemos que não há, no puro e simples rompimento, independentemente de seus motivos ensejadores, qualquer dano moral a ser indenizado, posto que se trata de mero exercício de um direito, haja vista que, ante a liberdade máxima exigida para o casamento, a promessa sempre admite a retratação, o término do afeto e do amor (circunstâncias da vida e intrínsecas aos relacionamentos amorosos)

h) Por derradeiro, no último tópico, procuramos demonstrar que não é o rompimento ou a ruptura em si mesma que é eventualmente punida ou apenas civilmente, mas sim a forma e as circunstâncias com que esta ruptura se deu, punindo-se e responsabilizando civilmente (inclusive, condenando-se à indenização por dano moral) eventual abuso no exercício de um direito (abuso no exercício do direito de romper com os esposais), em nome da boa-fé e da lealdade que devem presidir todos os tratos sociais. (SANTOS, 2012, p. 107-108)

O término da relação pré-nupcial, a desistência em casar não pode, por si só, gerar o dever de indenizar, pois não são considerados como atos ilícitos. Não pode haver indenização por fim do afeto, até mesmo o casamento pode ser desfeito e isso é algo comum nos relacionamentos humanos. É claro que a irrisignação de quem foi rejeitado e a decepção decorrente do fim repentino da relação certamente gera dor psicológica considerável, entretanto, dor, sofrimento, são sentimentos comuns ao ser humano e fazem parte do risco de qualquer relacionamento. Afinal de contas, amar também é um risco.

Assim, considera-se viável a condenação por danos morais, quando o término da relação se der de forma vexatória, ferindo a dignidade da pessoa rejeitada, com abuso de direito.

Somente em hipóteses excepcionais em que o rompimento ocorra de forma anormal, através da mentira, do engodo e da indução em erro e, principalmente, da ofensa, do vilipêndio, humilhação infamante e ignóbil é

que se justifica a reparação civil, através da composição do dano material ou da compensação por dano moral, como na hipótese do indivíduo, casado, que se diz solteiro e livre, mas que mantém sua noiva em erro até às vésperas do suposto casamento, obrigando-a a despesas vultuosas, providências urgentes com aquisição de bens, confecção de roupas e submetendo-a ao ridículo junto à comunidade. (STOCO, 2013, t. 2, p.1168)

Mais uma vez destacamos que não se indeniza pelo simples término, o que deve ser considerado é a forma como se deu o fim da relação, pouco importa os motivos do rompimento, o dano moral viria da difamação pública. O “não” no momento da cerimônia, o não comparecimento à cerimônia, o término diante de várias pessoas, expondo o outro a vexame público, são exemplos de abuso de direito.

Apelação cível. Ação indenizatória por danos materiais e morais. Rompimento de noivado. Não comparecimento do noivo ao matrimônio. Dano moral configurado. Ausência de comunicação prévia o que evitaria maiores constrangimentos. Danos materiais, comprovados. Ausência de impugnação específica. Sentença mantida. Negado provimento ao recurso.

Trata-se de ação indenizatória por danos materiais e morais, promovida por J.B.K. em face de D.S.O., alegando que, marcou casamento com o réu, contudo, este não compareceu ao cartório na data do matrimônio.

Alega que, começaram a namorar em fevereiro de 2007, tendo marcado o casamento para outubro de 2009. Acrescenta que, realizou gastos para a festa, aluguel de roupas, convites, entre outros, totalizando o valor de R\$ 4.181,86 (quatro mil cento e oitenta e um reais e oitenta e seis centavos). Assevera que, no dia da cerimônia a ser realizada no Cartório de Registro Civil, o noivo não compareceu, não dando qualquer satisfação, o que lhe causou vergonha e humilhação.

Em virtude de tais fatos, requer a condenação do réu a pagar danos materiais, no valor supramencionado, bem como, danos morais no valor equivalente a 50 salários mínimos.

O réu apresentou contestação oral, às fls. 61/62, alegando que desistiu do casamento, pois os familiares da autora não concordaram com a mudança do casal para a cidade do Rio de Janeiro, local onde trabalha. Assevera que, efetuou despesas com a confecção de convites, proclamas e pessoais, totalizando o valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais), formulando pedido contraposto de indenização por danos materiais e morais.

Audiência de instrução e julgamento, nos termos da ata de fls.77.

A sentença de fls.121/127 julgou procedente o pedido principal e improcedente o pedido contraposto, para condenar o réu, ao pagamento de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a título de danos morais e, R\$ 4.186,86 (quatro mil cento e oitenta e seis reais e oitenta e seis centavos) a título de danos materiais, acrescidos de custas e honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, observando os termos da lei 1060/50.

Apelação do réu, às fls. 93/96, requerendo a reforma da sentença, asseverando que não casou com a autora, pois necessitava residir na capital e não, em Magé, local distante de seu trabalho, como queriam os parentes da recorrida. Acrescentou que, informou à noiva, antes da data do casamento, que não poderia firmar o matrimônio. Alegou acreditar que a autora rescindiria os contratos de prestação de serviços relativos ao matrimônio. Por fim, aduziu que, a autora assumiu os

riscos de acreditar na realização do matrimônio, pois o noivado foi rompido anteriormente.

Contra-razões, apresentadas intempestivamente e, desentranhadas conforme decisão de fls. 107.

É o relatório. Decido.

Trata-se de apelação, interposta contra sentença, proferida pela Juíza de Direito da Vara Cível do Fórum Regional de Vila Inhomirim, Suzana Vogas Tavares Cypriano, em ação de indenização por danos materiais e morais em decorrência do não

comparecimento do réu no seu casamento que seria realizado no Cartório de Registro Civil.

Inexiste em nossa legislação obrigação do noivo ou da noiva de cumprirem a promessa de casamento, nem ação para exigir a celebração do matrimônio.

Contudo, entendo que, o rompimento injustificado da promessa no dia do casamento acarreta danos morais e patrimoniais, a parte abandonada no altar.

O apelante sustenta em seu recurso que, desistiu do matrimônio, em virtude da oposição da família da noiva quanto a mudança do casal para o Rio Janeiro local de seu trabalho. Assevera também que, comunicou previamente a apelada o rompimento do noivado.

Não se verifica nos autos qualquer indício de que o rompimento do noivado ocorreu antes da data da cerimônia.

Observa-se que a apelada contratou diversas empresas, todos os preparativos necessários para realização da cerimônia de casamento, assim como, o aluguel do vestido de noiva e promoveu a sua retirada na data do matrimônio, conforme documento de fls.23/26.

Portanto, não parece crível que a apelada, efetuando o pagamento e a retirada do vestido de noiva na data do matrimônio, tivesse conhecimento do rompimento do noivado.

Ademais, como bem salientado na sentença, proferida pela magistrada a quo, o réu não negou que deixou sua noiva esperando o seu comparecimento em cartório no dia do casamento, justificando apenas que, não iria se casar, pois não poderia morar longe do local de trabalho.

O que se constata é a ausência de comunicação prévia do noivo, quanto a desistência do casamento, o que certamente evitaria maiores constrangimentos.

Vale destacar um trecho da sentença que demonstra a situação constrangedora passada pela apelada:

“O réu preferiu deixar a autora vestir-se de noiva, comparecer no Cartório no dia do casamento civil e passar pelo vexame de ficar esperando o noivo em vão.”

Note-se que a sentença restou bem fundamentada, ao quantificar a indenização a título de danos morais, mostrando-se razoável e proporcional, considerando o caráter punitivo e pedagógico, dada a extensão do dano.

No tocante aos danos materiais, estes são devidos, pois a autora comprovou os gastos, realizados para a celebração do casamento (fls.14/29) acrescentando que, o réu em momento algum impugnou quaisquer dos gastos, apresentados.

Assim, não há dúvidas de que o réu causou lesão de ordem moral e material à autora, estando correta a sentença, prolatada pela Juíza a quo. Pelo exposto, NEGOU provimento ao recurso do autor, mantendo a sentença em todos os seus termos. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro processo Ap 0000813-45.2010.8.19.0075 (RIO DE JANEIRO, 2011)

Ora, não se pode negar a indenização por danos morais sem verificar se houve ofensa à dignidade humana, pois se assim fosse estaríamos privilegiando o

abuso do direito. Por outro lado, admitir os danos morais pela simples frustração da expectativa de casamento, é sancionar o desistente por estar exercendo um direito, o que é igualmente inadmissível.

Havendo danos à dignidade da pessoa do preterido, a indenização se impõe; não havendo, privilegia-se a dignidade do desistente, seu direito à liberdade.

A respeito da ponderação de interesses, Moraes (2004) assim dispõe:

[...] por maior sofrimento que possa causar, tem a protegê-lo o princípio da liberdade, componente da dignidade humana. Na ponderação de interesses, a integridade psíquica da noiva, supondo-se essa a pessoa abandonada, deve ceder ante do princípio da liberdade do noivo o qual, nesse caso, mais se aproxima do princípio da dignidade da pessoa humana como cláusula de tutela dos direitos fundamentais da pessoa humana. (MORAES, 2004, p.411)

De um lado, a integridade psíquica do preterido e do outro a liberdade do desistente.

A tutela da integridade psíquica do indivíduo está na Constituição Federal em seu artigo 5º, incisos III, V, X, vedando a tortura e o tratamento degradante, assegurando o direito de resposta, a inviolabilidade da vida privada, honra e imagem das pessoas e estabelecendo a indenização por dano material, moral e à imagem decorrentes de tais violações. O inciso XLIX assegura também a integridade física e moral dos presos.

No princípio de proteção à integridade psicofísica da pessoa humana estão contemplados, tradicionalmente, apenas o direito de não ser torturado e o de ser titular de certas garantias penais, como o tratamento do preso nas detenções e nos interrogatórios, a proibição de penas cruéis, etc. Na esfera cível, no entanto, a integridade psicofísica vem servindo a garantir numerosos direitos da personalidade (vida, nome, imagem, honra, privacidade, corpo, identidade pessoal), instituindo, hoje, o que se poderia entender como amplíssimo “direito à saúde”, compreendida esta como completo bem estar psicofísico e social. (MORAES, 2003, p.94).

A proteção à vida privada visa resguardar o indivíduo das ingerências alheias no que tange à sua vida familiar, financeira, amorosa, às suas correspondências e emails. etc. Difere da intimidade, pois esta tem conteúdo menos abrangente, buscando proteger a esfera eminentemente particular do indivíduo.

O poder constituinte originário, contudo, deu destaque individualizado a cada uma, o que nos permite concluir que há diferenças entre as expressões. Assim, a vida privada é mais abrangente e contém a

intimidade, pois abarca as relações pessoais, familiares, negociais ou afetivas, do indivíduo, incluindo seus momentos de lazer, seus hábitos e seus dados pessoais, como os bancários e os fiscais. Nota-se que a tutela à vida privada não busca proteger segredos ou particularidades confidenciais de ninguém, tarefa que fica a cargo da tutela da intimidade. (MASSON, 2015, p.219)

Honra é a reputação ou consideração que um sujeito goza socialmente, é o sentimento de apreço próprio. Assim, a honra divide-se em objetiva e subjetiva, conforme lição de Masson (2015):

A honra é um bem imaterial conectado ao valor moral do indivíduo, podendo ser compreendida como a reputação, o bom nome e a boa fama que o sujeito goza na vida em sociedade, bem como o sentimento próprio de estima e dignidade. É um somatório dos predicados que individualizam a pessoa física e criam o orgulho e o amor por si mesmo (autoestima) e sua identidade no meio social, gerando o respeito em sociedade. Envolve, portanto, tanto um aspecto subjetivo (honra subjetiva), relacionado à afeição e ao apreço que se tem por si mesmo, como o aspecto objetivo (honra objetiva), referente ao conceito social que a pessoa desfruta diante da opinião pública. (MASSON, 2015, p. 219)

Outro substrato da dignidade da pessoa humana, o direito à liberdade, apresenta-se no texto da Constituição Federal sobre várias facetas: liberdade de ação, liberdade de pensamento e manifestação, liberdade de crença e culto, liberdade de profissão, de locomoção.

Segundo Masson (2015) o termo liberdade tem dois sentidos: liberdade negativa que pressupõe a ausência de interferência do Estado ou de outro indivíduo no livre arbítrio, e liberdade positiva que traduz-se no domínio de suas escolhas. "É uma vertente que traduz-se, portanto, em uma noção de auto realização, em que o sujeito tem poder e recursos para cumprir suas potencialidades e determinar suas próprias ações e destino." (MASSON, 2015, p. 238)

O princípio da liberdade individual se consubstancia, cada vez mais, numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de exercício da vida privada. Liberdade significa, hoje, poder realizar, sem interferência de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor convier. (MORAES, 2003, p.107)

A liberdade de ação está no inciso II do art.5º da CF/88, sendo expressão da autonomia privada, assegura ao particular que as obrigações a ele impostas o sejam através da lei (BRASIL, 1988). E mais, o respeito não se deve apenas no aspecto formal do processo legislativo, mas "o conteúdo da lei há de ser compatível com os

valores expressados pelo texto constitucional e, especialmente, não devem afrontar direitos fundamentais.” (MASSON, 2015, p. 238)

Pois bem, havendo dois bens constitucionais que se colidem, deverá haver uma análise da aplicação da proporcionalidade, ponderando os direitos colidentes para sopesar qual deles tem mais valor para o deslinde da questão.

O exercício da autonomia privada para se contrair matrimônio ou união estável tem uma concepção mais abrangente, sendo formalidade essencial para o ato e, principalmente, reflete o poder do indivíduo de autodeterminar-se.

O ‘sim’ deve estar fundamentado em uma verdadeira vontade de constituir aquela união, com aquela pessoa, indene de dúvidas ou arrependimentos posteriores. O indivíduo deve estar livre para confirmar o seu propósito, sem que pese na sua decisão qualquer receio de ruína financeira por eventual condenação indenizatória.

Assim, neste contexto, o princípio da liberdade tem, à primeira vista, mais valor do que o princípio da integridade psíquica.

Por outro lado, quando o término se reveste de má-fé, de humilhações, de lesão à honra, à vida privada, não há dúvidas de que a integridade psíquica da vítima supera o direito de liberdade do ofensor, pois a liberdade deve ser exercida com responsabilidade.

A ponderação deverá ser realizada em cada caso. Em havendo abuso do direito, prevalece a integridade psíquica, sendo justa a condenação por danos morais e materiais; não havendo, predomina o direito à liberdade, não havendo que se falar em danos morais.

O que não parece razoável são as decisões judiciais que sancionam pecuniariamente aquele que desiste do casamento ou da união estável sem ponderar os dois bens constitucionais.

Entretanto, insta ainda perquirir sobre os prejuízos auferidos pelo preterido que, eventualmente tenha realizado gastos. Não havendo abuso do direito, aquele que acreditou na efetivação da união deverá suportar sozinho prejuízo material? A parte preterida que teve gastos deverá ser ressarcida com fundamento no princípio que veda o enriquecimento sem causa. O dever de mear os prejuízos, no caso, não decorreria da ilicitude do ato, mas da vedação do enriquecimento sem causa.

É sabido que nesta fase o casal faz vários preparativos para o casamento, alugam as vestimentas, contratam serviço de buffet, alugam local da festa, etc..

Assim, quem confiou nas juras de amor eterno, fez despesas, investimentos, merece a devida reparação, com a meação do noivo desistente, pelos prejuízos auferidos.

De fato, os gastos com a cerimônia beneficiaria a ambos, razão pela qual o noivo desistente terá que suportar igualmente os prejuízos.

RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO MORAL - Rompimento de noivado - Enriquecimento sem causa - O mero rompimento de vínculo amoroso não caracteriza ato ilícito - Eventual ilicitude somente se admite quando o término da relação é feito de forma abusiva, ferindo a dignidade da pessoa rejeitada - Ausência de um dos requisitos da responsabilidade civil - Embora lícita a conduta do réu, persiste o dever de compensar pela metade dos prejuízos econômicos sofridos em razão do cancelamento das festividades de casamento - Vedação ao enriquecimento sem causa - Festa que beneficiaria a ambos - Réu não pode deixar de sofrer diminuição patrimonial às custas da diminuição do patrimônio da autora - Dever de suportar com metade dos prejuízos decorrentes do cancelamento da festa –

[...]É o relatório. 1. O recurso comporta parcial provimento, para o fim de conceder indenização pelos prejuízos patrimoniais sofridos pela autora em razão do acontecido. A autora ajuizou a presente demanda visando obter reparação pelo dano moral que alega ter sofrido em razão da conduta do réu que, sem motivo justo, rompeu o noivado quando restavam somente dois meses para o casamento. Sustenta que todos os preparativos para a festa já tinham sido contratados, incluindo buffet, vestido, bolo e igreja. Alega que em razão do súbito rompimento do relacionamento, feito por via telefônica, a autora sofreu forte abalo moral, sendo forçada a desfazer todos os contratos realizados para a festa. A sentença atacada entendeu que a simples ruptura do relacionamento não constitui ato ilícito, sendo permitido e até mesmo normal que, por razão de foro íntimo, alguma das partes na relação em algum momento não mais deseje a sua continuidade. Entendeu, outrossim, que a frustração e turbção emocional decorrentes do término, a despeito de fortes, não perfazem o dano moral pleiteado. Assim sendo, porquanto ausente um dos requisitos da responsabilidade civil, qual seja a conduta ilícita, julgou improcedentes os pedidos expostos na inicial. 2. Da descrição fática contida na inicial não se vislumbra o dano moral pleiteado. O término de relacionamento amoroso é fato que por si só não perfaz dano moral. Não se indeniza por afetos desfeitos, cuja continuidade depende de uma série fatores subjetivos, que não podem ser mensurados e nem avaliados judicialmente. O próprio casamento pode ser juridicamente desfeito e ninguém pode ser compelido a permanecer em relação que não mais deseje. Parece óbvio inexistir amor compulsório, muito menos relacionamento afetivo obrigatório. Claro que o comportamento dos nubentes, as vontades anteriormente manifestadas, promessas de felicidade, embora certamente gerem expectativas apreciáveis, não configuram obrigação civil. Não persistindo o desejo de manter-se unido a outra pessoa, é direito de qualquer um romper o relacionamento a qualquer tempo, ainda que sem apresentar justificativa para tanto. Este direito se sustenta no livre arbítrio de cada um decidir o seu destino. O inconformismo da parte rejeitada e a frustração decorrente do fim súbito da relação certamente geram uma dor psicológica considerável, inevitável ao final de todo romance, o que de maneira alguma implica dever de indenizar. 3. Seria possível cogitar o dano moral em uma tal situação, somente quando no ato

de rompimento, a parte desistente submetesse a outra a uma situação de vergonha pública ou conduta injuriosa. Nesse caso, contudo, o dano moral não adviria propriamente da ruptura da relação, mas da ofensa a bem jurídico da outra parte, de lesão à imagem ou honra alheia. Seriam os casos de noiva deixada no altar, ou publicamente humilhada. Não foi, todavia, o caso dos autos. A autora alega que o réu rompeu a relação em conversa particular pelo telefone, sob a escusa de infidelidade da autora. Pouco importa se houve ou não a infidelidade, o que importa para a solução da controvérsia é que não foi a autora vítima de difamação pública, mas de desentendimento privado. Na lição da melhor doutrina, "o compromisso amoroso entre homem e mulher é por natureza, eivado de risco, pois a ruptura se insere em favores de extremo subjetivismo, próprios da complexidade existencial da pessoa humana" (Reparação do dano moral no direito brasileiro, Livro de estudos jurídicos 2/128)" (Luiz Felipe Haddad, citado por Yussef Saòd Cahah m "Dano moral", RT, 3§ ed, 2005, págs 741/742) Inexistente o ato ilícito, não há que se cogitar da responsabilidade civil do réu pelos infortúnios sofridos pela autora. Neste aspecto bem solucionou a lide a sentença atacada. A jurisprudência deste Tribunal de Justiça é remansosa a respeito do tema. Confira-se: "Responsabilidade civil. Rompimento de namoro. O desfecho unilateral de relacionamento de sete anos, dois meses antes da data que seria a do casamento, por desamor, não constitui ato ilícito ou de ofensa ao princípio da dignidade humana, quando, como na hipótese, representou a formalização do fim de caso pelo descontentamento de uma das partes. Ocorrência usual na sociedade, criando expectativas, frustrações, alegrias e tristezas que são típicas da dinâmica da vida sentimental. Indenização impossível de ser concedida. Recurso improvido." (Apelação Cível n.º 335.762-4/00, Teixeira Leite, Quarta Câmara de Direito Privado, v. u, j . julgamento: 19/06/2008; Apelação Cível 434.682-4/6-00, Rei. Des. Silvério Ribeiro, Quinta Câmara de Direito Privado, v. u., data do julgamento: 30/04/2008, entre dezenas de outras). 3. Merece, entretanto, reparo a sentença para declarar o dever do réu de dividir os prejuízos patrimoniais decorrentes do fim do relacionamento próximo à festividade de casamento. Saliente-se que este dever de mear os prejuízos decorrentes do cancelamento do casamento não decorre da ilicitude de sua conduta, que acima já se esclareceu ser lícita, mas da vedação legal ao enriquecimento sem causa. Ensina Fernando Noronha que o direito das obrigações é tripartido em (i) obrigações negociais; (ii) responsabilidade civil; e (iii) enriquecimento sem causa. "As primeiras (negociais) nascem de contratos ou de negócios jurídicos unilaterais e nelas tutela-se o interesse do credor na realização da sua expectativa de alteração patrimonial, fundada no compromisso assumido no âmbito da autonomia privada. As segundas (responsabilidade civil em sentido estrito) nascem da prática de atos danosos (...). As terceiras (enriquecimento sem causa) nascem da apropriação por outrem, ou do mero aproveitamento por outrem, ainda que não doloso nem culposo, de bens que o ordenamento jurídico destina (reserva) ao titular respectivo e nelas tutela-se o interesse do credor na reversão para o seu patrimônio dos bens, ou do valor do aproveitamento obtido à 'sua custa', mesmo quando ele nenhum dano (isto é, redução patrimonial) haja sofrido", (in Enriquecimento Sem Causa, in Revista de Direito Civil, Ano 15, Abril-Junho de 1991, p. 51). Dissertando sobre as situações em que se cogita o enriquecimento sem causa, elucida L. M. T. de M. Leitão que uma delas

"reside no enriquecimento resultante de despesas efetuadas por outrem (Aufwendungskondiktion), no âmbito do qual se pode distinguir entre o enriquecimento por incremento de valor das coisas alheias (Verwendungskondiktion) e aquele por pagamento de dívidas alheias (Rückgriffskondiktion). [...] No âmbito do enriquecimento por pagamento de dívidas alheias, está em causa o fato de alguém pagar uma dívida alheia sem se enquadrar nas hipóteses em que se admite a transmissão do crédito, o reembolso da despesa ou a restituição com base no enriquecimento por prestação." (in O Enriquecimento sem Causa no Novo Código Civil Brasileiro, in R CEJ, Brasília, n- 25, abr/jun 2004, p. 30). Assim sendo, ainda que o rompimento fosse consensual, por desejo mútuo de não prosseguir com a união, o dever de repartir os custos dos preparativos do casamento permanece em decorrência da vedação ao enriquecimento sem causa. No caso dos autos, a autora suportou isoladamente as despesas da festa, enquanto o réu efetuou gastos com a reforma e mobília de imóvel próprio, que reverteu em seu proveito. Com o término do relacionamento, contudo, foi, a autora, forçada a arcar sozinha com todos os prejuízos decorrentes do cancelamento da festa. Percebe-se, portanto, que houve injusta redução do patrimônio da autora, sem que o réu sofresse qualquer turbacão em seu patrimônio pessoal. Uma vez que as despesas eram meadas pelas partes até então e que aproveitariam em favor de ambos caso tivesse persistido a união, é justo que o réu seja compelido a arcar com a metade dos prejuízos sofridos pela autora. Estes prejuízos, todavia, ficam limitados a metade dos gastos que conseguiu a autora comprovar documentalmente, em especial com bordadeira e confecção de doces. Pagará o réu à autora R\$ 793,00, atualizados a partir do desembolso e acrescidos de juros de mora contados da citação. No mais, simples orçamentos não demonstram a realização das despesas e não merecem, portanto, qualquer reparo. Acrescente-se, ainda, que não demonstrou a autora que abandonou o emprego anteriormente detido por conta do casamento, mas sim por questão de custo de oportunidade, vez que tinha sido aprovada em concurso público para o qual, após o término, efetivamente veio a ser nomeada e assumiu o cargo. De igual modo, aquisição de enxoval, em especial roupa de cama e de banho, embora demande gastos comprovados nos autos, reverteu em proveito exclusivo da autora, e não merecem reembolso. Em razão da modificação parcial da sentença, deve também ser alterada a condenação decorrente da sucumbência de modo que cada uma das partes arque com os honorários de seus próprios patronos compensando-se reciprocamente as condenações. Diante do exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso. Participaram do julgamento, os Desembargadores Ênio Zuliani (Presidente e Revisor) Maia da Cunha (3º Juiz). Tribunal de Justiça de São Paulo processo Processo Ap. 01168621620078.26.000 (SÃO PAULO, 2009)

Havendo ou não abuso do direito, o dever de mear os prejuízos se impõe, devendo ser considerados os gastos razoáveis para a festa, a cerimônia, não havendo que se falar em lucros cessantes, pois as uniões devem ser motivadas pelo afeto, companheirismo e não pela possibilidade de se obter lucro.

“Não se indenizam lucros cessantes, mas os prejuízos diretamente causados pela quebra do compromisso, a outro título que não o de considerar o casamento como um negócio, uma forma de obter lucro ou vantagem.” (DIAS, 2015, p.95)

Em sentido contrário, Gonçalves (2012) entende que a indenização deve ser ampla e abranger todos os danos advindos do término, como em relação ao abandono de emprego, aquisição de bens etc..

Cambi (2001) também defende a condenação por lucros cessantes:

Além da existência destes danos emergentes, não se pode ignorar a possibilidade de haver *lucros cessantes*, que são aquelas que resultam da frustração da expectativa de lucro, desde que entre a conduta lesiva e o dano exista uma relação de causa e efeito direta e imediata, conforme prevê o art.1.060 do CC. (CAMBI, 2001, p.38)

Entende-se que não devem ser ressarcidos os gastos suntuosos, desnecessários, que se justificam apenas como forma de ostentação.

“Em relação à indenização do dano material, que decorre de gastos realizados em virtude do casamento futuro, devem ser levados em conta a razoabilidade dos gastos e a concordância prévia da outra parte.” (SILVA; MONTEIRO, 2010, p.114)

Os danos materiais, derivados do ato ilícito ou do enriquecimento sem causa, devem compreender os danos emergentes, os gastos necessários e razoáveis para a festa, cerimônia e lar conjugal e devem ser ressarcidos no montante de 50% (cinquenta por cento).

Os danos morais devem ser compensados com base no art.944 do CC/2002, para repor a vítima à situação anterior à lesão, verificada a proporção do dano e não como forma de punir o ofensor.

Quanto às doações, o Código Civil trata do tema apenas no art. 546 ao estabelecer que: doação feita em contemplação de casamento futuro com certa e determinada pessoa, quer pelos nubentes entre si, quer por terceiro a um deles, a ambos, ou aos filhos que, de futuro, houverem um do outro, não pode ser impugnada por falta de aceitação, e só ficará sem efeito se o casamento não se realizar. Trata-se de doação condicional feita em contemplação de casamento futuro com certa e determinada pessoa, em que sua eficácia está condicionada à realização do matrimônio.

Por fim, admite-se as excludentes de ilicitude para afastar a indenização. Via de regra, presente a excludente, não há que se falar em abuso de direito. Quem age dentro do exercício regular do direito de terminar um relacionamento não comete abuso.

E nesse aspecto é que os ‘justos motivos’ podem e devem ser alegados como defesa, para afastar a indenização, sendo assim configurada a culpa exclusiva do preterido.

Entretanto, não se pode deixar de perquirir do fato de que, mesmo tendo motivos justos para o término, este deve se dar dentro dos ditames da boa-fé sob pena de incidir em abuso.

A conclusão defendida não ignora a dor do abandono e nem enaltece o desarrimo, mas equilibra um e outro buscando uma decisão justa que privilegia a dignidade da pessoa humana, afinal “se amar é sofrer, eu ouço dizer, mas vou duvidar. Querendo ou não, o meu coração, já quer se entregar.” (DONATO, 1997)

5 CONCLUSÃO

Neste trabalho buscou-se analisar a aplicação da responsabilidade civil frente às questões existenciais. Não há consenso na doutrina quando o ato ilícito deve ser analisado nas questões que envolvem direito de família, mais precisamente nas relações afetivas.

Assim, a pesquisa teve como objetivo responder às seguintes questões: Qual a natureza da relação pré-nupcial? É cabível indenização por danos morais pelo término de uma relação pré-nupcial? É cabível indenização por danos materiais pelo término de uma relação pré-nupcial? Qual espécie de ato ilícito fundamenta a questão de forma mais adequada? Não havendo ato ilícito, os prejuízos materiais serão divididos?

Na segunda seção foram realizadas investigações em relação à evolução do direito de família, nomeadamente as mudanças ocorridas nas formas de união, o que gerou também mudanças no casamento. Na sociedade patriarcal o casamento era a forma de constituição da família legítima, tinha caráter religioso e patrimonial. Não eram raros casamentos consanguíneos para que a fortuna continuasse dentro da família. Geralmente os noivos eram escolhidos ou consentidos pelos patriarcas. Nesta época, a fase que precedia o casamento era chamada de esponsais e tinha caráter de contrato preliminar, estipulando indenização caso o casamento não se concretizasse. Hoje, o noivado não tem previsão legal, razão pela qual fica a cargo da doutrina e jurisprudência qualquer discussão sobre o tema, principalmente quando o seu término possa vir a causar lesão.

Na pesquisa, optou-se por utilizar o termo relação pré-nupcial, pois mais abrangente, referindo-se à fase do relacionamento em que há sérios preparativos para o casamento ou para a união estável. De fato, o termo leva em consideração o fato de que o noivado nem sempre precede o casamento ou a união estável e ainda que sejam infinitas as formas de relacionamento humano, não sendo possível nomeá-las em uma única fórmula. O importante é destacar que nesta fase não há nenhuma obrigatoriedade em seguir em frente com o propósito de vidas juntos. Terminar um relacionamento pré-nupcial é um direito que não pode ser, a princípio, sancionado.

Este entendimento extraiu-se das mudanças ocorridas no direito de família, quando o casamento deixou de ser a única forma de constituir família, como também

deixou de ter um caráter patrimonial e passou a fazer parte do processo de escolha do indivíduo. O poder de autodeterminar-se de acordo com sua vontade é também inerente ao relacionamento afetivo, visto que cabe a cada um decidir entre casar ou não, viver em união estável ou não, bem como a escolha livre do seu parceiro.

As relações entre casais devem estar baseadas no sentimento de afeto e no princípio da solidariedade. O princípio da solidariedade se fundamenta na responsabilidade que devemos ter pelo outro em razão de coexistirmos. Quanto ao afeto não há como distingui-lo da afetividade como pretendem alguns autores ao considerarem o afeto um sentimento e a afetividade um princípio. Considerada como princípio, decorrente do princípio da dignidade humana, a afetividade seria de observância obrigatória e assim, as pessoas seriam obrigadas a ter afetividade por outrem, mesmo não tendo afeto. Bem, não é plausível que assim seja, pois o afeto, assim como o amor, acontece, não se aprende.

Deste modo, não há como admitir qualquer forma de coação no processo de decisão entre unir-se ou não. O indivíduo deve ser livre para exercer sua autonomia privada escolhendo unir ou não, escolhendo seu parceiro, só com total liberdade nas suas escolhas é que terá capacidade de formar relações baseadas no afeto e na solidariedade.

Este processo de escolha do outro é difícil e muitas vezes tormentoso. Buscou-se em Zygmunt Bauman a concepção do amor líquido, flexível, passageiro. Consequência de uma modernidade líquida em que nada é feito para durar, em que os produtos são facilmente substituídos por outros de tecnologia mais avançada, no amor líquido também há a facilidade de substituição do parceiro, visto que no próximo haverá sempre a possibilidade de maior satisfação. O desejo foi substituído pelo impulso, mais rápido, mais condizente com a flexibilidade da vida moderna.

A insegurança, medo da entrega são fatores que pesam na decisão de apertar ou afrouxar os laços e a dúvida é muito comum na sociedade líquida. O fim de um relacionamento quando se aproxima o casamento nem sempre é um ato de maldade. Na maioria das vezes não é. Geralmente é o reflexo da imaturidade que a sociedade vive, do despreparo para assumir um compromisso sólido.

A terceira seção investiga o tratamento da responsabilidade civil no ordenamento jurídico e a mudança de paradigma do instituto através dos tempos. Se antes a questão da responsabilidade civil se resolvia na comprovação da culpa, hoje o dano merece destaque.

Assim, destaca-se o dano moral e seu conceito é extraído da lição de Moraes (2003) que considera como dano moral os danos que afetam a dignidade da pessoa humana.

Moraes (2003) divide a dignidade em quatro postulados de que são corolários os princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade. Assim, o conceito de danos morais como danos à dignidade nos parece mais apropriado, a medida em que limita a condenação em danos morais para lesões aos substratos materiais da dignidade evitando a banalização do instituto. Todo convívio social está sujeito a situações de dor, sofrimento e tristeza. Tais sentimentos fazem parte do indivíduo, assim como sentimentos de amor, alegria. Considerar como sujeito a condenação por danos morais toda situação de dissabor leva a uma banalização do instituto.

Dentre as espécies de ato ilícito, o abuso do direito é o mais conveniente para que se chegue a uma solução justa para o problema levantado na pesquisa. Se na segunda seção defendemos o término de uma relação como um direito a ser livremente exercido, é imperioso considerar que tal direito só pode ser sancionado se for exercido com abuso.

Acolhe-se a teoria objetiva do abuso do direito. Exercido o direito fora dos limites da boa-fé, o dever de indenizar se impõe. Assim, tratando-se de término de uma relação pré-nupcial, o término somente será considerado lesivo se for exercido fora dos limites da boa-fé, com abuso, levando a parte abandonada a uma situação vexatória, humilhante. Assim, justa a condenação por danos morais e danos materiais, caso tenha havido prejuízo material.

Ocorre que os preparativos para celebrar o casamento ou união estável requerem gastos e, na maioria das vezes, ambas as partes arcam com essas despesas. Diante de tal situação, outra questão foi investigada: não havendo que se falar em abuso do direito, a princípio, não há que se falar em condenação por danos morais e materiais, assim, seria justo que a parte preterida arcasse sozinha com os gastos que fez para o enlace? Claro que não. A resposta para tal indagação está no princípio que veda o enriquecimento ilícito.

O enriquecimento ilícito está previsto no Código Civil no título que se refere aos atos unilaterais, o que mereceu severas críticas, pois apresenta-se como instituto de Direito Civil e também como princípio, sendo a parte geral do código mais adequada para abrigá-lo.

É como princípio que o enriquecimento ilícito é meio viável para se evitar injustiças, obrigando a parte desistente a mear os prejuízos materiais auferidos pela parte abandonada. Fiuza (2009) ensina que enriquecer-se ilicitamente é também não empobrecer.

O direito alienígena foi abordado na quarta seção. Alguns países como a Alemanha, Portugal, Itália, Peru dispõem de forma expressa sobre o término do noivado, sendo que a teoria do justo motivo para a desistência prevalece.

No nosso ordenamento jurídico a questão se resolve pelas regras da responsabilidade civil, não havendo normas específicas. No entanto, alguns doutrinadores adotam a teoria dos justos motivos e outros a teoria do abuso do direito.

Para a teoria do justo motivo o término de uma relação pré-nupcial deve ser analisado de acordo com o art.186 do Código Civil, sendo a indenização afastada se houver algum “motivo justo”. Motivos justos estão ligados ao comportamento de uma das partes, como traição, sevícia, uso de tóxicos etc.

A teoria do justo motivo é falha, pois não considera o fim do amor como um motivo justo para o término. Busca-se os relacionamentos fundamentados no afeto, assim, não se pode condenar quem age de forma verdadeira e acaba um relação que está fadada ao insucesso. Pior que a dor do término é viver ao lado de quem não nos tem amor.

Defendeu-se no trabalho, que terminar um relacionamento é um direito que deve ser exercido dentro dos limites da boa-fé. Assim, as suas consequências jurídicas derivam não do término em si, mas do modo em que este ocorreu. O não comparecimento à cerimônia, o não no altar, o término de forma pública, são exemplos de abuso do direito.

A teoria que acolhe o abuso do direito permite a ponderação da dignidade humana das duas partes. De um lado, o direito à integridade psicológica, do outro o direito à liberdade.

A teoria dos justos motivos verifica apenas a dignidade do abandonado, sua dor psicológica, sem atentar para o fato de que do outro lado também tem um indivíduo que merece ter as suas ações consideradas.

Chama-se a atenção para a mudança no olhar da responsabilidade civil quando se tratar de questões existenciais. Quando há uma inserção indevida nos órgãos de proteção ao crédito, o olhar se volta exclusivamente para o dano auferido

pela vítima, mas quando tratamos de questões envolvendo o direito de família a resolução não pode ser tão simples. Existe, do outro lado, um indivíduo que tem sentimentos como qualquer outro e que por razões diversas, como falta de amor, insegurança, quer exercer seu direito de arrepende-se. Não se ignora a dor do abandonado, mas todo relacionamento está sujeito a decepções. Não se pode monetarizar as relações, visto que as mesmas devem se basear no afeto.

A ponderação da dignidade humana de cada um é uma solução justa, pois aquele que exerce sua liberdade de colocar fim a um relacionamento deve fazê-lo sem abuso do direito, sob pena de ser condenado a indenizar, ponderando-se a favor da integridade psicológica do abandonado. Por outro lado, se o término foi realizado dentro dos limites da boa-fé, pondera-se a favor da liberdade não havendo que se falar em indenização por danos morais.

Também deve-se levar em conta os gastos que o preterido arcou confiando na realização da união. Verificado o abuso do direito o ressarcimento será feito pelas regras da responsabilidade civil; não havendo abuso, o ressarcimento pelos gastos será devido pelo princípio que veda o enriquecimento sem causa.

Em ambos os casos, o ressarcimento pelo prejuízo material do preterido deverá ser meado entre as partes, caso a união tivesse ocorrido, tais gastos beneficiariam os dois. Assim, justo que o desistente arque com metade.

Em caso de eventual fixação por danos morais conclui-se pela fixação nos termos do art.944 do CC, não sendo aplicável o *punitive damages* no nosso ordenamento jurídico.

Por fim, doutrina e jurisprudência divergem quanto às teorias aplicadas, mas a pesquisa revelou que a maioria das decisões caminha para acolher a doutrina do abuso do direito.

Sem querer esgotar a matéria, buscou-se uma solução que impingisse um novo olhar na responsabilidade civil ao se discutir questões existenciais, considerando não só o sofrimento da 'vítima', mas também a dignidade da outra parte, visto que a busca pelo outro, nunca foi uma escolha fácil.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012.

AMORIM, Victoria. **Após ser abandonada, mulher pinta vestido de noiva como forma de libertação**. [S. l.]: Vírgula UOL, 03 jan. 2015. Disponível em: <<http://virgula.uol.com.br/lifestyle/apos-ser-abandonada-noiva-pinta-seu-vestido-de-noiva-como-forma-de-libertacao/>> Acesso em: 18 out. 2015.

BARRETO, Wanderley de Paula. Os esposais e o Regime de bens do novel Direito de Família da República Federal da Alemanha. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Org.) **Família e sucessão: direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **O amor líquido: sobre a fragilidades dos laços humanos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 5 de out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20 out. 2015.

BRASIL. Decreto n. 2.681, de 7 de dezembro de 1912. Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. **Coleção de Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, 7 dez.1912. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2681_1912.htm Acesso em: 18 out.2015.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 5 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 19 out. 2015.

BRASIL. Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 dez.1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7565.htm> Acesso em: 18 out. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 jul. 1990a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm > Acesso em: 19.out.2015.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 set.1990b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm> Acesso em: 18 out.2015.

BRASIL. Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 dez. 1994. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm >. Acesso em: 19 out. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 maio. 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm>. Acesso em: 19 out. 2015.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 out. 2015.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 out. 2003. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm> Acesso em: 18 out.2015

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez.1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm> Acesso em: 19 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no AREsp 113211 SC 2012/0019661-0. Relator: Sidnei Benet. Terceira Turma Cível. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 8 maio 2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21669323/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-113211-sc-2012-0019661-0-stj>> Acesso em: 18 out. 2015.

CAMBI, Eduardo. Noivado: natureza e efeitos jurídicos decorrentes de seu rompimento lesivo. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.2, n.7, p.34-39, jul./set. 2001.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

COELHO, Rômulo. **Direito de família**: rompimento de noivados, casamentos, concubinato, poder dos pais sobre os filhos menores: doutrina, jurisprudência. São Paulo: Leud, 1990.

COSTA, Gley. **O amor e seus labirintos**. Porto Alegre: Artmed, 2007.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. rev., ampl., atual. aum., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 2.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009a.v.5.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 26. reform. São Paulo: Saraiva, 2009b. v.1.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 31. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2014. (obra completa)

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Processo: Apelação Cível. 200307/0063733 Relator: Humberto Adjuto Ulhôa. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 07 jun.2005. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2918141/apelacao-civel-ac-20030710063733-df>> Acesso em: 18 out. 2015.

DONATO, João. **Café com pão**. Rio de Janeiro: Lumiar Discos. 1997. Faixa 11. Disco de vinil.

FACHIN, Edson Luiz. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. São Paulo: Atlas S/A, 2015. v.6.

FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Keila Pacheco. **Abuso do direito nas relações obrigacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FIORELLI, José Osmir; MAGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia jurídica**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FIUZA, César. Contornos teóricos dogmáticos do princípio do enriquecimento sem causa. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 54, p.49-66, jan./jun. 2009.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**.14. ed.rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 4. ed.rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014. v.6.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.8.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.4.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.2.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 3. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

IGREJA CATÓLICA. **Código de Direito Canônico**. 2. ed. Lisboa: Conferência Episcopal Portuguesa, 1983. Disponível em: <<http://www.presbiteros.com.br/site/wp-content/uploads/2010/06/CIC1983.pdf>> Acesso em: 18 out. 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo demográfico 2010**. Nupcialidade, fecundidade e migração: resultados da amostra 2010. Rio de Janeiro: IBGE, 2011. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/98/cd_2010_nupcialidade_fecundidade_migracao_amostra.pdf> Acesso em: 18 out. 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas do registro civil 2013**. Rio de Janeiro: IBGE, dez. 2014. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000019925012122014502109119665.pdf>> Acesso em: 18 out. 2015.

JORNADA DE DIREITO CIVIL, 1., Enunciados aprovados. [S. l.]: Daleth, 2015. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>> Acesso em: 12 jan. 2015.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2003.

KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. In TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio De janeiro: Renova, 2005.

LACERDA, Dennis Otte. **Direitos da personalidade na contemporaneidade: a repactuação semântica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Taisa Maria Macena de. Princípios fundantes do direito civil atual. In. FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito civil: atualidades**. Belo horizonte: Del Rey, 2003. p.242-258

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **Discutindo o Estado social**. [S. l.]: Do autor, 28 de jun.2010. Disponível em: <<http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com.br/2010/06/discutindo-o-estado-social.html>> Acesso em: 18 out. 2015.

MALDONADO, Jorge. E. **Crises e perdas na família: consolando os que sofrem**. Viçosa: Ultimato, 2005.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. rev., ampl., atual. Salvador: Jus Podvm, 2015.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. A família e o direito de personalidade. In:

MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Carla Harmatiuk (Org.), **Direito das famílias por juristas brasileiras**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 91-129.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. São Paulo: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin. Danos morais e relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) **Afeto, ética, família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família**. 6. ed. Rio de Janeiro: forense. 2013. v.5.

NASCIMENTO, Milton. **Travessia**. Rio de Janeiro: Dubas Musicas, 2002. 1 CD

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2015.

PAPA, Francisco. Catequese do Papa Francisco sobre o noivado. Tradução de Jéssica Marçal. Vaticano, **Boletim de Santa Fé**, 27 maio 2015. Disponível em: <<http://papa.cancaonova.com/catequese-do-papa-francisco-sobre-o-noivado-270515/>> Acesso em: 18 out. 2015.

PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações**. 24.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.2.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Processo**: Apelação Cível nº 0000813-45.2010.8.19.0075. Relator: Des. Claudia Pires dos Santos Ferreira. Rio de Janeiro, 19 out.2011 Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003692EC201FF26C5273ACF71E36BDCD862DFC403132E1F>> Acesso em: 18 out. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Processo**: Apelação Cível 70027032440. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre, 21 jan. 2009. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&ulang=pt-BR&ip=179.106.152.146&access=p&entqr=3&entqrm=0&q=Apela%C3%A7%C3%A3o%20C%C3%ADvel%2070027032440&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&sort=date:D:S:d1&aba=juris&site=ementario#main_res_juris. Acesso em: 18 out. 2015.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva. 2002.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; PONTES, Maíla Mello Campolina. Autonomia privada e o direito de morrer. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito civil**: princípios jurídicos no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.37-53

SÃO PAULO. Tribunal de justiça. **Processo**: Apelação Cível 01168621620078.26.000. Relator: Francisco Loureiro. São Paulo, 16 abr.2009. Disponível em <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=79BF3703AFF0835E14D0F1F7CB40CA73>> Acesso em: 18 out. 2015.

SANTOS, Thiago Rodovalho dos. Esponsais: o rompimento do afeto e o dever de indenizar. **Revista de Direito das Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, v.13, n.26, p.82-109, fev./mar.2012.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.212, p.89-94, abr/jun 1998.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito de família. 40. ed. São Paulo; Saraiva, 2010.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. O fundamento jurídico do dano moral: princípio da dignidade da pessoa humana ou punitive damages? In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito civil**: princípios jurídicos no direito privado: atualidades III. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.255-266.

STOCO, Ruy. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 9. ed. rev. atual. reform. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013a. t.1.

STOCO, Ruy. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 9. ed. rev. atual. reform. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013b. t.2.

TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo; RIBEIRO, Gustavo Leite (Coord.). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito de família. 9. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo. Método, 2014. v.5.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 7. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2010.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Mecedo. Os efeitos do abandono afetivo e a mediação como forma de solução de conflitos paterno - filiais. **Revista Síntese Direito de Família**, Porto Alegre, v.15, n.77, p. 69-94, abr./maio 2013.

WALZER, Michael. **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes: 2003.