

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

RUMMENIG RAUHYLSON DE LUCENA LILIOSO

A INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO
ROMPIMENTO DO NOIVADO

SOUSA

2014

RUMMENIG RAUHYLSON DE LUCENA LILIOSO

A INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO
ROMPIMENTO DO NOIVADO

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof. Dra. Maria dos Remédios Lima Barbosa

SOUSA

2014

RUMMENIG RAUHYLSON DE LUCENA LILIOSO

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof. Dra. Maria dos Remédios Lima Barbosa

Banca examinadora:

Data de aprovação: ___/___/___

Orientadora: Prof. Dra. Maria dos Remédios Lima Barbosa

Examinador: Prof. Ms. José Alves Formiga

Examinador: Prof. Lourdemário Ramos de Araújo

AGRADECIMENTOS

Primeiramente e sempre a Deus, pelo dom da vida que ele me deu, por proporcionar momentos maravilhosos na minha vida, pelo seu amor incondicional por mim e por ter realizado meu sonho.

Aos meus pais, por nunca haverem medido esforços no intuito de concretizar minha formação científica e moral, tendo, muitas vezes, abdicado dos próprios sonhos para construir os meus.

A minha orientadora Maria dos Remédios Lima Barbosa, pela disponibilidade, paciência, humildade e dedicação empregados na realização desse trabalho, a todos os meus professores, por terem colaborado na minha formação profissional e aos demais servidores da universidade.

Aos meus amigos e colegas de turma, pessoas com as quais dividi cinco dos melhores anos de minha vida, pela amizade, incentivo e aprendizado.

Ao amigo Juiz de Direito Dr. Henrique Jorge Jácome de Figueiredo, por ter me inserido no universo da prática jurídica, abrindo as portas do seu gabinete, ensinando-me não apenas a técnica, mas a paixão pelo trabalho. Gratidão por sua generosidade e ensinamentos.

Aos amigos do Fórum Miguel Sátiro, em especial Luiz Guedes, Socorro, Lucivânia e seu Ivanildo, por todo conhecimento compartilhado e pelo apoio e torcida, bem como aos demais servidores e colegas estagiários.

A todos os meus amigos e familiares que, mesmo não fazendo parte da minha vida acadêmica, me incentivaram, nunca deixando que eu desanimasse e a todo tempo acreditaram no meu potencial.

A Dona Marlene Barbosa, por todo seu amor, carinho e afeto em mim depositados, a meu tio Cícero e aos meus avós Luzia e Pedro, que apesar de não estarem mais no meu convívio, tenho certeza que estão felizes pela minha vitória.

“Cada sonho que você deixa pra trás, é um
pedaço do seu futuro que deixa de existir.”

(Steve Jobs)

RESUMO

O presente trabalho trata da inaplicabilidade da teoria da perda de uma chance no âmbito do ordenamento jurídico pátrio na responsabilização por danos morais decorrentes do rompimento do noivado. A responsabilidade civil pela perda de uma chance é um instituto relativamente novo no ordenamento pátrio, que visa indenizar a vítima, que em virtude da conduta de outrem, perdeu a oportunidade de angariar um lucro ou de evitar um prejuízo. O tema é pouco estudado pela doutrina e carece de estudos mais aprofundados a fim de oferecer respaldo à jurisprudência no momento de apresentar soluções para os casos concretos. O principal escopo deste trabalho é analisar os principais aspectos relacionados à teoria da perda de uma chance fazendo uma ponte entre a responsabilidade civil e o direito de família. Buscou-se fazer uma abordagem genérica do instituto na responsabilidade civil, bem como analisando seus pressupostos de admissibilidade e alguns critérios básicos relacionados à perda de uma chance, a fim de dirimir os pontos que geram dúvidas na cabeça dos magistrados, a saber, em que situações deve ser imputadas a responsabilidade civil pela perda de uma chance e sob quais parâmetros deve ser arbitrada a quantificação da indenização do dano. Para tanto, são utilizados o método dedutivo como método de abordagem, os métodos histórico, comparativo e o estudo de caso, como métodos de procedimento, e a documentação indireta através da pesquisa bibliográfica como técnica de pesquisa. No desenvolvimento do trabalho e após análise jurisprudencial e doutrinária, foi observado que o dano gerado pela perda de uma chance não se configura como dano moral, somente como dano material, já que o simples fato do fim do afeto não gerar ato ilícito.

Palavras-chave: Perda de uma chance. Rompimento do noivado. Responsabilidade civil. Direito de família. Dano material.

ABSTRACT

This paper addresses the inapplicability of the theory of loss of chance in the national legal system as accountability for moral damages resulting from the breakup of the engagement . Liability for loss of a chance is a relatively new institute in national legal system, which aims to compensate the victim, who by virtue of the conduct of others , missed the opportunity to garner a profit or avoid a loss . The topic is understudied by the doctrine and its study is necessary, when presenting solutions to concrete cases . The main objective of this work is to analyze the main aspects related to the theory of loss of a chance making a bridge between the liability and family law . We tried to make a generic approach of the civil liability institute , as well as analyzing their assumptions and some basic eligibility criteria related to the loss of a chance in order to deal with any questions generated by the magistrate's head, as example, in what situations should be imputed liability for loss of a chance , and under what parameters should be refereed to the indemnity amount of damage . For both , the deductive method are used as a method of approach, historical, comparative and case study methods , such as methods of procedure , and indirectly through the documentation literature as a research technique . In developing this work and further jurisprudential and doctrinal analysis , it was observed that the damage generated by the loss of a chance does not qualify as moral damages to property damage only , since the mere fact of the affection end does not generate tort .

Keywords : Loss of a chance . Breaking the engagement . Liability . Family law . Material damage .

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 O MATRIMÔNIO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO	10
2.1 CONCEITO, HISTÓRICO E ELEMENTOS BASILARES DO CASAMENTO	10
2.2 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO CASAMENTO	12
2.3 REQUISITOS ESSENCIAIS DO CASAMENTO	15
2.4 FORMALIDADES ESSENCIAIS À VALIDADE DO CASAMENTO.....	16
3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO	22
3.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	22
3.2 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL À LUZ DO ORDENAMENTO ATUAL.....	26
3.2.1 Quanto ao seu fato gerador	26
3.2.1.1 Responsabilidade Contratual	26
3.2.1.2 Responsabilidade extracontratual ou aquiliana	27
3.2.2 Quanto ao fundamento	28
3.2.2.1 Responsabilidade subjetiva	28
3.2.2.2 Responsabilidade objetiva.....	29
3.3 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	30
4 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NAS RELAÇÕES DE PROMESSA DE MATRIMÔNIO	32
4.1 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NAS RELAÇÕES JURÍDICAS.....	32
4.2 A FIGURA JURÍDICA DOS ESPONSAIS NA SOCIEDADE BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA	36
4.3 A INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO ROMPIMENTO DE NOIVADO	38
5 CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS	44

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tratará da inaplicabilidade da teoria da perda de uma chance no rompimento do noivado e como os tribunais vem se comportando a esse respeito. Tal instituto está ligado intrinsecamente à responsabilidade civil e visa ressarcir a vítima que teve uma oportunidade frustrada de angariar uma vantagem ou evitar um dano em virtude de outrem. Mas para que possa haver esse ressarcimento, se faz necessário que fique constatada a existência de chances sérias e reais, essa teoria encontra seu limite no caráter de certeza que deve apresentar o dano reparável. .

A teoria da perda de uma chance surgiu no século XIX em uma relação entre médico e paciente na França, onde teve suas bases firmadas, sendo utilizada mais frequentemente no ordenamento jurídico italiano e nos países que compõem o sistema de Common Law. Tal teoria tem sido adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro em matéria de responsabilidade civil, mesmo com a escassez doutrinária sobre a matéria e a inexistência de fundamentação legal.

Para que se possa chegar até o instituto em análise, no primeiro capítulo será abordado o matrimônio no direito civil brasileiro, seu conceito, sua evolução, consequências jurídicas, seus requisitos e suas formalidades à validade do casamento. Serão analisadas as modalidades de casamento, bem como o seu processo de habilitação e a cerimônia do ato nupcial.

No capítulo seguinte, será apresentada a responsabilidade civil no ordenamento jurídico pátrio. Na oportunidade serão analisadas o seu histórico, trazendo sua evolução no âmbito jurídico, as espécies de responsabilidade à luz do ordenamento atual e suas consequências jurídicas.

No último capítulo será abordada a teoria da perda de uma chance nas relações de promessa de matrimônio. Oportunidade em que será estudada tal teoria nas relações jurídicas voltada para o direito de família com enfoque no rompimento de noivado. Ainda nesta unidade, será analisada a figura jurídica dos esponsais na sociedade brasileira contemporânea. Por fim, serão apresentados diversos casos concretos analisados pelos tribunais brasileiros e as soluções apresentadas por estes que julgam procedentes as ações indenização pela a perda de uma chance por danos materiais e ao mesmo tempo repudiam as ações oriundas de eventuais danos morais.

Existe uma corrente doutrinária e jurisprudencial que trata a responsabilidade civil pela perda de uma chance como uma modalidade de dano autônomo, ou seja, uma nova espécie de dano indenizável.

É muito natural que o Direito das Famílias aceite a existência dos instrumentos da Responsabilidade Civil, convivendo harmoniosamente com a perda de uma oportunidade futura. Sendo assim, a teoria da perda de uma chance encontra espaço para a sua aplicação nas relações familiares.

No entanto, é necessário que se estabeleça um limite para a aplicação da teoria na seara familiar. O simples fato de não haver mais afeto não gera a possibilidade de impetrar uma ação de indenização. Com isso, vê-se que é impossível imaginar a perda de uma chance com o rompimento do noivado, já que este não configura uma frustração de uma vantagem futura. Configura sim, um exercício da liberdade que é uma garantia fundamental assegurado na Constituição Federal.

Essa pesquisa visa analisar a impossibilidade da aplicação da teoria da perda de uma chance no rompimento do noivado. Não se pode negar que esse rompimento gere dor e sofrimento, no entanto, no conceito de dano moral a dor sentimental não é comportado.

2 O MATRIMÔNIO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

O presente capítulo tem o intuito de analisar em um primeiro plano o matrimônio no direito civil brasileiro, conceituando, conhecendo sua história e seus elementos basilares. No segundo ponto, serão tratadas as consequências jurídicas do casamento e por último serão abordadas as formalidades essenciais para a sua validade.

O casamento é o instituto mais importante do direito privado, por formar a base do direito de família, tornando-se assim, o fundamento da sociedade, já que as regras do direito de família afetam o indivíduo dentro do seu núcleo social.

Mas, de certo, para que o casamento venha a ocorrer e ter sua eficácia jurídica e social, é necessário que se observe algumas formalidades essenciais para a sua existência e isso será analisado aqui.

2.1 CONCEITO, HISTÓRICO E ELEMENTOS BASILARES DO CASAMENTO

Como já é sabido, casamento é o instituto mais importante do direito familiar por se tratar de uma das bases da família. Maria Helena Diniz¹ conceitua o casamento como sendo, “o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja um integração fisiopsíquica e a constituição de uma família.” No mesmo sentido, assim conceitua Silvio Rodrigues²:

é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência.

A concepção de casamento para o ordenamento jurídico pátrio implica em um conjunto de itens, dos quais o Direito zela, visto que não representa apenas a união de corpos, mas sim em direitos e deveres para ambas as partes.

¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil. Direito de família. v. 5. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 51

² RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil, Volume VI. 28. ed. Saraiva: São Paulo, 2004. p. 19

Sendo assim, a essência do casamento permanece inalterado, ou seja, a união entre pessoas a fim de constituir família.

O instituto do casamento no Brasil ficou caracterizado pelas influências portuguesas, já que foram eles os colonizadores do país. No Brasil Império, a igreja católica continuou influenciando de maneira frequente, acerca disso aponta Cahali³:

Com a proclamação da independência, instaurada a monarquia, nosso direito permaneceu sob influência direta e incisiva da Igreja, em matéria de casamento. Assim, o Decreto de 03.11.1827 estatuiu a obrigatoriedade das disposições do Concílio de Trento e da Constituição do Arcebispo da Bahia, reconhecida e firmada desse modo a jurisdição eclesiástica nas questões matrimoniais. O casamento, na sua origem, formação e constituição, sobrepassava às normas estatais. Ato em cuja elaboração não intervinha o poder civil, este o recebia perfeito e acabado das mãos da Igreja e apenas lhe marcava os efeitos jurídicos na sociedade temporal. No Brasil Império, o passo mais avançado no sentido da desvinculação deu-se com o Decreto 1.444 de 11.09.1861 (com seu regulamento 3.069, de 17.04.1863), que regulou o casamento entre pessoas de seitas dissidentes, celebrando em harmonia com as prescrições da respectiva religião.

Durante o império existiram muitas tentativas de tirar o casamento da seara da igreja e levá-lo para o âmbito civil, mas somente no Brasil República foi que o instituto deixou de ser regulado pelo Direito Canônico.

Em 1889 ocorreu a Proclamação da República e com ela houve a separação entre a Igreja e o Estado. Em decorrência dessa separação, a República necessitou modificar as questões referentes ao casamento, já que o Direito Brasileiro instituiu o casamento civil, que, por sua vez, estabeleceu a obrigatoriedade do casamento civil, fazendo com que o casamento religioso passasse a ser apenas um interesse individual.

A Constituição de 1934, reconheceu os efeitos civis ao casamento religioso, visto que eram desaconselháveis as duplas núpcias, ou seja, o casamento válido no Brasil era o civil, sem excluir a possibilidade de conferir ao casamento religioso os efeitos civis.

Conforme preleciona Maria Helena Diniz⁴, as características do casamento são: a liberdade na escolha do nubente, a solenidade do ato nupcial, o fato de ser a legislação matrimonial de ordem pública, a união permanente e a união exclusiva.

³ CAHALI, Yussef Said. Divórcio e separação. 11. ed. rev. e ampl. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Revista dos tribunais: São Paulo, 2005. p. 38

⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil. Direito de família. v. 5. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 58

A liberdade na escolha do nubente constitui uma característica fundamental, já que o matrimônio tem caráter pessoal e a liberdade de escolha é elemento natural do ato nupcial. Nesse caso, a família tem sua interferência apenas no tocante à orientação, salvo nos casos em que a legislação exige o consentimento dos pais.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves⁵, a solenidade do ato nupcial destina-se a proporcionar maior segurança aos atos, garantindo sua validade e salientando sua seriedade, sendo envolvido numa aura da solenidade, que inicia-se com o processo de habilitação e publicação dos editais, desenvolve-se na cerimônia em que é celebrado e prossegue no registro no livro próprio, ou seja, não é suficiente somente a união de homem e mulher sem celebração consoante à lei.

A legislação matrimonial é de ordem pública, porque tem o objetivo atribuir à família uma organização social compatível com as ideias do Estado, definidas em princípios atrelados à Constituição Federal e às leis civis.

A união permanente revela a ideia de perpetuidade, ou seja, uma vez contraído o matrimônio, esse será para toda a vida. Quando o matrimônio é contraído, ele não é por tempo determinado, mas sim por toda a vida, mesmo que venha a fracassar no futuro e os haja o divórcio, e posteriormente venham a se casar novamente, existe sempre a permanência da ordem conjugal e familiar.

Por fim, a união exclusiva, que está ligada diretamente à fidelidade conjugal, constituindo o mais importante dos deveres conjugais. Por ter o casamento a essência de respeito mútuo entre as partes envolvidas, a fidelidade não pode ser afastada mediante pacto antenupcial, por ofender a lei e os bons costumes.

2.2 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO CASAMENTO

As consequências jurídicas do casamento se projetam no ambiente social, nas relações pessoais e econômicas dos cônjuges e nas relações pessoais e patrimoniais entre pais e filhos, dando origem a direitos e deveres próprios e recíprocos.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. Vol. VI. Direito de família. 4. ed. Saraiva: São Paulo, 2007. p. 27.

Com relação aos efeitos sociais, vale lembrar que além da criação da família que é o principal efeito matrimonial, o casamento também produz a emancipação do cônjuge menor de idade, passando o mesmo a ser plenamente capaz, estabelecendo ainda, o vínculo de afinidade entre cada consorte e os parentes do outro, como previsto nos parágrafos 1º e 2º do art. 1.595 do Código Civil.

Por fim, o casamento confere o status de casado aos consortes, que é o fator de identificação na sociedade.

No tocante aos efeitos pessoais, pode-se dizer que com o ato do casamento originam-se situações jurídicas, impondo aos consortes direitos e deveres recíprocos, tais como a fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal e assistência mútua.

O dever jurídico e moral que a fidelidade mútua traz consigo decorre do caráter monogâmico do casamento, já que constitui um dos pilares da vida conjugal e da família.

Esse dever consiste em cada consorte abster-se de praticar relações sexuais fora do casamento. Maria Helena Diniz⁶ fala sobre o assunto:

Com isso a liberdade sexual dos consortes fica restrita ao casamento. A infração desse dever constitui adultério (ilícito civil), indicando falência da moral familiar, desagregando toda a vida da família, além de agravar a honra do outro cônjuge, injuriando-o gravemente. Para que se configure adultério basta só transgressão ao dever de fidelidade por parte do marido ou da mulher (RT, 181:221); não se exige, portanto, a continuidade de relações carnavais com terceiro.

Com relação à vida em comum no domicílio conjugal, a ordem jurídica considera como sendo efeito do casamento a coabitação. Constituem aspectos de coabitação, a convivência dos consortes bem como a prestação mútua do débito conjugal, ou seja, o direito de realizarem entre si o ato sexual.

A inobservância desse débito conjugal compromete a estabilidade familiar. Porém, é permitido o casamento *in extremis* e o de pessoas idosas, situações em que não comprometem a estabilidade do lar.

Esclarece Maria Helena Diniz⁷:

⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil. Direito de família. v. 5. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 127

⁷ Id. Ibid, p. 13

Competia ao marido fixar o domicílio, devendo sua esposa segui-lo, mas ante o art. 226, § 5º, da Constituição Federal de 1988 e o Código Civil, art. 1.569, ao estatuir que o domicílio do casal será escolhido por ambos os cônjuges, mas um e outro podem ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos (por exemplo, comandante de aeronave ou navio mercante; juiz de direito ou promotor de justiça, para cumprir sua função na comarca designada; trabalhador de plataforma de exploração petrolífera; guia de turismo etc) ou a interesses particulares relevantes (por exemplo, para poder cursar mestrado no exterior ou em outra cidade do Brasil). Assim,, por exemplo, havendo justa causa, a mulher pode afastar-se do domicílio conjugal se (a) o marido não a tratar com o devido respeito e consideração; (b) o consorte pretender que ela o acompanhe em sua vida errante ou que ela emigre com ele para subtrair-se a condenação criminal; (c) o cônjuge, por capricho ou hostilidade, muda-se para lugar inóspito, insalubre ou desconfortável; (d) tiver de atender a reclamos de sua vida profissional e interesses particulares importantes.

Outro efeito pessoal decorrente do casamento é a mútua assistência, que se resume aos cuidados pessoais nas moléstias, ao apoio da adversidade e ao auxílio constante em todas as dificuldades da vida, não se concretizando, portanto, no fornecimento de vestuário, transporte, diversões e medicamentos conforme as posses e educação de um e de outro.

Outros efeitos que são gerados com o casamento são os patrimoniais, que giram em torno das questões econômicas envolvendo os cônjuges, sendo que, como ensina Maria Helena Diniz⁸, “a essência das relações econômicas entre os consortes reside, indubitavelmente, no Regime Matrimonial de Bens, que está submetido a normas especiais disciplinadoras de seus efeitos.”

O regime legal adotado pelo Código Civil é o regime parcial de bens. Ao optar por um regime diverso, os cônjuges devem fazê-lo por meio de pacto antenupcial.

No regime parcial de bens, são excluídos da comunhão os adquiridos antes do casamento e aqueles que venham a ser adquiridos na constância do mesmo por causa anterior e alheia ao matrimônio. Ensina Maria Helena Diniz⁹:

Esse regime, ao prescrever a comunhão dos aquestos, estabelece uma solidariedade entre os cônjuges, unindo-os maritalmente, pois ao menos parcialmente seus interesses são comuns, permitindo, por outro lado, que cada um conserve como seu aquilo que já lhe pertencia no momento da realização do ato nupcial.

⁸ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil. Direito de família. v. 5. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 126

⁹ Id. Ibid, p. 163

Já no regime de comunhão universal a diferença é que todos os bens se comunicam de ambos os cônjuges, adquiridos antes e depois do matrimônio, passando cada cônjuge direito a metade do patrimônio, excluindo-se os bens elencados nos incisos V a VII do artigo 1.659 e no artigo 1668 e seus incisos, todos do Código Civil, bem como os bens fruto de doação e de herança com cláusula de incomunicabilidade.

O regime de participação final nos aquestos é muito parecido com o regime da comunhão parcial de bens, a diferença é que naquele os bens que os cônjuges possuíam antes do casamento e aqueles que adquiriram após, permanecem próprios de cada um, mas havendo a dissolução do casamento, os bens adquiridos na constância deste serão partilhados em comum.

Por fim, o regime de separação de bens é caracterizado pela não só pela incomunicabilidade dos bens anteriores ao casamento, mas também aos que vierem a ser adquiridos na constância do mesmo.

2.3 REQUISITOS ESSENCIAIS DO CASAMENTO

O casamento para ser válido tem que observar algumas condições, caso contrário acarretará sua nulidade ou anulabilidade.

A norma jurídica estabelece um limite de idade, ou seja, o código civil proíbe o matrimônio de menos de 16 anos, sob pena de ser anulado, é o que diz o artigo 1.550, I do referido código, sendo permitido a sua celebração em caso de gravidez previsto no artigo 1.551 também do código civil.

A potência é outra condição, entende-se por esse ponto que os nubentes devem ser capazes de praticar a conjunção carnal, embora a ordem jurídica não impeça a realização do casamento entre idosos e pessoas à beira da morte, impossibilitadas de praticar relações sexuais. A impotência pode gerar a anulação do casamento nos casos de *impotentia coeundi e impotentia generandi*.

A sanidade física também é necessária para a validade do casamento, visto que, a existência de doença contagiosa ou transmissível, anterior ao matrimônio, constitui erro essencial desde que desconhecida pelo outro nubente, possibilitando assim, a anulação do casamento.

Existem também algumas condições de aptidão mental, quais sejam, o grau de maturidade intelectual e sanidade mental dos nubentes e o consentimento íntegro, isento de vícios.

Também para que o casamento seja válido não será permitido a bigamia. Partindo do princípio da monogamia decorre a proibição do segundo casamento enquanto o primeiro não se dissolver.

O casamento entre tutor ou curador e seus tutelados ou curatelados, enquanto não cessadas a interdição e as contas não forem saldadas, isso pra que os patrimônios não se confundam.

As condições de ordem moral envolvem a proibição do casamento em virtude do parentesco, já que o matrimônio entre parentes não é favorável para a melhoria da raça. O casamento entre parentes em linha reta até determinado grau e por pessoas vinculadas por adoção gera nulidade do ato.

Também é essencial observar que é proibido, ou seja, nulo o casamento do cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Por fim, outra formalidade é o consentimento dos ascendentes ou representantes legais. Para que o menor de idade possa contrair núpcias, é necessário uma autorização de seus pais, ou na falta de um o outro ou de seus representantes legais. Na falta de tal autorização justificada, pode ser suprida pelo juiz, autorizando assim o menor a contrair núpcias.

As condições necessárias para que o matrimônio seja considerado regular tem que ser condizentes com sua celebração, por se tratar de um ato solene. Além de ter que ser celebrado por autoridade competente, devem ser observadas os requisitos transcritos acima sob pena de nulidade.

2.4 FORMALIDADES ESSENCIAIS À VALIDADE DO CASAMENTO

A lei prevê algumas formalidades que devem proceder o matrimônio, ante a importância social e os efeitos por ele produzidos. Tais formalidades tem o objetivo de verificar a inexistência de impedimentos, de causas suspensivas e de afirmar que os nubentes tem plenas condições de convolar núpcias.

No período preparatório, tem-se o processo de habilitação, no qual os nubentes deverão comprovar que estão legalmente habilitados para o ato nupcial, tal processo corre perante o Oficial de Registro Civil do domicílio dos noivos, caso residam em domicílios diferentes, será processado no cartório do Registro Civil de qualquer um deles. Para tanto, será necessário que os noivos apresentem um requerimento, no qual, deverá estar acompanhado de alguns documentos, dos quais são elencados pelo artigo 1.525 do Código Civil Brasileiro¹⁰:

Art. 1.525. O requerimento de habilitação para o casamento será firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou, a seu pedido, por procurador, e deve ser instruído com os seguintes documentos:

I - certidão de nascimento ou documento equivalente;

II - autorização por escrito das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ou ato judicial que a supra;

III - declaração de duas testemunhas maiores, parentes ou não, que atestem conhecê-los e afirmem não existir impedimento que os iniba de casar;

IV - declaração do estado civil, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos;

V - certidão de óbito do cônjuge falecido, de sentença declaratória de nulidade ou de anulação de casamento, transitada em julgado, ou do registro da sentença de divórcio.

A certidão de nascimento ou documento equivalente, além de ter o condão de identificar os nubentes, através do local e data do nascimento, bem como comprovando a filiação, possibilita a verificação da idade mínima para o ato nupcial ou se estão sujeitos ao poder familiar. Na falta da certidão de nascimento, pode-se comprovar a idade com documentos oficialmente reconhecidos, como a carteira de identidade, carteira de trabalho, carteira nacional de habilitação, título de eleitor entre outros.

Outro documento exigido é autorização das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ou ato judicial que a supra. Os incapazes ficam impedidos de casar-se sem o consentimento por escritos seus dos pais, tutores ou curadores, ou seja, o processo de habilitação de pessoa que não tem 18 anos deve conter a sua emancipação ou a prova da anuência dos seus pais ou tutor.

Conforme o artigo 1.517 do Código Civil Brasileiro, é necessária a autorização de ambos os pais ou de seus representantes legais para que o casamento se realize, mas na falta de comum acordo entre os pais, qualquer um

¹⁰ BRASIL. Código civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Vade mecum**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

dele poderá recorrer ao juiz para solucionar o desencontro de opiniões, dando assim, um suprimento judicial.

Para o casamento de incapaz, a lei requer o consenso de seu representante legal, porém a própria lei permite, se for dado o consentimento, que o mesmo seja revogado, tendo em vista o interesse do incapaz, até a celebração do casamento. Tal revogação deverá ser elaborada por escrito, tendo um motivo justo e superveniente posterior à anuência dada e a mesma deverá ser entregue ao oficial do registro. Entretanto, caso a revogação seja feita no instante da celebração do ato nupcial, poderá ser feita verbalmente. No caso dos pais, tutor ou curador, que concederam a autorização para o casamento do incapaz vierem a falecer antes da cerimônia, aqueles que o sucederem e vierem a tomar ciência de algum fato que não seja conveniente a celebração do casamento, poderão revogar o consentimento.

A declaração de duas testemunhas maiores, parentes ou não, que atestem conhecê-los e afirmem não existir impedimento que os iniba de casar, tem o objetivo de atestar a idoneidade dos nubentes e afirmar através do testemunho de pelo menos duas pessoas que não existe qualquer impedimento matrimonial.

Se faz necessário também uma declaração do estado civil, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos, que nada mais é do que um memorial que é apresentado por escrito e assinado pelos nubentes. Objetiva-se com a apresentação desse documento verificar se os noivos são solteiros, divorciados ou viúvos, bem como se residem em diferentes circunscrições do registro civil, pose assim for, o oficial público ordenará que os editais de casamento sejam publicados tanto em uma circunscrição como em outra como está previsto no artigo 1.527 do Código Civil¹¹.

Art. 1.527. Estando em ordem a documentação, o oficial extrairá o edital, que se afixará durante quinze dias nas circunscrições do Registro Civil de ambos os nubentes, e, obrigatoriamente, se publicará na imprensa local, se houver.

O último documento exigido no processo de habilitação é a certidão de óbito do cônjuge falecido, de sentença declaratória de nulidade ou de anulação de

¹¹ BRASIL. Código civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Vade mecum**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

casamento, transitada em julgado, ou do registro da sentença de divórcio, exige-se essa certidão com o intuito de evitar o casamento de pessoas já casadas.

Iniciado o processo de habilitação e preenchidos todos seus requisitos, os contraentes, de posse da certidão disponibilizada pelo Registro Civil, mediante petição à autoridade competente irão requerer a designação de dia, hora e local para a celebração do seu casamento.

O juiz competente para celebrar o ato nupcial é o do lugar onde se processou a habilitação. O casamento pode ser realizado em qualquer dia da semana, incluindo domingos e feriados como prevê o art. 1.534 do Código Civil¹²:

Art. 1.534. A solenidade realizar-se-á na sede do cartório, com toda publicidade, a portas abertas, presentes pelo menos duas testemunhas, parentes ou não dos contraentes, ou, querendo as partes e consentindo a autoridade celebrante, noutro edifício público ou particular.

Caso a celebração seja realizada em edifício particular, deverão constar quatro testemunhas para dar maior segurança ao ato e deverá permanecer de portas abertas, assim diz Maria Helena Diniz¹³, “não pode haver, portanto, restrição ao acesso de pessoas ao recinto para presenciar a celebração nupcial”. Como pode-se perceber, a publicidade no ato nupcial é de ordem pública, pois o legislador exige expressamente que durante a cerimônia as portas fiquem abertas sob pena de o casamento ser impugnado e ou de ser considerado clandestino.

Presentes os nubentes, o presidente do ato ou juiz perguntará se eles pretendem se casar por livre e espontânea vontade. Não é exigido pela lei fórmulas sacramentais para a manifestação verbal do consentimento, mas é necessário que o mesmo seja claro e de forma a não deixar dúvida do seu conteúdo ou de sua espontaneidade. A cerimônia nupcial é formal e solene, portanto, não se admite o silêncio, arrependimento, gracejo, subterfúgio.

Obtendo resposta afirmativa, o celebrante declara contraído o matrimônio. Por isso que é essencial à celebração do ato nupcial a participação de autoridade competente, pois é ela quem declara os contraentes casados. Tamanha é a

¹² BRASIL. Código civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Vade mecum**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹³ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil. Direito de família. v. 5. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 117

importância do celebrante que o artigo 1.550, VI do Código Civil¹⁴ diz: “É anulável o casamento por incompetência da autoridade celebrante.”

Para encerrar o ciclo formal do casamento, que tem início com o processo de habilitação e prossegue com a cerimônia solene, é necessário a lavratura no livro de registro para perpetuar o ato e servir de prova, o assento do matrimônio, assinado pelo presidente do ato, cônjuges, testemunhas e oficial.

Embora seja essencial a presença dos contraentes para que se possa realizar o casamento, o Código Civil permite se um deles não puder se fazer presente à cerimônia, se o mesmo seja celebrado por procuração, cuja sua eficácia não poderá ultrapassar os noventa dias conforme o artigo 1.542, § 3º, desde que o nubente outorgue poderes especiais a alguém com capacidade civil, afim de comparecer e receber em seu lugar e em seu nome o outro contraente.

Se faz necessário lembrar ainda, que a procuração é um ato revogável até o momento da celebração do ato nupcial. Caso o celebrante venha a tomar conhecimento da vontade contrária do mandante à celebração do casamento, extinta restará a procuração, só sendo possível a realização do matrimônio se for emitida outra procuração ou com a presença dos nubentes.

No casamento por procuração não é dispensável a cerimônia pública, que será efetivada com a presença do contraente e do procurador do outro, munido com a procuração contendo poderes especiais, já que é inadmissível que ambos os nubentes se façam representar por procuração.

Outra modalidade de casamento é o nuncupativo ou *in extremis vitae momentis*, que é uma forma especial de celebração do casamento, ante a urgência do caso e por necessitar uma celeridade, não são cumpridas todas as formalidades estabelecidas pelo Código Civil:

O artigo 1.540 do Código Civil¹⁵ diz:

Art. 1.540. Quando algum dos contraentes estiver em eminente risco de vida, não obtendo a presença da autoridade à qual incumba presidir o ato, nem a de seu substituto, poderá o casamento ser celebrado na presença de seis testemunhas, que com os nubentes não tenham parentesco em linha reta, ou, na colateral, até segundo grau.

¹⁴ Idem.

¹⁵ BRASIL. Código civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Vade mecum**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Nesse caso do artigo supra citado, chega-se até mesmo a dispensar a presença da autoridade competente para presidir o ato, se os nubentes conseguirem obter a sua presença nem a de seu substituto. Nessa hipótese, os próprios nubentes serão os celebrantes e realizarão oralmente o casamento.

As testemunhas presentes ao ato, deverão, comparecer no prazo de dez dias, perante a autoridade judicial mais próxima, para que a mesma tome conhecimento da celebração e dar prosseguimento às formalidade homologatórias.

Tais formalidade serão dispensadas se o enfermo convalescer e puder ratificar o casamento na presença do oficial do registro e da autoridade competente, bastando a simples declaração confirmatória da sua vontade. Como se pode perceber, trata-se de um casamento com habilitação à posteriori e homologação judicial.

Existe ainda a possibilidade de realizar casamento perante autoridades diplomáticas, é o que prevê o artigo 7º, § 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹⁶ que diz “o casamento de estrangeiros poderá celebrar-se perante autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambos os nubentes.” É importante lembrar que, o casamento de estrangeiros perante cônsul de seu país só é celebrado conforme o direito alienígena, no que tange à forma do ato, pois seus efeitos materiais são apreciados de acordo com a lei brasileira.¹⁷

Por fim, é possível que os nubentes se casem no religioso com efeitos civis desde que haja habilitação prévia ou não. Existe duas modalidades de casamento religioso com efeito civil, o precedido de habilitação civil e o não precedido.

O casamento religioso precedido de habilitação civil é o caso em que o processo de habilitação é processado perante o oficial do registro civil pedindo-lhe que lhes forneça a certidão para se casarem perante autoridade religiosa. Já o casamento não precedido de habilitação civil poderá ser registrado a qualquer tempo, desde que os nubentes apresentem a prova do ato religioso juntamente com o requerimento do registro.

¹⁶ BRASIL. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm > Acessado em 11. mar. 2014

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil. Direito de família. v. 5. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 127

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

No contexto social, deparamos com diversas situações de conflito ocasionadas pelos danos causados pela ação ou omissão de um determinado indivíduo, tendo como consequência o desequilíbrio na ordem moral e patrimonial.

A responsabilidade civil como ciência jurídica que é, não pode ser omissa a esses fatos devendo interferir de forma a disciplinar essas situações, buscando reestruturar a ordem social. A partir disso, surge a responsabilidade jurídica, ou seja, é a correspondência entre a ação de um indivíduo e a sua consequência.

A responsabilidade civil é atuante sobre a violação de uma norma jurídica, seja ela proveniente de um acordo de vontades ou pela força da lei, tal violação é que gera a obrigação de reparar, ou seja, sempre que um fato gerado pela conduta humana cause prejuízo a outrem e preenchidos todos certos pressupostos, o causador do dano será responsabilizado.

O tema responsabilidade civil está constantemente evoluindo, tendo em vista as modificações sofridas pela sociedade onde a ideia de prejuízo é cada vez mais repudiada, originando novas modalidades de responsabilidade civil como é caso da perda de uma chance. Para compreender melhor esse instituto, é necessário analisar a sua história, como ele está amparado no ordenamento jurídico pátrio, as suas espécies e suas consequências jurídicas.

3.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil se assenta em três pressupostos: um dano, a culpa do autor do dano e a relação de causalidade entre o fato culposos e o dano. No início dos tempos, não se cogitava o fator culpa, já que o dano provocava uma reação imediata do ofendido. O que prevalecia era a vingança privada, “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 reparação do mal pelo mal.”¹⁸

Naquele tempo não havia regras, pois ainda não imperava o Direito, e a responsabilidade jurídica formava assim, um bloco sólido, não havendo distinção entre responsabilidade civil e penal.

Nesse contexto, surgiu na Babilônia, por volta de 1700 a. C. o Código de Hammurabi que além de normatizar diversas questões sociais como os crimes de roubo e questões relativas à família, trazia no seu bojo o que ficou conhecido como Lei de Talião, sintetizada nas fórmulas, “olho por olho, dente por dente”, não havendo a necessidade de demonstração de culpa, somente a ocorrência do dano já era suficiente.

Sucedendo a vingança privada, teve início a fase da composição voluntária, na qual o prejudicado passa a perceber as vantagens e conveniências da substituição vindita por uma prestação pecuniária, contudo, essa substituição ficava a critério da vítima.

Foi nesse sentido que surgiu o Código de Manu, que trouxe consigo uma evolução quando comparado com o Código de Hammurabi, conforme afirma Pamplona Filho¹⁹:

Confrontando-o com o Código de Hamurabi, não há como negar que, do ponto de vista da civilização moderna, o Código de Manu significou um avanço, eis que, enquanto no primeiro, a prioridade era o ressarcimento da vítima através de uma outra lesão ao lesionador original (dano que deveria ser da mesma natureza), o segundo determinava a sanção através do pagamento de um certo valor pecuniário.

Na terceira fase pela qual a responsabilidade jurídica passou, a solução dos conflitos perdeu o seu cunho privado com a evolução da ideia de Estado, passando este a intervir diretamente nas relações interpessoais, ou seja, o legislador veda à vítima fazer justiça pelas próprias mãos, dando início a composição obrigatória.

Nesse mesmo período nasceram o Código de Ur-Nammu, Código de Manu e a Lei das XII Tábuas, que tinham como paradigma a ideia de que era mais vantajoso uma composição pecuniária, instituindo um *quantum* a ser pago em

¹⁸ Alvino Lima, Da culpa ao risco, São Paulo, 1938, p. 10

¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: responsabilidade civil. V. 3. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 59.

virtude do dano causado, onde essa quantia era dosada pelo Estado, que era o responsável por atribuir um preço a cada espécie de lesão.

Até nesse ponto da história, a responsabilidade civil e penal faziam parte do mesmo bloco, onde a ideia de culpa ainda não era questionada. Essa diferenciação só começou a ser esboçada no tempo dos romanos, com a distinção entre os delitos públicos e os delitos privados. “Nos delitos públicos, a pena econômica imposta ao réu deveria ser recolhida aos cofres públicos, e, nos delitos privados, a pena em dinheiro cabia à vítima.”²⁰

Assim, o Estado assumiu a função de punir, surgindo a ação de indenização, fazendo com que conseqüentemente a responsabilidade civil tomasse lugar ao lado da responsabilidade penal.

Após o surgimento da Lei Aquília, é que se esboça um princípio geral para regular a reparação do dano. A referida lei nas palavras de Maria Helena Diniz²¹:

veio a cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse o ônus da reparação, em razão do valor da *res*, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa.

A *Lex Aquilia de damno* estabeleceu as bases da responsabilidade extracontratual, criando uma prestação pecuniária como forma de indenização do prejuízo, levando em consideração o seu valor. No entanto, mais tarde, as sanções dessa lei foram aplicadas aos danos causados por omissão.

Foi na Idade Média, com a estruturação da ideia de dolo e culpa *stricto sensu*, que a responsabilidade civil e penal foram separadas. A aplicação da culpa no instituto da responsabilidade foi a mesma consagrada pelo direito francês, cuja figura dominante foi o jurista francês Domat, que criou o princípio geral da responsabilidade civil que diz que todo aquele que sofrer perdas ou danos, ainda que causados por imprudência de outrem, deverá ser ressarcido, dando ensejo ao dano causado por negligência ou imprudência.

A responsabilidade civil também evoluiu com relação ao seu fundamento, ou seja, a razão por que alguém deve ser obrigado a reparar o dano, tendo como

²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 47.

²¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil. Responsabilidade civil. v. 7. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 27

base não só a culpa, hipótese na qual será subjetiva, mas também no risco, caso em que passará a ser objetiva.

A teoria do risco vem ganhando espaço, mas sem substituir a teoria da culpa. Nessa teoria se insere a ideia do exercício de atividade perigosa como fundamento da responsabilidade civil, ou seja, o exercício de uma atividade que venha a oferecer algum perigo representa um risco que o agente assume, de ser obrigado a ressarcir os danos causados a terceiros dessa atividade. A esse respeito o Código Civil é bem claro no seu art. 927 e parágrafo único, ao asseverar:

Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. 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 o direito de outrem.

O agente só será excluído da responsabilidade se ficar comprovado que ele adotou todas as medidas para evitar o dano. Tais medidas também podem ser encontradas no Código Civil espanhol, português e em outros.

No Brasil, pode-se observar que os limites entre a responsabilidade civil e criminal só passaram a ser delimitados após a Constituição de 1824 que determinou que o Código Criminal de 1830 fosse transformado em um Código Civil e Criminal, estabelecendo a indenização, a responsabilidade solidária, a transmissão da obrigação de reparar e prevendo juros reparatórios.

No entanto, mesmo tendo ocorrido a separação, a responsabilidade civil continuou a depender de condenação na esfera penal, só depois de algum tempo e foi adotada a independência das jurisdições civil e penal, apesar de até hoje ser possível que o mesmo fato enseje reparação nas duas esferas.

O Direito Civil pátrio sofreu forte influência do Direito Romano, tanto que o Código Civil de 1916 era filiado à Teoria Subjetivista, adotando a responsabilidade aquiliana, que tem como pressuposto a incidência da culpa. Assim sendo, a parte lesada deveria apenas provar a culpa do agente para ensejar a responsabilização.

O novo Código Civil de 2002²² manteve o princípio da responsabilidade tendo como base a culpa, definindo o ato ilícito em seu art. 186 que diz: “aquele que,

²² BRASIL. Código civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Vade mecum**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Um das principais inovações do Código Civil com relação a Responsabilidade Civil é encontrada em seu art. 187, que ampliou a noção de ato ilícito, estabelecendo a ilicitude do exercício de um direito quando violar seu fim econômico, social ou os limites da boa-fé e bons costumes.

Assim sendo, o Código Civil pátrio acolheu a teoria do risco em determinados casos, onde o simples exercício de uma atividade perigosa impõe a obrigação de indenizar, sem a necessidade de comprovação da culpa do agente que causou o dano. Contudo, a culpa continua sendo fundamento da responsabilidade civil constituindo assim a regra geral no ordenamento jurídico pátrio que é a responsabilidade subjetiva.

3.2 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL À LUZ DO ORDENAMENTO ATUAL

A responsabilidade civil pode ser apresentada e classificada em diferentes espécies, ou seja, quanto ao seu fato gerador, dividindo-se em contratual e extracontratual e quanto ao seu fundamento que subdivide-se em responsabilidade subjetiva e objetiva.

3.2.1 Quanto ao seu fato gerador

3.2.1.1 Responsabilidade Contratual

A responsabilidade contratual é oriunda da inexecução contratual. Pode ser de um negócio jurídico unilateral ou bilateral. Resulta de ato ilícito contratual, ou seja, de falta de adimplemento ou da mora no cumprimento da obrigação.

Configura-se como sendo uma infração a um dever especial estabelecido pela vontade dos contratantes. Tal responsabilidade é baseada no dever de resultado, o que resultará na presunção da culpa pela inexecução previsível e inevitável da obrigação nascida da convenção prejudicial à outra parte.

Dentre as principais características da responsabilidade contratual pode-se dizer que é possível estipular cláusula para reduzir ou excluir a indenização desde que não contrarie a ordem público e os bons costumes, é o resultado da violação de uma obrigação anterior, o contratante não precisa provar a culpa do inadimplente, basta provar o inadimplemento e que o ônus da prova competirá ao devedor, que deverá provar a inexistência de sua culpa.

Portanto, para existir a responsabilidade contratual deve existir antes de mais nada um contrato entre as partes, cabendo ao prejudicado comprovar que a outra parte não adimpliu o contrato e que o inadimplemento lhe causou dano. O dever de ressarcir é devido ao dano, ao prejuízo sofrido pela vítima em virtude do descumprimento do contrato e não pelo descumprimento em si.

3.2.1.2 Responsabilidade extracontratual ou aquiliana

A responsabilidade extracontratual ou aquiliana é aquela que não tem a sua origem em um contrato, é resultante de um ato ilícito por pessoa capaz ou incapaz, já que não há preexistência de vínculo anterior entre as partes.

Esta responsabilidade é também chamada de responsabilidade Aquiliana, pois se originou da Lex Aquilia, que previa que poderia se responsabilizar alguém pelo dano mesmo sem a existência de um contrato anterior. Sílvio de Salvo Venosa²³ explica que:

(...) lex Aquilia é o divisor de águas da responsabilidade civil. Esse diploma, de uso restrito a princípio, atinge dimensão ampla na época de Justiniano, como remédio jurídico de caráter geral; como considera o ato ilícito uma figura autônoma, surge, desse modo, a moderna concepção da responsabilidade extracontratual. O sistema romano de responsabilidade extrai da interpretação do Lex Aquilia o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, independentemente de relação obrigacional preexistente. Funda-se aí a

²³ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil. Vol.4. 3ªed. São Paulo: Atlas S.A., 2003.

origem de responsabilidade extracontratual. Por essa razão, denomina-se também responsabilidade aquiliana essa modalidade.

Segundo Maria Helena Diniz²⁴, “a fonte dessa responsabilidade é a inobservância da lei, ou melhor, é a lesão a um direito, sem que entre um ofensor e o ofendido preexista qualquer relação jurídica.”

A princípio a responsabilidade extracontratual baseia-se pelo menos na culpa, o lesado deverá provar para obter reparação que o agente agiu com imprudência, imperícia ou negligência. Mas poderá abranger ainda a responsabilidade sem culpa, baseada no risco.

3.2.2 Quanto ao fundamento

3.2.2.1 Responsabilidade subjetiva

A responsabilidade se diz ser subjetiva quando a ideia de culpa ou dolo, por ação ou omissão é efetivada a determinada pessoa. Desse modo, a prova da culpa do agente será necessária para que surja o dever de reparar, é o que pode-se ver mais claramente nas palavras de Silvio Rodrigues²⁵ :

se diz ser subjetiva a responsabilidade quando se inspira na ideia de culpa e que de acordo com o entendimento clássico a concepção tradicional a responsabilidade do agente causador do dano só se configura se agiu culposa ou dolosamente. De modo que a prova da culpa do agente causador do dano é indispensável para que surja o dever de indenizar. A responsabilidade, no caso, é subjetiva, pois depende do comportamento do sujeito.

Como já foi dito anteriormente, a responsabilidade subjetiva constitui regra geral no ordenamento jurídico pátrio, baseada na teoria da culpa. Sendo assim, para que o agente indenize e responda civilmente, é necessária a comprovação da sua culpa genérica que inclui o dolo e a culpa em sentido estrito.

²⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil. Responsabilidade civil. v. 7. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 146

²⁵ RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil, Volume IV, Editora Saraiva, 19ª Edição, São Paulo, 2002

Portanto, para que haja a configuração da responsabilidade civil subjetiva, é imprescindível que haja a presença da culpa *lato sensu*, bem como a comprovação do dano e do nexo de causalidade com a ação do agente causador do dano.

3.2.2.2 Responsabilidade objetiva

A responsabilidade objetiva abstrai a ideia de culpa para que se caracterize a responsabilidade. Para esta espécie de responsabilidade a relação de causalidade entre o ato do agente e o dano causado à vítima surge o dever de indenizar. Em determinados casos a culpa do agente será presumida ou desnecessária a sua prova, conforme nas palavras de Gonçalves²⁶: quando a culpa é presumida, inverte-se o ônus da prova. O autor da ação só precisa provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu, porque sua culpa já é presumida.

O parágrafo único do art. 927 do Código Civil Brasileiro traz de maneira mais evidente a responsabilidade civil objetiva baseada na teoria do risco ao dizer que existe a obrigação de se realizar a reparação do dano independentemente de culpa. Sílvia Rodrigues²⁷ define a responsabilidade objetiva assim:

Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente.

A responsabilidade objetiva tem sua sustentação na teoria do risco, que diz que toda pessoa que exerce alguma atividade que ofereça riscos a terceiros, deve arcar com o ônus da reparação.

Logo, o se pode ver, é que a responsabilidade civil objetiva tem como principal finalidade, proteger e ressarcir as pessoas em inúmeras situações que não seriam passíveis de serem indenizadas, haja vista a dificuldade e inviabilidade da comprovação de culpa do agente causador do dano.

²⁶ GONÇALVES. Carlos Roberto. Comentários ao Código Civil. Volume XI. Saraiva: São Paulo, 2003. p. 18

²⁷ RODRIGUES. Sílvia. Direito Civil, v. 4. Responsabilidade civil. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p.

3.3 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Observa-se que a responsabilidade jurídica, de uma maneira mais simplificada, é uma forma encontrada pelo Direito de dar uma resposta à sociedade diante de um mal causado, conforme afirma Venosa²⁸:

[...]Um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social. Os ordenamentos contemporâneos buscam alargar cada vez mais o dever de indenizar, alcançando novos horizontes, a fim de que cada vez menos restem danos irressarcidos. É claro que esse é um desiderato ideal que a complexidade da vida contemporânea coloca sempre em xeque. [...]

Sendo assim, o principal objetivo da responsabilidade civil, ou mesmo da responsabilidade jurídica de um modo geral, é intervir nos conflitos sociais fazendo as situações geradoras do dano cessem, impedindo-as ou reparando-as, razão pela qual, é um dos ramos do Direito em constante evolução, haja vista a necessidade de acompanhar a evolução cultural da sociedade, observando novas fontes de dano e a necessidade de repara-las.

Compreender o caráter reparador da responsabilidade civil, bem como a proibição de gerar dano a quem quer que seja é fundamental. A proibição de gerar dano a outrem é uma regra que garante a ordem social e como toda regra deve estabelecer uma sanção, sob pena de que não o fazendo deixar de ser uma obrigação, passando a ser seu cumprimento mera discricionariedade. Disso surge um princípio da responsabilidade civil, qual seja, o da reparação integral, sobre o qual nas palavras de Maria Helena Diniz²⁹:

Logo, o princípio que domina a responsabilidade civil na era contemporânea é o da *restitutio in integrum*, ou seja, da reposição completa da vítima à situação anterior à lesão, por meio de uma reconstituição natural, de recurso a uma situação material correspondente ou de indenização que represente do modo mais exato possível o valor do prejuízo no momento de seu ressarcimento.

²⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. v. 4. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 1-2.

²⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. v. 7. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Segundo a autora citada, o ressarcimento dos danos devem ser feitos em sua totalidade, possibilitando que a vítima volte ao exato estado em que se encontrava antes da ocorrência do dano.

Fazendo uma análise dos argumentos usados pelos autores já citados anteriormente e observando a finalidade do instituto da responsabilidade civil, pode-se chegar a conclusão que seu fundamento é resolver as questões sociais relativas ao dano.

Como ensinam Gagliano e Pamplona³⁰, a responsabilidade civil tem uma tríplice função. A primeira, que constitui seu ponto central, é justamente a função reparadora que se consubstancia na obrigação de devolver a vítima ao *statu quo ante*, seja diante da restituição da coisa, seja através de um valor pecuniário que a substitua. A segunda função é a punição, que resulta do princípio do *Neminem Laedere*, segundo o qual a ninguém é permitido gerar mal a outrem e da natureza jurídica do instituto. E por último, a terceira função é a do caráter educativo, ou seja, a imposição do pagamento de uma indenização serve também de exemplo a sociedade como um todo.

³⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. v. 3. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 21.

4 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NAS RELAÇÕES DE PROMESSA DE MATRIMÔNIO

A teoria da perda de uma chance, embora oriunda da responsabilidade civil, encontra espaço para a sua aplicabilidade também, no direito de família, respeitados os parâmetros essenciais.

No campo das relações afetivas e patrimoniais de família, é possível que determinadas condutas, sejam elas comissivas ou omissivas, que subtraíam de alguém oportunidades futuras concretas de obter situações favoráveis possam vir a ensejar a aplicação da perda de uma chance.

Entretanto, se faz necessário estabelecer limites na aplicação de tal teoria na seara familiar, não podendo deixar levar a interpretação ao ponto de caracterizar a perda de uma chance por eventuais rupturas de vínculos afetivos, já que dar e receber afeto é um ato voluntário. Sendo assim, não se pode falar em frustração de uma vantagem pela simples retratação do desejo de manter projetos de vida em comum.

4.1 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NAS RELAÇÕES JURÍDICAS

Surgida na França em meados do século XIX, a teoria da perda de uma chance é mais comum em países como Estados Unidos e Itália. Essa teoria foi adotada em matéria de responsabilidade civil e vem despertando interesse no direito pátrio brasileiro, embora não tenha a sua aplicação com muita frequência nos tribunais brasileiros.

Sérgio Savi³¹ em sua obra trata o assunto da seguinte forma:

Na França, houve dedicação maior ao tema por parte da doutrina e da jurisprudência. Em razão dos estudos desenvolvidos naquele país, ao invés de admitir a indenização pela perda da vantagem esperada, passou-se a defender a existência de um dano diverso do resultado final, qual seja, o da perda de uma chance. Teve início, então, o desenvolvimento de uma teoria específica para estes casos, que

³¹ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 3.

defendia a concessão de indenização pela perda da possibilidade de conseguir uma vantagem e não pela perda da própria vantagem perdida. Isto é, fez-se uma distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. Foi assim que teve início a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance.

A teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance começou a ganhar espaço a partir da década de 90 no Brasil, onde aos poucos começou a ser aplicada em algumas decisões.

Entretanto, a aplicação de tal teoria é toda fundamentada em doutrina e jurisprudência, já que não existe fundamentação legal que aborde o tema diretamente em lei.

A teoria diz que o autor do dano é responsável quando priva alguém de obter vantagem ou impede um indivíduo de evitar um prejuízo. Nesse caso, há uma particularidade em relação às outras hipóteses de perdas e danos, por não se tratar de prejuízo direto à vítima, mas sim, de uma probabilidade.

Nesse mesmo sentido Cristiano Chaves³² diz que:

Trata-se de uma modalidade autônoma e específica de dano, caracterizado pela subtração de uma oportunidade futura de obtenção de um benefício ou de evitar um prejuízo. Enfim, é a perda de uma verossímil oportunidade de lograr uma vantagem futura ou impedir uma perda.

Existe muita dificuldade em se distinguir o dano meramente hipotético da chance real de dano. Com relação a esse ponto, a Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, diz que:

a adoção da teoria da perda de uma chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o improvável do quase certo, bem como a probabilidade de perda da chance de lucro, para atribuir a tais fatos as consequências adequadas.³³

Os critérios para a perda de uma chance iniciam-se na constatação da existência de chances reais e sérias, porque tal teoria encontra seu limite no caráter

³² CHAVES FARIAS, Cristiano. **Direito das Famílias**. 3. ed. rev. e ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 121

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=99879>. Acesso em: 08 mar. 2014.

de certeza que deve apresentar o dano reparável, pois a chance perdida deve representar muito mais do que uma simples esperança subjetiva.

A aceitação da responsabilidade civil pela perda de uma chance vem crescendo cada vez mais, no entanto, os tribunais não tem aplicado tal instituto de forma unânime, apresentando resultados diversos para casos semelhantes. Isso porque a doutrina ainda não deu a atenção necessária para definir a sua natureza jurídica, de forma a dar aos aplicadores do Direito uma sustentação para aplicar no caso concreto.

Dessa forma, o que tem se visto são casos de responsabilidade civil pela perda de uma chance sendo julgados como modalidade de lucro cessante, como dano moral, outros como uma modalidade autônoma de dano, e ainda, situações onde as perdas das chances não são reconhecidas como passíveis de indenização ou são confundidas com a vantagem final esperada pela vítima.

Sergio Cavalieri Filho afirma que, a responsabilidade civil pela perda de uma chance guarda certa semelhança com a responsabilidade civil patrimonial por lucros cessantes³⁴. Por sua vez, Cristiano Chaves diz que a perda de uma chance não se confunde com os lucros cessantes, já que estes são uma espécie de dano patrimonial, consistente na perda certa e incontroversa de um bem jurídico que iria se incorporar ao patrimônio do titular³⁵. Encerrando a discussão, Sergio Savi diz que a perda de uma chance será indenizável como dano emergente não como lucro cessante.³⁶

Outra modalidade é a responsabilidade civil pela perda de uma chance é aplicada enquanto dano moral. Alguns julgados tem entendido que a perda de uma chance constitui apenas uma dor sentimental sofrida pela pessoa lesada, por não fazer parte do patrimônio desta.

Como exemplo disso, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em 2010 na apelação cível nº 994061313490³⁷, no qual foi alvo do recurso a sentença que julgou improcedente o pedido do autor de ser indenizado pela morte

³⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 74.

³⁵ CHAVES FARIAS, Cristiano. **Direito das Famílias**. 3. ed. rev. e ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 121

³⁶ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 37.

³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 994061313490**, da 2ª Turma Cível. Apelante: Roberto Messias Gomes. Apelada: Itálica Saúde S/C Ltda. Relator: Des. Carlos Augusto de Santi Ribeiro. 28 set. 2010. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4732301&v1Captcha=jqbxxy>>. Acesso em: 08 mar. 2014.

da sua genitora, onde ela era portadora de uma patologia cardíaca sendo recomendada uma intervenção cirúrgica para a implantação de um marcapasso. No caso, foi recorrido ao plano de saúde para que pudesse ser obtida realização de tal procedimento, esta por sua vez requereu que fossem realizados novos exames com a finalidade de constatar se realmente era necessária a intervenção cirúrgica, resultando na morte da paciente em decorrência da demora da realização do procedimento.

No caso em testilha, o autor pleiteava danos morais e materiais, obtendo êxito somente aos danos morais sob os seguintes argumentos:

É bem verdade que não se pode afirmar de forma inequívoca que, uma vez implantado o marcapasso, o evento morte não teria ocorrido, entretanto, não se pode desprezar, como bem constatou a perícia médica, que o procedimento **“seria um fator coadjuvante relevante na melhoria dos sintomas e melhora da sobrevida”** (fls. 185) [grifo do autor], "contribuindo possivelmente pela melhora dos sintomas, classe funcional, melhora da qualidade de vida e prevenção da morte súbita" (fls. 186). São circunstâncias que remetem à teoria denominada "perda de uma chance", desenvolvida no campo da responsabilidade médica e aplicável na espécie, por analogia. [...] **Da chance perdida, in casu, o implante do marcapasso, como melhora significativa na sobrevida, capacidade de exercício e qualidade de vida da paciente (fls. 181), presume-se o dano moral puro** [grifo nosso], *in re ipsa*, que dispensa a comprovação da sua extensão, pois evidenciado pelas circunstâncias do fato. O fato não constitui mero dissabor ou aborrecimento de cotidiano, causa sofrimento pessoal, dor, sentimento e reflexos de ordem psíquica.³⁸

Como se pode observar, o voto do relator reconheceu a presença da perda de uma chance, já que não se pode afirmar que o que resultou na morte da paciente foi a não implantação do marcapasso, já que mesmo que houvesse acontecido o procedimento o resultado poderia ser o mesmo.

Por último, ainda existe outra corrente doutrinária e jurisprudencial que trata a responsabilidade civil pela perda de uma chance como uma modalidade de dano autônomo, ou seja, uma nova espécie de dano indenizável. A jurisprudência tem entendido pela autonomia da perda de uma chance como modalidade de dano.

A tese é demonstrada claramente no voto da Desembargadora Teresa de Andrade Castro Neves proferido na Apelação nº 00042206220068190087 de

³⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 994061313490**, da 2ª Turma Cível. Apelante: Roberto Messias Gomes. Apelada: Itálica Saúde S/C Ltda. Relator: Des. Carlos Augusto de Santi Ribeiro. 28 set. 2010. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4732301&v1Captcha=jqbxxy>>. Acesso em: 08 mar. 2014.

competência da 20ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro³⁹ em 2010:

A teoria da perda de uma chance veio flexibilizar o duro conceito de causalidade, definido pelo art. 403 do Código Civil, como forma de conferir proteção mais adequada à dignidade da pessoa humana contra danos injustos. Enfim, é a perda de uma verossímil oportunidade de lograr uma vantagem futura ou impedir uma perda. **A perda de uma chance, assim, é uma nova concepção de dano indenizável**, pelo qual se admite a reparabilidade, independentemente da certeza de um resultado final, da subtração de uma oportunidade futura. [grifo nosso]

Ficando assim demonstrada que a autonomia do dano causado pela perda de uma chance emana do fato de que o objeto desse dano é justamente a oportunidade perdida, não se encaixando em nenhuma outra modalidade de dano já existente.

É muito natural que o Direito das Famílias aceite a existência dos instrumentos da Responsabilidade Civil, convivendo harmoniosamente com a perda de uma oportunidade futura. Sendo assim, a teoria da perda de uma chance encontra espaço para a sua aplicação nas relações familiares.

No entanto, é necessário que se estabeleça um limite para a aplicação da teoria na seara familiar. Já que, como diz Cristiano Chaves, não caracterizam a perda de uma chance eventuais rupturas de vínculos afetivos, decorrentes de manifestações volitivas das partes⁴⁰.

4.2 A FIGURA JURÍDICA DOS ESPONSAIS NA SOCIEDADE BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA

Como é sabido, o matrimônio é geralmente precedido de uma promessa de casamento, de um compromisso entre duas pessoas entendido como noivado, na qual assumem reciprocamente o seu desejo de contrair núpcias.

³⁹BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 00042206220068190087**, da 20ª Câmara Cível. Apelantes: Reinaldo Joaquim da Silva e Arnaldo Franca Quaresma. Apelados: Reinaldo Joaquim da Silva e Arnaldo Franca Quaresma. Relatora: Des. Teresa de Andrade Castro Neves. Rio de Janeiro, 04 ago. 2010. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201000128011>>. Acesso em: 09 mar. 2014.

⁴⁰CHAVES FARIAS. Cristiano. **Direito das Famílias**. 3. ed. rev. e ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 124

No direito romano essa promessa era conhecida como *sponsalia*, relativo à promessa que era feita pelo esposo à esposa, corroborando com esse entendimento, Maria Helena Diniz⁴¹ conceitua esponsal como sendo:

O compromisso de casamento entre duas pessoas desimpedidas, de sexo diferente, com o escopo de possibilitar que se conheçam melhor, que aquilatem, mutuamente, suas afinidades e seus gostos. É um ato preparatório do matrimônio.

Essa promessa além de ser solene gerava efeitos. Existia uma espécie de sinal esponsalício, que o noivo perdia, ou até paga uma quantia a mais se desistisse do casamento sem um justo motivo.

O instituto dos esposais era encontrado na legislação vigente no período das Ordenações do Reino que vigoraram no Brasil no período da pré-codificação. Entretanto, tal instituto não foi abarcado pelo Código Civil de 1916, bem como pelo novo Código Civil de 2002, tornando-se inadmissível a propositura de ação tendente a obrigar o noivo desistente ao cumprimento da promessa de casamento⁴².

O fato dos esposais não ter sido disciplinado pelo legislador como um instituto autônomo demonstra que, preferiu deixar a responsabilização civil pelo rompimento da promessa sujeita à regra geral do ato ilícito.

Tendo em vista que o casamento é fundamentado na livre vontade dos contraentes, podendo qualquer um arrepender-se até a sua celebração, é imprescindível reconhecer que nos dias atuais o ordenamento jurídico pátrio não mais admite a promessa formal de casamento, ou seja, os esposais.

Essa sanção imposta pelo não cumprimento da promessa bateria de frente com o direito de qualquer pessoa repensar na escolha do seu futuro cônjuge, na sua liberdade de escolha.

O noivado, embora enxergado pela ótica do pré-contrato, nem sempre resulta obrigatoriamente em casamento. Os noivos firmam um mera expectativa de casamento, mas isso não significa que essa expectativa tenha que ser concretizada.

Nesse sentido, Silvio Rodrigues⁴³ diz o seguinte:

⁴¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil. Direito de família. v. 5. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁴² Disponível em: < <http://esdrasdantasdireitodefamilia.blogspot.com.br/2009/12/esponsais-promessa-de-casamento.html>> Acesso em: 08 mar. 2014.

⁴³ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002. volume 04. p. 38

Todavia, é óbvio que o casamento só passa a existir e a gerar efeitos a partir do momento da celebração, quando os nubentes, perante o oficial celebrante, afirmam o propósito de casar-se um com o outro, e ouvem daquela autoridade a proclamação de que os declara casados (CC, art. 1535). Até aquele momento qualquer dos noivos é livre para se arrepender, não podendo, de qualquer modo, o arrependido ser compelido a casar. Tal princípio, de grande vetustez, visa a assegurar a liberdade que a pessoa tem de casar-se ou não.

Portanto, o contrato esponsalício encontra-se banido do ordenamento jurídico pátrio, pois se assim não estivesse atentaria contra a família protegida constitucionalmente.

4.3 A INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO ROMPIMENTO DE NOIVADO

O problema a se discutir é o de saber se deve um dos noivos pagar indenização ao outro, de modo a reparar o prejuízo quando rompe o noivado injustificadamente. Algumas legislações estrangeiras admitem a reparação tanto por danos morais como por danos materiais oriundos da quebra da promessa de casamento.

A ideia de reparar um prejuízo dessa natureza já era encontrado no direito romano, onde eles tinham o costume de exigir arras esponsalício. A jurisprudência brasileira é pequena com relação ao assunto, no entanto, bem categórica quanto à tese de negar a suposta indenização.

Discute-se muito a possibilidade por danos morais e danos materiais, desde que preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam, ato ilícito, dano e nexa causal.

Com relação aos danos materiais, a jurisprudência tem o entendimento pacificado de que uma vez provado o prejuízo patrimonial, a sua reparação é cabível como forma de ressarcimento pelas despesas efetuadas, como se pode comprovar através dos julgados a seguir:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. ROMPIMENTO DE NOIVADO. DANOS MATERIAIS CARACTERIZADOS E BEM DIMENSIONADOS NA SENTENÇA. DANO MORAL TODAVIA NÃO CONFIGURADO.

SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSOS IMPROVIDOS. (TJRJ, Apelação Cível n.º 0059051-61.2005.8.19.0001, 10ª Câmara Cível, Relator: Dês. José Carlos Varanda, Julgamento em 18/04/2006)⁴⁴

No mesmo pensamento:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MATERIAIS. **NOIVADO**. RUPTURA. DEVER DE INDENIZAR RECONHECIDO. SENTENÇA MANTIDA. Em princípio, a só ruptura do **noivado** por qualquer dos noivos ou o não cumprimento da promessa de casamento não enseja reparação, porquanto cabe a cada um dos nubentes, livremente, escolher o que deseja para a sua vida, não havendo lei alguma que obrigue ninguém a permanecer com ninguém. Restando provado nos autos que houve má-fé por parte de um dos nubentes, induzindo a erro o outro, certa é a incidência do instituto da responsabilidade civil, com a conseqüente imposição do dever de indenizar. (TJMG, Apelação Cível n.º 1.0079.06.302704-3/001, 13ª Câmara Cível, Des. Alberto Henrique, Data do Julgamento em 19/9/2012.⁴⁵

Ficando assim, caracterizado que houve despesas relativas à recepção, buffet, ornamentação, lua de mel, entre outras, não há o que se discutir, a reparação por danos morais já encontra-se abarcada pelas decisões dos tribunais brasileiros.

Já com relação à reparação por dano moral, o entendimento dos tribunais brasileiros não é pacífica, e muito menos quando é admitida, de fácil verificação, já que um dos elementos cruciais do casamento é a liberdade de escolha entre se casar ou não.

Tal escolha faz parte do livre desenvolvimento da personalidade do ser humano, por isso trata-se de um direito que o indivíduo tem de romper o noivado sem exercer ato ilícito. Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CASAMENTO MARCADO. ROMPIMENTO DE NOIVADO. PRAZO RAZOÁVEL PARA DESFAZIMENTO DOS COMPROMISSOS. AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO VEXATÓRIA. ENLACE MATRIMONIAL. IMPRESCINDÍVEL MANIFESTAÇÃO DA LIVRE VONTADE. DANOS MORAIS NÃO INDENIZÁVEIS. RESSARCIMENTO DAS DESPESAS.

⁴⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 0059051-61.2005.8.19.0001. 10ª Câmara Cível. Relator: Des José Carlos Varanda. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200500149871>> Acesso em: 11 mar. 2014.

⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0079.06.302704-3/001. 13ª Câmara Cível. Relator: Des. Alberto Henrique. Contagem. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0079.06.302704-3%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>> Acesso em: 11 mar. 2014.

CABIMENTO. AQUIESCÊNCIA E CONCORDÂNCIA TÁCITA DO REQUERIDO COM OS CONTRATOS FIRMADOS PELA REQUERENTE. APURAÇÃO DE VALORES. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. O noivado, embora simbolicamente implique um compromisso assumido pelos noivos de futuro enlace matrimonial, não pode significar a impossibilidade de rompimento desse compromisso por uma das partes, passível de ser considerado ato ilícito passível de indenização por danos morais, eis que nem mesmo o matrimônio, consagrado no civil e no religioso, onde as partes assumem, literalmente, obrigações uma com a outra, quando simplesmente desfeito gera tais danos. Todo compromisso amoroso, seja em que circunstância for, tem riscos de desfazimento, e as partes, ao assumirem tal compromisso também assumem os riscos, de modo que o fim do romance, do namoro, do noivado ou do casamento não pode ser imputado como ato ilícito da parte, a menos que o caso concreto demonstre situações singulares onde o causador do fim do relacionamento tenha, efetivamente, impingido à outra uma situação vexatória, humilhante e desabonadora de sua honra, o que, aqui, não ocorreu. Assim, em princípio, o só rompimento da relação não gera obrigação de indenizar por danos morais, de balde os danos materiais, obviamente, sejam devidos, mormente quando houve concordância do requerido em relação aos compromissos financeiros assumidos pela requerida para a realização do matrimônio. Com isso, a sentença deve ser parcialmente mantida em seu mérito, com a ressalva de que os valores devidos devam ser apurados em liquidação de sentença. (Apelação Cível 1.0145.12.026854-8/001, Rel. Des.(a) Luciano Pinto, 17ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 21/02/2013, publicação da súmula em 04/03/2013)⁴⁶

No mesmo entendimento:

DIREITO CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ROMPIMENTO DE NOIVADO. INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO. AUSENTE O DEVER DE INDENIZAR. A só ruptura do noivado por qualquer dos noivos ou o não cumprimento da promessa de casamento não enseja reparação, posto que o espontâneo relacionamento entre duas pessoas deve ser livre de qualquer amarra, coação ou ameaça, colimando estabelecer vínculos afetivos mais aprofundados, de modo a conduzir à união formal, e por livre vontade, do casamento. - A conduta do apelado não tem o condão de ofender a moral ou a honra da pessoa, apta a configurar ato ilícito, posto que tal ruptura prende-se aos riscos e à fragilidade dos relacionamentos. (Apelação Cível 1.0134.08.094873-7/001, Rel. Des.(a) José Flávio de Almeida, 12ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 06/07/2011, publicação da súmula em 25/07/2011)⁴⁷

⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0145.12.026854- 8/001, da 17ª Câmara Cível. Relator: Des. Luciano Pinto. Juiz de Fora. 04 mar. 2013. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0145.12.026854-8%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>> Acesso em: 11 mar. 2014

⁴⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0134.08.094873-7/001, da 12ª Câmara Cível. Relator: Des. José Flávio de Almeida. Caratinga. 06 jul. 2011. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0134.08.094873-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>> Acesso em: 11 mar. 2014.

Diante desses julgados, fica configurado que não se exige motivo algum para o rompimento do noivado, pois como já afirmado anteriormente, a liberdade caracteriza a essência do casamento, Carlos Roberto Gonçalves⁴⁸ corrobora dizendo que “é princípio de ordem pública que qualquer dos noivos tem a liberdade de se casar ou de se arrepender. O consentimento deve ser manifestado livremente e ninguém pode ser obrigado a se casar.” Compartilhando do mesmo pensamento adverte Luciano Chaves de Farias⁴⁹:

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 de fingidos justos motivos) para 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 consequência de que a experiência nem sempre será bem-sucedida. Isso é um fenômeno natural e, de certa forma crescente.

De certo, o noivado não tem sentido de obrigação, de se fazer cumprir a promessa de casamento, podendo ser rompido unilateralmente a qualquer momento antes da celebração.

Por todos esses argumentos, entende-se que não cabe indenização pelo simples fato do rompimento do noivado, já que não há dano a ser reparado com relação aos dissabores oriundos do fim do noivado. Ninguém é obrigado a ficar com ninguém, todos tem o direito de fazer suas escolhas, de amar e ser amado, de ser feliz e de fazer feliz.

⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 84.

⁴⁹ FARIAS, Luciano Chaves de. Teoria do risco desautorizando a indenização por danos morais nos casos de ruptura de noivado. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre. 2008.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou o tema da responsabilidade civil pela perda de uma chance no rompimento do noivado no ordenamento jurídico pátrio, a qual visa ressarcir vítima que perde uma oportunidade de atingir um resultado final.

A proposta apresentada foi a identificação da natureza jurídica do referido instituto fazendo uma análise caso a caso, observando os julgados dos tribunais brasileiros. Em um primeiro momento, a teoria foi rejeitada pelo ordenamento pátrio, haja vista o não reconhecimento do dano por entender que lhe faltava o critério de certeza, contudo sua recente e crescente aceitação deriva da evolução do instituto da responsabilidade civil.

Para que se pudesse chegar até o instituto em análise, no primeiro capítulo foi abordado o matrimônio no direito civil brasileiro, trazendo a sua conceituação, sua evolução, consequências jurídicas, seus requisitos e suas formalidades à validade do casamento. Foram analisadas ainda as modalidades de casamento, bem como o seu processo de habilitação, demonstrando todos os passos a serem percorridos, como os documentos a serem apresentados e por fim a cerimônia do ato nupcial.

No capítulo seguinte, foi apresentada a responsabilidade civil no ordenamento jurídico pátrio. Na oportunidade foram analisadas o seu histórico, trazendo sua evolução no âmbito jurídico, as espécies de responsabilidade à luz do ordenamento atual, ou seja, responsabilidade contratual e extracontratual, responsabilidade objetiva e subjetiva e suas consequências jurídicas a fim de compreender o caráter reparador da responsabilidade civil.

No último capítulo foi abordada a teoria da perda de uma chance nas relações de promessa de matrimônio. Oportunidade em que foi estudada tal teoria nas relações jurídicas voltada para o direito de família com enfoque no rompimento de noivado. Ainda nesta unidade, foi analisada a figura jurídica dos esposais na sociedade brasileira contemporânea. Por fim, foram apresentados diversos casos concretos analisados pelos tribunais brasileiros e as soluções apresentadas por estes que julgam procedentes as ações indenização pela a perda de uma chance por danos materiais e ao mesmo tempo repudiam as ações oriundas de eventuais danos morais.

Dessa forma, foram alcançados todos os objetivos, haja vista que foram examinados os elementos caracterizadores do instituto, foi identificado seu reconhecimento no ordenamento pátrio, houve a verificação do tratamento dado pela jurisprudência ao instituto e por fim, analisou-se sua natureza jurídica.

Portanto, após uma construção histórico-evolutiva e comparativa, realizada por meio de documentação indireta, que permitiu observar como o ordenamento jurídico pátrio tratava e como trata nos dias atuais o instituto, ante os estudos de casos apresentados, deduziu-se que não fica configurada a possibilidade de impetrar, pleitear na justiça, uma ação por danos morais justificada na perda de uma chance pelo rompimento do noivado, mas sim apenas por danos materiais e se comprovada as despesas anteriores ao casamento.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Vade mecum. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Disponível em:
<http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=99879>. Acesso em: 08 mar. 2014.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0079.06.302704-3/001. 13ª Câmara Cível. Relator: Des. Alberto Henrique. Contagem. Disponível em:
<
<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0079.06.302704-3%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>> Acesso em: 11 mar. 2014.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0145.12.026854-8/001, da 17ª Câmara Cível. Relator: Des. Luciano Pinto. Juiz de Fora. 04 mar. 2013. Disponível em: <
<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0145.12.026854-8%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>> Acesso em: 11 mar. 2014

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0134.08.094873-7/001, da 12ª Câmara Cível. Relator: Des. José Flávio de Almeida. Caratinga. 06 jul. 2011. Disponível em:
<<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0134.08.094873-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>> Acesso em: 11 mar. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 00042206220068190087, da 20ª Câmara Cível. Apelantes: Reinaldo Joaquim da Silva e Arnaldo Franca Quaresma. Apelados: Reinaldo Joaquim da Silva e Arnaldo Franca Quaresma. Relatora: Des. Teresa de Andrade Castro Neves. Rio de Janeiro, 04 ago. 2010. Disponível em:
<<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201000128011>>. Acesso em: 09 mar. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 0059051-61.2005.8.19.0001. 10ª Câmara Cível. Relator: Des José Carlos Varanda. Rio de Janeiro. Disponível em: <
<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200500149871>> Acesso em: 11 mar. 2014.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 994061313490, da 2ª Turma Cível. Apelante: Roberto Messias Gomes. Apelada: Itálica Saúde S/C Ltda. Relator: Des. Carlos Augusto de Santi Ribeiro. 28 set. 2010. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4732301&vICaptcha=jqbxxy>>. Acesso em: 08 mar. 2014.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 994061313490**, da 2ª Turma Cível. Apelante: Roberto Messias Gomes. Apelada: Itálica Saúde S/C Ltda. Relator: Des. Carlos Augusto de Santi Ribeiro. 28 set. 2010. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4732301&vICaptcha=jqbxxy>>. Acesso em: 08 mar. 2014.

CAHALI, Yussef Said. Divórcio e separação. 11. ed. rev. e ampl. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Revista dos tribunais: São Paulo, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CHAVES FARIAS, Cristiano. Direito das Famílias. 3. ed. rev. e ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil. Direito de família. v. 5. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIAS, Luciano Chaves de. Teoria do risco desautorizando a indenização por danos morais nos casos de ruptura de noivado. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre. 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: responsabilidade civil. v. 3. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. Vol. VI. Direito de família. 4. ed. Saraiva: São Paulo, 2007.

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil, Volume VI. 28. ed. Saraiva: São Paulo, 2004.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil. Vol.4. 3ªed. São Paulo: Atlas S.A., 2003.