

ANÁLISE CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE NÃO ENTENDE POSSÍVEL A INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS DOMÉSTICOS PRESTADOS NA CONSTÂNCIA DA RELAÇÃO CONCUBINÁRIA

ADRIANO NAKASHIMA

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Em recente julgado, o Superior Tribunal de Justiça confirmou a tese de que não é possível indenizar o(a) concubino(a) pelos serviços domésticos prestados durante o transcorrer da relação concubinária.

Vejamos o que consta no informativo de número 421 desse Tribunal Superior:

CONCUBINATO. INDENIZAÇÃO. SERVIÇOS DOMÉSTICOS. Descabe indenização à recorrente, porquanto inexistente a pretendida união estável (art. 1.727 do CC/2002), que pressupõe ausência de impedimentos para o casamento ou separação de fato para permitir aos companheiros a salvaguarda dos direitos patrimoniais. Outrossim, no caso, não há que se falar em indenização por serviços domésticos na constância de relação concubinária concomitante com casamento válido como atalho para atingir os bens da família legítima (art. 226 da CF/1988). Precedente citado: REsp 931.155-RS, DJ 20/8/2007. REsp 988.090-MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 2/2/2010.

Consta no inteiro teor deste julgamento que a autora alegou:

[...] em novembro de 2002, iniciaram relacionamento amoroso que perdurou por dois anos, sendo que nesse interregno acabou descobrindo que o réu era casado. Aduziu, ainda, que foi obrigada a abandonar emprego de cabeleireira, no qual auferia renda de R\$ 1.000,00, conforme exigência do réu. De outra parte, experimentava padrão de vida compatível com uma renda mensal de R\$ 2.000,00, razão pela qual entende ser devida indenização nesse patamar, multiplicada pelo tempo em que viveram juntos, o que perfaz montante de R\$ 48.000,00.

O Superior Tribunal de Justiça julgou improcedente o pedido de indenização, pelos seguintes fundamentos, conforme consta na ementa do julgado:

1. A união estável pressupõe ou ausência de impedimentos para o casamento ou, ao menos, separação de fato, para que assim ocorram os efeitos análogos aos do casamento, o que permite aos companheiros a salvaguarda de direitos patrimoniais, conforme definido em lei.
2. Inviável a concessão de indenização à concubina, que mantivera relacionamento com homem casado, uma vez que tal providência eleva o concubinato a nível de proteção mais sofisticado que o existente no casamento e na união estável, tendo em vista que nessas uniões não se há falar em indenização por serviços domésticos prestados, porque, verdadeiramente, de serviços domésticos não se cogita, senão de uma contribuição mútua para o bom funcionamento do lar, cujos benefícios ambos experimentam ainda na constância da união.
3. Na verdade, conceder a indigitada indenização consubstanciará um atalho para se atingir os bens da família legítima, providência rechaçada por doutrina e jurisprudência.
4. Com efeito, por qualquer ângulo que se analise a questão, a concessão de indenizações nessas hipóteses testilha com a própria lógica jurídica adotada pelo Código Civil de 2002, protetiva do patrimônio familiar, dado que a família é a base da sociedade e recebe especial proteção do Estado (art. 226 da CF/88), não podendo o Direito conter o germe da destruição da própria família.

Para uma análise crítica deste julgamento, é importante destacar que há impedimento legal previsto no artigo 1.723, § 1º, do Código Civil que veda a possibilidade de uma pessoa casada, que não esteja separada judicialmente ou de fato, constituir uma união estável.

Para parcela da doutrina, poderia ser aplicado analogicamente, nesse caso, o artigo 1.561 do Código Civil, que prevê o casamento putativo.

A jurisprudência vem reiteradamente decidindo pela impossibilidade da união estável putativa.

Cumpra destacar o acerto desse entendimento, tendo-se em vista que, ao contrário do casamento, que é um negócio jurídico, a união estável tem a natureza de um ato-fato. Assim, para a formação da união estável, inexistente o consentimento e a vontade dos companheiros.

Nesse sentido:

Por ser ato-fato jurídico (ou ato real), a união estável não necessita de qualquer manifestação de vontade para que produza seus jurídicos efeitos. Basta sua configuração fática, para que haja incidência das normas constitucionais e legais cogentes e supletivas e a relação fática converta-se em relação jurídica pode até ocorrer que a vontade manifestada ou íntima de ambas as pessoas – ou de uma delas – seja a de jamais constituírem união estável; de terem apenas um relacionamento afetivo sem repercussão jurídica e, ainda assim, decidir o Judiciário que a união estável existe (LÔBO, 2008, p. 152).

À luz dessas considerações, percebe-se que uma união estável existe quando presentes todos os seus requisitos; por sua vez, inexistente quando ausente algumas dessas condições.

Ora, se inexistente a vontade dos companheiros, não há que se falar que um dos cônjuges tenha agido de forma equivocada para que seja aplicada a união estável putativa.

Por outro lado, a fundamentação realizada para indeferir o pedido de indenização não foi realizada de forma correta. Em nenhum momento do julgamento, o Superior Tribunal de Justiça analisou a presença ou não dos requisitos necessários à indenização.

De fato, o referido julgamento afastou o pleito da autora sem nenhuma análise de uma conduta ilícita, de um dano e de nexos causal, ao argumento de que “[...] nessas uniões não se há falar em indenização por serviços domésticos prestados, porque, verdadeiramente, de serviços domésticos não se cogita, senão de uma contribuição mútua para o bom funcionamento do lar”.

Para que um pedido de indenização seja devidamente afastado, é imprescindível que seja afastado pelo menos um desses elementos (conduta ilícita, dano e nexos causal).

A propósito:

Maria Helena Diniz aponta a existência de três elementos, a saber: a) existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa como fundamento da responsabilidade civil há o risco; b) ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima; c) nexos de causalidade entre o dano e a ação, o que constitui o fato gerador da responsabilidade (TARTUCE, 2009, p. 345).

A conduta praticada pelo concubino de enganar a concubina, dizendo a esta que inexistia impedimento para a formação de uma união estável, pode ser considerada como ilícita por contrariar a boa-fé objetiva. Afinal, conforme dispõe o art. 187 do Código Civil, “[...] 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”.

Sobre a boa-fé objetiva, o ensinamento da doutrina:

O verdadeiro critério do abuso do direito no campo das obrigações, por conseguinte, parece localizar-se no princípio da boa-fé, pois em todos os atos geralmente apontados como de abuso do direito estará presente uma violação ao dever de agir de acordo com os padrões de lealdade e confiança, independentemente de qualquer propósito de prejudicar.

Conforme lição de Teresa Negreiros, boa-fé e abuso do direito complementam-se, operando aquela como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes: o exercício de um direito será irregular e, nesta medida, abusivo se consubstanciar quebra de confiança e frustração de legítimas expectativas (ROSENVALD, 2005, p. 131).

Na esteira da expressão germânica *Treu und Glauben*, a boa-fé vem geralmente definida como dever de lealdade e confiança recíprocas entre as partes. E, de fato, a confiança tem desempenhado um papel fundamental na compreensão da boa-fé objetiva, a ponto de já ser a boa-fé definida como ‘uma confiança adjetivada ou qualificada como boa, isto é, como justa, correta ou virtuosa’. Além disto, não são poucos os autores a reconhecer que a noção de confiança transcende o próprio âmbito da boa-fé, refletindo-se sobre todo o direito civil, e sobre o direito de uma forma geral (SCHREIBER, 2005, p. 86).

Há evidente abuso de direito nos casos em que o concubino, encobrindo a existência de uma união estável, afirma para a concubina que quer formar com ela uma união estável.

Segundo Sergio Cavalieri, conceitua-se o dano como sendo:

[...] a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é a lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão em patrimonial e moral. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 71).

Diante dessas considerações, pode-se concluir que poderá existir dano à concubina quando, por exemplo, esta investir recursos na relação afetiva ou abandonar um emprego para cuidar do lar. Afinal, nessa hipótese, é evidente a perda patrimonial da concubina.

Cumprido ressaltar que a simples prestação de serviços domésticos não gera nenhuma obrigação de indenização, pois, nesse caso, inexistente dano, seja patrimonial, seja moral. Para que tal interesse seja indenizável, a concubina tem o ônus de demonstrar a existência de uma finalidade lucrativa e de que há uma subordinação entre ela e o concubino.

Ademais, somente há que se falar em contrato de trabalho, por prestação de serviços domésticos, quando existir uma finalidade lucrativa por parte do empregado e uma relação contratual contínua, subordinada e prestada a pessoa ou à família no âmbito residencial.

A propósito:

Empregado doméstico é uma modalidade especial da figura jurídica genérica de empregado. Seu tipo legal compõe-se dos mesmos cinco elementos fático-jurídicos característicos de qualquer empregado – embora um desses elementos receba, no tocante à relação empregatícia doméstica, conformação jurídica algo distinta em face do padrão celetista imperante.

Ao lado desses elementos fático-jurídicos gerais (um recebendo conformação especial, repita-se), apresentam-se, na relação de emprego doméstica, também alguns elementos fático-jurídicos especiais, nitidamente próprios a esta relação específica.

Tecnicamente, empregado doméstico é a pessoa física que presta, com pessoalidade, onerosidade e subordinadamente, serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, em função do âmbito residencial destas [...].

Nessa definição legal, o diploma omite três dos cinco elementos fático-jurídicos genéricos à figura do empregado (pessoalidade, subordinação e onerosidade) – desde que se considere suficientemente englobada na expressão aquele que presta serviços a figura da pessoa física.

A omissão, contudo, é absolutamente justificável. É que a Lei n. 5.859 quis destacar em seu texto apenas o elemento genérico objeto de conformação sociojurídica especial (continuidade) e os elementos específicos à relação empregatícia. Inexistia, assim, para a lógica da lei especial, qualquer necessidade de se repetirem elementos fático-jurídicos óbvios à existência da figura do empregado doméstico e que comparecem a essa categoria sem qualquer especificidade perante o padrão empregatício genérico celetista. (DELGADO, 2004, p. 365).

No caso em epígrafe, não existe uma relação de subordinação e a concubina não presta os serviços com fins lucrativos. Assim, a simples prestação de serviços domésticos, sem que seja demonstrada a subordinação e a onerosidade, não gera o dever de indenizar.

Nesse sentido:

Entretanto, não se considera viável, juridicamente, definir-se como relação doméstica de emprego o vínculo firmado entre as partes. É que a própria noção de sociedade informal (sociedade de fato) estaria repelindo, do ponto de vista lógico, a noção de relação assimétrica e hierárquica de emprego. Menos ainda será possível, hoje, semelhante tese no que tange aos casamentos regularmente celebrados. Em ambas as hipóteses, compreende a jurisprudência que a ordem jurídica não admite *animus contrahendi* empregatício pelas partes envolvidas (ou intenção onerosa empregatícia, porém societária).

Mais: admitir-se relação de emprego em tais situações será acatar-se a existência de subordinação de um dos cônjuges ou companheiros perante o outro – o que é incompatível com a noção de sociedade de fato ou comum (DELGADO, 2004, p. 368).

O ponto nevrálgico para a caracterização do dever indenizatório no caso em epígrafe é a demonstração do nexa causal entre a conduta ilícita praticada e o dano causado.

Haverá nexa causal quando ficar claro que foi o fato praticado pelo agente que causou o dano alegado. Segundo a doutrina majoritária, a teoria adotada pelo ordenamento jurídico pátrio é a da causalidade adequada. De acordo com esta teoria, causa é o antecedente não só necessário mas também adequado à produção do resultado. Além de se indagar se uma determinada condição concorreu concretamente para o evento, é ainda preciso apurar se, em abstrato, ela era adequada a produzir aquele efeito.

Nesse sentido:

Os nossos melhores autores, a começar por Aguiar Dias, sustentam que, enquanto a teoria da equivalência das condições predomina na esfera penal, a da causalidade adequada é a prevalecente na órbita civil. Logo, em sede de responsabilidade civil, nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes (como no caso da responsabilidade penal), mas somente aquela que foi a mais adequada a produzir concretamente o resultado. Além de se indagar se uma determinada condição concorreu concretamente para o evento, é ainda preciso apurar se, em abstrato, ela era adequada a produzir aquele efeito (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 49).

Para outra parte da doutrina, o Código Civil, em seu art. 403, adotou a teoria da causalidade direta ou imediata, ao dispor que “[...] as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato [...]”. Tal artigo, para esta corrente doutrinária, deve ser aplicado para a análise de nexos causal nas indenizações contratuais bem como nas extracontratuais.

Esta teoria considera causa jurídica tão somente aquela conduta que se vincula diretamente ao dano provocado, sem a interferência de nenhuma outra condição sucessiva (SCHREIBER, 2007, p. 56).

Por ser excessivamente restritiva, esta teoria de nexos causal acabou sendo relativizada, ocasião em que se criou a subteoria da *necessariedade*:

Desenvolveu-se, deste modo, no âmbito da própria teoria da causalidade direta e imediata, a chamada subteoria da *necessariedade causal*, que entende as expressões dano direto e dano imediato de forma substancial, como reveladoras de um liame de *necessariedade* – e não de simples proximidade – entre a causa e o efeito. Haverá, assim, dever de reparar, quando o evento danoso for efeito necessário de determinada causa. (SCHREIBER, 2007, p 58).

Cumprido ressaltar que ambas as teorias exigem que o nexos causal somente restará configurado quando a conduta ilícita praticada for necessária – e também adequada, para teoria da causalidade adequada – para ocorrência do dano.

Assim, percebe-se que a concubina, para que seja ressarcida, deverá comprovar que a conduta ilícita praticada pelo concubino é necessária à produção do resultado lesivo.

À luz dessas considerações, percebe-se que a conduta praticada pelo concubino de enganar a concubina, dizendo-lhe que não há nenhum impedimento para união estável e fazendo-a largar um emprego por achar que está sendo garantida pela entidade familiar, pode ser considerada como causa imediata e necessária para o dano provocado pelo abandono de emprego.

Em muitos casos, a concubina somente larga o emprego que possuía por acreditar veementemente que está protegida pela união estável. Caso soubesse da existência de impedimento, ela não abandonaria seu antigo emprego para cuidar do lar conjugal.

A conduta ilícita praticada pelo concubino, quando age em desacordo com a boa-fé, enganando a concubina e induzindo-a largar seu antigo emprego, é presumidamente capaz de causar dano no patrimônio dela.

Portanto, pode-se concluir que é possível que em uma relação concubinária exista o dever de indenizar, sendo necessário, para tanto, a comprovação da existência

de uma conduta ilícita (descumprimento da boa-fé objetiva), de um dano (perda patrimonial, o que não ocorre com a simples prestação de serviços domésticos) e de nexos causal entre o dano e a conduta ilícita.

Referências Bibliográficas

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

LÔBO, Paulo. *Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade Humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. São Paulo: Método, 2009. v. 2.