

RESPONSABILIDADE CIVIL POR RUPTURA DE CASAMENTO E DE UNIÃO ESTÁVEL

JAIRO VASCONCELOS DO CARMO
PROFESSOR DE DIREITO CIVIL - EMERJ

I. LIBERDADE DE AMAR E INDENIZAÇÃO: A EXISTÊNCIA OU NÃO DE DANOS CAUSADOS PELA SÓ RUPTURA

1. A família moderna, oriunda de casamento ou de união estável, viceja sobre o amor do casal, tanto podendo durar a jornada de uma vida ou não passar de efeméride. Essa dupla versão decorre da liberdade de amar dos cônjuges e dos conviventes, uns e outros facilitados pela nova ética social que tolera o divórcio ou a mera ruptura dos vínculos familiares, indiferentes, quase todos, à sorte dos filhos e de si mesmos. O que mais importa já não é a unidade familiar; antes importa, e é decisivo, é a pessoa isolada na sua personalidade, em busca de ser feliz, dentro ou fora de múltiplas uniões, com ou sem casamento.

2. Em termos juspositivos, essa visão repercute fundo no Direito Constitucional da Família, que consagra o direito ao divórcio, independentemente de culpa¹. Conseqüentemente, parece-me claro que a ruptura de casamento ou de união estável, dêis que em conformidade ao sistema legal, não podem gerar o efeito negativo da obrigação de indenizar o consorte prejudicado. Na dogmática jurídica, a iniciativa de pedir separação ou divórcio, ou de romper a convivência, é direito potestativo das partes entre si relacionadas, donde o estado de sujeição daquela que é passiva diante da vontade extintiva da relação matrimonial. O que define o casamento ou a união estável é a comunhão de vida que se renova a cada dia. Sucedendo de quebrar-se, irrecuperavelmente, a alternativa é o divórcio ou a separação, na expectativa de que, ao encontro de novo par romântico, ou mesmo sozinho, seja dado ao indivíduo a chance de realização pessoal.

¹ Cf. art. 226, § 6°. Infere-se, aí, o princípio implícito da abertura ao divórcio, facilitado pelo requisito único do prazo mínimo de dois anos de separação de fato.

3. Evolui, contudo, a tendência doutrinária de vislumbrar danos materiais e morais no âmbito estreito da vida familiar². O nó górdio são os fundamentos teóricos do ilícito familiar, máxime o de saber-se onde inseri-lo no amplo espectro do Sistema de Direito Positivo. Prevalece, por ora, a convicção de que os pedidos de reparação devem haurir nos pressupostos do Direito Comum, não sendo um efeito direto ou reflexo do divórcio ou separação. Há, ainda, uma questão subjacente: o risco de repatrimonializar as relações familiares, até em razão dos excessos condenatórios, o que amesquinha, naturalmente, a fenomenologia dos pactos afetivo-eróticos de qualquer grau ou intensidade, em especial as uniões conjugais ou estáveis.

Todos esses aspectos inspiram o presente estudo, no propósito de discernir os equívocos de remeter ao Direito de Família, sem peias ou zelo, e à míngua de algum critério metodológico, as pretensões pecuniárias de cônjuges ou de conviventes, tendo por causa imediata o rompimento do enlace, cumprindo conciliar-se, acorde à Constituição, de um vértice, a **liberdade de amar**, de outro, a **dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade**, que estão na vanguarda dos princípios fundamentais da República³.

II. RESPONSABILIDADE CIVIL ENTRE CÔNJUGES

1. *Da licitude de pedir o divórcio.* É direito potestativo extintivo dos cônjuges e dos conviventes desviarem-se do amor empenhado, refazendo o projeto de vida a dois. Casar ou conviver, na atualidade, pode não durar uma estação. Cada consorte assume o risco das rupturas, algumas inevitáveis. O ideal é que o façam em clima de normalidade, isto é, com respeito e consideração mútuas, superando as frustrações pelo fracasso do amor sob as luzes da civilidade, que celebram a dignidade humana, nomeadamente os valores incorporados aos direitos da personalidade. Cahali distingue os danos que afligem qualquer pessoa e os danos que somente pode experimentar quem exhibe o estado de cônjuge, uma vez atingido por atos de grave violação dos deveres do casamento, a ponto de inviabilizar a vida em comum⁴. A

² Cahali, **Dano Moral**, 2ª ed., SP, Ed. Rev. Trib., 1998, p. 671; também Regina Beatriz, **Reparação Civil na Separação e no Divórcio**. São Paulo, Saraiva, 1999. Destaque-se o artigo de Sérgio G. Pereira, “O dano moral no Direito de Família: o perigo dos excessos capazes de repatrimonializar as relações familiares”, in **Grandes Temas da Atualidade – Dano Moral** - Rio de Janeiro, Forense, 2002.

³ Cf. art. 1º, III.

pergunta que fica é se é razoável admitir-se, em toda ação de divórcio ou separação, uma disputa adicional ao escopo de indenizações financeiras, à conta de prejuízos materiais e morais, originários da conduta de um dos parceiros, reconhecido culpado, sobre a boa fé do outro, tido por inocente. Recorde-se que o agravamento das relações conjugais, ou de convivência, nasce, quase sempre, da procura de novo autor de caminhada, superior, em virtudes, ao ex-companheiro, ele, de si, tantas vezes igualmente desiludido. Nesses instantes de apatia, ou de desencanto e dores, a quebra de alianças é muito mais corolário da liberdade de amar do que ilícito civil; é, acima de tudo, a luta de uma vida que anela por erguer-se e brilhar; vidas que, ante os sonhos adiados, as esperanças rompidas, avançam, insistem, não desistem, querem voar e ser felizes. A violação de deveres conjugais ou familiares, no caudal da crise amorosa, enquanto não caracterizar algum ilícito civil, é irrelevante para impor reparações.

2. *O princípio constitucional da abertura ao divórcio e a ab-rogação do sistema da culpa.* Há de ressaltar-se o ocaso da noção de culpa, tão ao gosto da medieva idade, impregnada de fé religiosa insegura quanto à graça e o perdão de Deus. Daí a novel disciplina do divórcio direto, viável à vista da mera separação de fato por mais de dois anos⁵, sem olvidar-se a questão do regime do nome da mulher casada, submetido a requisitos objetivos, tal o acréscimo do parágrafo único, do art. 25, da Lei 6.515/77. É lamentável que a doutrina não tenha acompanhado o bom vento constitucional, mantendo o sistema da culpa para os casos de separação, mas ao arrepio de fundamento ético, além do lapso interpretativo, porquanto, se abolido nos casos de divórcio vincular, também deveria sê-lo na separação, e nesta, com maior razão, posto a eventualidade da reconciliação, independentemente de formalidades, como sugere a norma do art. 46 da Lei 6.515/77. Penso que os ensinamentos mais abalizados convencem do

⁴ Cahali, ob. cit., p. 671. Aguiar Dias, embora restritivo, defende a indenizabilidade do adultério, posto infringir dever do casamento. Isso consta da obra clássica, **Da responsabilidade civil**, 5.ª Ed., v. II, p. 17-20, n. 160, Rio de Janeiro, Forense, 1973. A mesma orientação é de Belmiro Pedro Welter, embora com maior abertura, in “Dano moral na separação, divórcio e união estável”, RT 775/128.

⁵ Assim o é com base no art. 226, § 6º, da Constituição, fonte da Lei n. 7.841, de 17.10.1989, que alterou a redação do art. 40 da Lei n. 6.515/77, revogando, expressamente, o seu § 1º, que regulava o divórcio litigioso fundado na culpa. O que falta, na altura, é a doutrina com a jurisprudência assumirem a revogação tácita do art. 5º, **caput**, a que se reportava o § 1º, referido, eliminando o sistema da culpa, absolutamente incompatível frente à normativa constitucional, dobrada por inteiro ao só sistema da ruptura.

desacerto de acenar-se à culpa nos relacionamentos familiares⁶: uma, porque a culpa é comumente recíproca ou de muito difícil aferição prática, por investigar relações tão íntimas como são as conjugais ou a vida familiar⁷; a duas, porque a imputação de um cônjuge contra o outro, e assim na união estável, apenas serve de pábulo a sucessivas imprecizações, arruinando de vez as personalidades, que se tornam mais resistentes e muito menos generosas, até pulverizar os restos de afeição, tudo em espiral, como o grande olho de um tornado, para maior desgraça dos casais desavindos e dos filhos humilhados.

3. Lícito familiar e indenização: A busca de um critério decisório. Evidentemente que cônjuges e conviventes podem infligir danos ao consorte, sendo irrelevante o estado familiar. À semelhança de qualquer pessoa, se alguma lesão ocorrer, vulnerando a integridade física ou moral do outro, surge o dever de indenizar. O que sucede, no Brasil, é que essas ações são incomuns, abafadas nos labirintos da paz doméstica, ou absorvidas, tradicionalmente, pelo fato objetivo das separações e divórcios, com os seus incidentes conexos, de natureza pessoal ou patrimonial - guarda de filhos, alimentos, partilha de bens -, ficando ao largo a questão recente das indenizações civis autônomas. Cumpre atentar-se, porém, às situações reais, e não arbitrárias, em que um cônjuge ou convivente, nas relações pessoais, pode agir com abuso de direito ou incorrer nalgum ilícito civil, submetendo-se, então, aos cânones da responsabilidade civil fundada nas regras gerais da obrigação de indenizar. Repito a exortação inicial: não se deve indenizar danos advindos da dissolução em si, pois indubitável a repercussão negativa na personalidade de cada cônjuge ou convivente. São os momentos de aflição, angústia, solidão, depressão e crises emocionais. Impossível flagrar-se, nessas reações, nexos de causalidade adequada para ressarcimentos de qualquer tipo ou espécie. O que se indaga são os casos extremos, isto é, aqueles que extravasam os limites normais de um rompimento, capazes de configurar ato ilícito. Neste sentido, a melhor orientação assenta na conciliação necessária entre os princípios da liberdade de amar e

⁶ Cf. Sérgio G. Pereira, ob. cit., p. 418.

⁷ No tema, recomenda-se a leitura de Diogo Leite de Campos, **Lições de Direito da Família e das Sucessões**. Coimbra: Livraria Almedina, 1990, p. 287 e ss. O ilustrado professor é enfático quanto ao erro do divórcio-sanção, afirmando, com fina ironia, que o Estado desinteressa-se do cidadão à época do casamento, mas, depois do enlace, se quiser o divórcio, o mesmo Estado, solícito, intervém, não para ajudar ou aconselhar, sim ao exame das causalidades, alongando as tensões pessoais, em prejuízo do patrimônio comum que degrada e dos filhos achados "...no centro de todas as lutas".

o da dignidade da pessoa humana, enriquecida pela dogmática dos direitos da personalidade. De efeito, se a conduta de qualquer dos parceiros for justificada pela liberdade de amar, visando a constituir nova união, ou somente para afastar-se do outro, inexistente ilicitude, mas, sim, exercício normal do direito ao divórcio ou à separação, embora falte consenso. De ressaltar-se, nas relações de homem e mulher, que a parte imediatamente perdedora pode descompensar, desandando atitudes hostis ou gestos de violência censuráveis. Se isso sobrevier, o critério decisório projeta o princípio da dignidade humana, iluminado pelos direitos da personalidade, que tutelam o ser total, abrangendo as funções de qualquer pessoa, casada ou não, e o seu modo particular de ser. Os deveres familiares pouco auxiliam, talvez só para ponderar o arbitramento de certas indenizações. Constitui-se num pesado equívoco excogitar de danos civis causados entre cônjuges por ofensa aos deveres do casamento. A lição é de Diogo Leite de Campos, categórico quanto à impossibilidade jurídica de cominar-se reparações ao fundamento de violação dos deveres conjugais⁸. Por decorrência, os atentados contra a vida, as agressões físicas, os crimes contra a honra, os desvios sexuais, a imposição de cárcere privado, os atos vexatórios ou de constrangimento em público, tudo, enfim, que a torpeza humana puder engendrar, submete-se às regras gerais da responsabilidade civil, e não, como a doutrina propõe, no âmbito do Direito da Família⁹. Não valem as discussões fortuitas, os destemperos, os arroubos, os impropérios, nomeadamente se restritos ao ambiente doméstico, pouco influenciando no meio sociocomunitário. Os atos de infidelidade ou de abandono do lar só excepcionalmente podem gerar dano material ou moral. Para ilustrar, imagine-se um namoro ostensivo, com aparições em público, ou viagens abertas, na companhia de amigos do casal, ou dupla e simultânea convivência. O ilícito, nas hipóteses, se houver, será de natureza civil, nos termos da cláusula geral do art. 159, recepcionado e melhor explicitado pelo art. 5º, X, da Constituição. Já acentuei que a violação dos deveres conjugais, por si apenas, é insuscetível de indenização. Há que

⁸ Ob. cit., p. 307.

⁹ Examine-se, Rita Simões Bonelli, “Responsabilidade civil entre marido e mulher por ofensa aos direitos da personalidade”, in **Responsabilidade Civil**, coordenadores Adroaldo Leão e Rodolfo Mário Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 253 ss. Ao reverso de outros autores, como Sérgio G. Pereira, ob. cit., supra, a insigne professora, sem ser taxativa, deixa entrever-se que o fundamento da obrigação de indenizar seria o Direito Comum e não o Direito de Família. Esse marco teórico torna-se mais significativo pela referência feita aos direitos da personalidade.

se provar a culpa do cônjuge ou do convivente infrator, eis que, para fins de indenização, prevalece a responsabilidade subjetiva¹⁰.

III. UNIÃO ESTÁVEL E RESPONSABILIDADE CIVIL

1. *A proteção constitucional da família não-oriunda do casamento.* A Constituição de 1988, ao definir a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, legitimou um fenômeno social e humano. Várias causas estão na base da formação de relações familiares fora do casamento. A união livre, mas séria e estável, entre um homem e uma mulher, a descoberto do casamento, é expressão de liberdade que não pode ser qualificada de ilícita ou ilegítima. Ilicitude haverá na convivência simultânea e adúlterina, ou incestuosa, por afrontar os valores indisponíveis que inspiram o sistema jurídico, na sua unidade e globalidade. Como ensina Perlingieri, “...a família não-fundada no casamento é portanto ela mesma uma formação social potencialmente idônea para o desenvolvimento da personalidade de seus componentes e como tal orientada pelo ordenamento a perseguir esta função”¹¹. A sabedoria popular é testemunha de que as famílias informais também cumprem a exigência social de educação dos filhos e de desenvolvimento da personalidade do par que a compõe, fazendo jus, por isso, à tutela que o Estado chancela. É um problema de mudança de paradigma e não propriamente de lei, bastando aos intérpretes o quadro constitucional. Nas extremas, urge levar em consideração aquilo que o Direito é: expressão valorativa de uma certa realidade histórica e cultural. A ser de modo diverso, reduzir-se-á o alcance das Leis 8.971, de 29.12.1994, e 9.278, de 10.5.1996, cujo maior mérito é o de aproximar a união estável do casamento, guardadas as diferenças relativamente aos efeitos específicos do estado de casado, que repelem aplicação analógica¹². Quanto ao mais, todas as normas

¹⁰ A prof. Rita Simões Bonelli, ob. cit., p. 262, sem justificativa plausível, propõe o regime da responsabilidade objetiva, dizendo que o cônjuge ofendido somente deve provar o fato lesivo e o dano.

¹¹ Pietro Perlingieri, **Perfis de Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro. Renovar, 1999, p. 253.

¹² Por todos, Gustavo Tepedino, **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 339. Inspirado em Cahali, eis o que expõe: “...os efeitos jurídicos que decorrem do ato solene substanciado pelo casamento, cujo substrato axiológico vincula-se ao estado civil e à segurança que as relações sociais reclamam, não podem se aplicar à união estável por diversidade de *ratio*. À união estável, como entidade familiar, aplicam-se, em contraponto, todos os efeitos jurídicos próprios da família, não diferenciando o constituinte, para efeito de proteção do Estado, a entidade familiar constituída pelo casamento daquela constituída pela conduta espontânea e continuada dos companheiros, não fundada no matrimônio.”

de proteção da família conjugal aproveitam, por analogia, à família nascida de união estável. O cerne da questão é identificar a *ratio* das normas que se busca interpretar e aplicar: se aludirem ao estado de casado, limitam-se aos cônjuges; se aludirem à vida em família, invocando a solidariedade dos seus membros, aí, inapelavelmente, há que se proclamar a mesma identidade de efeitos à união estável, mercê do ditame constitucional.

2. Ruptura da convivência com efeitos indenizatórios. Por regra e princípio, a dissolução de união estável, apesar de traumática, pelo malogro da convivência, não conduz ao dever de indenizar. O que se disse para os cônjuges favorece à união estável. As lesões corporais, as injúrias, as perversões eróticas, as anormalidades, encontram guarida exclusivamente no Direito Comum. Para o Direito de Família, os efeitos jurídicos da união estável restringem-se àqueles indicados nas leis de 94 e 96. Não importa a transgressão de deveres familiares. A separação é sanção contra o parceiro infrator, ou melhor: é saída para uma situação desarrazoada e insustentável. Os interesses da parte prejudicada resolvem-se com a ruptura do vínculo familiar. Sendo impróprio indenizar pela violação de deveres inerentes à convivência, também não identifico causa necessária, ou adequada, para indenizar o fato objetivo da ruptura, quando seja um efeito da violação desses deveres.

3. Obrigação alimentar e indenização por serviços domésticos. Doutrina e jurisprudência, com honrosas exceções, transformam cônjuges e conviventes separados em pensionista do outro. Esse entendimento, tirante os casos excepcionais, acirra os ânimos dos ex-consortes, que se enredam em disputas infundáveis, com graves prejuízos para ambos, mais o devedor, tolido na sua liberdade de gerir as suas rendas e o seu patrimônio. Extinta a comunhão de vida, entendida como permanente disponibilidade ao companheiro de caminhada, todos os efeitos da união estável deveriam também extinguir-se. O art. 7º, **caput**, da Lei 9.278/96, reclama exegese restritiva, deferindo-se a prestação de alimentos pelo tempo estimado à inserção do credor carente nalguma atividade econômica, auferindo, por seu trabalho, os ganhos indispensáveis à sua própria subsistência. Em adminículo, duas observações: 1ª) o valor dos alimentos não podem deduzir-se segundo o padrão de vida do período de convivência. Os alimentos visam, sim, proporcionar os meios essenciais de subsistência condigna, na medida dos recursos do obrigado; 2ª) há que se proceder ao exame das possibilidades de o alimentário prover à sua subsistência, educando-o ao ideal das sociedades adultas

de que cada pessoa deve suprir às suas necessidades existenciais, ou então, se impossível, ser assistida pela Previdência Social.

As indenizações por serviços domésticos são uma ignomínia, atingindo, em cheio, a dignidade da mulher. Rainer Czajkowski admite o pagamento nos casos de ausência de aqüestos, tendo o convivente pobre participado do trabalho de conservação do patrimônio particular do outro¹³. Ora, esse é um risco da união estável, inexistente no casamento. Realmente, afora o regime de separação absoluta, nos demais, há lugar para aqüestos comunicáveis, ainda com base nos frutos e benfeitorias estabelecidos na constância do matrimônio. O que se apresenta, e tenho por irrecusável, é a aplicação prudencial do princípio que veda o enriquecimento indevido, assim aquelas situações em que o trabalho ou atividade de um dos parceiros concorreu, decisivamente, para os acréscimos patrimoniais do outro. Nesse cenário, insta considerar-se o regime da comunhão de aqüestos, posta pelo legislador de 1994, a teor do art. 3º, ampliado, em 1996, pela instituição de condomínio legal, nos termos do art. 5º, podendo aplicar-se, indistintamente, a todas as modalidades de dissolução, para além de servir de modelo às decisões judiciais, a bem do esforço de fortalecer a justiça do caso concreto.

IV. SÍNTESE CONCLUSIVA

1. A Constituição da República patrocinou a abertura da família matrimonial, na crença de que, com ou sem casamento, qualquer que seja a modalidade, a família é comunidade intermédia e meio de realização dos seus membros, pelo que, e nessa justa medida, confere aos cônjuges e conviventes o direito potestativo de dissolução dos vínculos, como corolário da liberdade individual de amar, em busca de ser feliz;

2. Por regra e princípio, a mera violação dos deveres conjugais, ou familiares, à míngua de danos à personalidade do consorte, obra de fatos relevantes e comprovados, não é suscetível de indenização, certo que os desvios de conduta, tais as agressões físicas, as injúrias, as aberrações sexuais, submetem-se aos postulados gerais da responsabilidade civil, donde o grave equívoco de quem intenta cumulá-los aos pedidos de divórcio ou de ruptura de união estável. Assim, v.g., se um dos companheiros é culpado de adultério ou de prática desonrosa, o divórcio ou a ruptura exaurem a sanção legal, parecendo no mínimo estranho afligi-lo com pena pecuniária a favor do outro, supostamente inocente;

¹³ *União Livre à Luz da Lei 8.971/94 e da Lei 9.278/96*, 2ª ed. Curitiba: Juruá, 1999, p. 166.

3. Na união estável, é de repelir-se o gosto das indenizações por serviços prestados, certamente uma vilania contra a dignidade da mulher. O máximo que se permite é a tutela dos interesses econômicos com supedâneo no princípio que proíbe o enriquecimento injustificável, servindo de modelo legal, em exegese construtiva, a norma do art. 3º, da Lei 8.971/94, e art. 5º, da Lei 9.278/96. ◆