

A COABITAÇÃO COMO ELEMENTO ACIDENTAL E NÃO ESSENCIAL DA SOCIEDADE CONJUGAL E DA UNIÃO ESTÁVEL: A LIÇÃO DA PANDEMIA DA COVID-19

LIVING UNDER THE SAME ROOF AS A NON-ESSENTIAL ELEMENT OF MARITAL SOCIETY AND CIVIL PARTNERSHIPS: THE LESSON OF THE COVID-19 PANDEMIC

Felipe Quintella Machado de Carvalho

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela UFMG. Professor dos cursos de Graduação e de Mestrado da Faculdade de Direito Milton Campos. Professor do Ibmec BH. Coordenador Geral da Graduação da Faculdade de Direito Milton Campos. Advogado e consultor jurídico com ênfase na área de planejamento patrimonial.

Tereza Cristina Monteiro Mafra

Doutora, Mestra e Bacharela em Direito pela UFMG. Professora dos cursos de Graduação e de Mestrado da Faculdade de Direito Milton Campos. Diretora da Faculdade de Direito Milton Campos. Advogada e consultora jurídica.

Resumo: O presente artigo pretende demonstrar que a coabitação não deve ser considerada elemento essencial da sociedade conjugal e da união estável. O trabalho partiu da lição da pandemia da Covid-19: o distanciamento social revela (1) que pode haver coabitação entre pessoas que têm ou que tiveram um relacionamento sexual sem que haja entre elas, necessariamente, comunhão plena de vida, e (2) que pode haver tal comunhão remotamente. Tendo a teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda como marco teórico, realizou-se, primeiramente, pesquisa bibliográfica, incluindo doutrina estrangeira, com raciocínio indutivo e abordagem qualitativa, para discutir o assunto do ponto de vista teórico. Posteriormente, realizou-se pesquisa jurisprudencial em todos os Tribunais de Justiça do país, incluindo o STJ, com raciocínio dedutivo e abordagem qualitativa, para verificar o assunto na prática.

Palavras-chave: Sociedade conjugal. Comunhão plena de vida. Coabitação.

Abstract: The present paper intends to show that living under the same roof must not be considered an essential element of marital society and civil partnerships. The work starts from the lesson of the Covid-19 pandemic: social distancing reveals (1) that people who have or have had a sexual relationship may live under the same roof and not necessarily fully share their lives, and (2) that people can share their lives remotely. Based the theoretical framework of the theory of legal facts of Pontes de Miranda, firstly, a bibliographic research was carried out, including foreign experts, using inductive reasoning

and a qualitative approach to discuss the subject from the theoretical point of view. Later, a precedent research was carried out in all the State Courts in the country, including the Superior Court of Justice, using deductive reasoning and a quantitative approach to check the matter in practice.

Keywords: Marital society. Full life sharing. Living under the same roof.

Sumário: Introdução – **1** Casamento e união estável como negócios jurídicos constituidores de família – **2** Comunhão plena de vida como pressuposto objetivo de existência da sociedade conjugal e da união estável – **3** Comunhão plena de vida, coabitação e separação de fato – **4** Coabitação na jurisprudência dos tribunais – Considerações finais

Introdução

A pandemia da Covid-19 afetou, de várias maneiras, as relações familiares mundo afora. Vários assuntos do direito de família precisarão, conseqüentemente, de reexame, à luz dos fatos novos e inesperados.

A proposta deste trabalho, nesse contexto, é revisitar o tema da comunhão plena de vida como pressuposto objetivo de existência tanto da sociedade conjugal quanto da união estável, para verificar, especificamente, qual o papel desempenhado pela coabitação, no sentido de *vida sob o mesmo teto*, na caracterização da comunhão.

Considera-se, aqui, que a comunhão plena de vida concretiza a *intenção conjugal*, objeto principal da união, e se exterioriza pela convivência entre os cônjuges ou companheiros, que compartilham afetos e interesses comuns.

Adverte-se, desde logo, que, partindo-se da origem etimológica, do latim *con + iugare*, “juntar-se com”, o adjetivo *conjugal* é utilizado neste trabalho tanto para se referir às relações entre cônjuges quanto às relações entre companheiros, vez que não apenas aqueles, mas também estes, juntam-se um com o outro para estabelecer a comunhão de vida, formando um núcleo familiar por vínculo diverso do parental.

Quanto à união estável, a comunhão plena de vida ganhou relevo quando a Lei nº 9.278/1996, em seu art. 1º, passou a reconhecê-la verificando “a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”.

Quanto ao casamento, por sua vez, após o advento da Emenda Constitucional nº 66, abolidos os prazos de separação judicial ou de fato para concessão do divórcio, a comunhão plena de vida ganhou ainda mais destaque como elemento essencial do casamento, seja para a sua conservação, seja, quando extinta, para a suspensão dos seus efeitos ou para determinar a decisão de formalizar o seu término.

No referido contexto de importância da comunhão plena de vida como cerne dos núcleos familiares conjugais, sejam formados pelo casamento, sejam formados pela união estável, é natural que ganhe relevo, igualmente, o papel exercido pela coabitação, no sentido de *vida sob o mesmo teto*, na configuração da comunhão plena de vida.

Acerca da coabitação, não é de hoje que a doutrina se questiona sobre o papel que aquela exerce na aferição da existência da sociedade conjugal e da união estável. Considerando-se o referencial teórico da teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda, indaga-se: na configuração da comunhão plena de vida e, via de consequência, da sociedade conjugal e da união estável, a coabitação consiste, afinal, em *elemento essencial* e, por conseguinte, em pressuposto de existência, ou em *elemento acidental* e, portanto, dispensável, a produzir efeitos no plano da eficácia e não no plano da existência?

O objetivo geral deste trabalho, sobretudo em virtude dos fatos sociais decorrentes da pandemia da Covid-19 e das respectivas reflexões jurídicas, é demonstrar que a coabitação tem natureza de elemento *acidental*, e não essencial. Para que se alcance o objetivo geral, foram traçados, como objetivos específicos: a) demonstrar a natureza de negócio jurídico do casamento e da união estável, à luz do marco teórico da teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda; b) examinar outros posicionamentos sobre a natureza jurídica do casamento para, então, afastá-los, à luz do marco teórico adotado; c) demonstrar que a comunhão plena de vida constitui pressuposto de existência da sociedade conjugal e da união estável; d) discutir o papel da coabitação na configuração da comunhão plena de vida; e) verificar o posicionamento da jurisprudência brasileira acerca do papel da coabitação na configuração da comunhão plena de vida.

Para tanto, primeiramente, a pesquisa utilizou a técnica de pesquisa bibliográfica, empregou raciocínio indutivo e abordagem qualitativa para discutir os aspectos relevantes do casamento, da união estável e da comunhão plena de vida, bem como para demonstrar que não há, no momento, um norte doutrinário seguro para as decisões que terão que ser proferidas, sobretudo quanto aos casos decorrentes da pandemia da Covid-19. Posteriormente, utilizou-se da técnica de pesquisa jurisprudencial, com emprego de raciocínio dedutivo e abordagem quantitativa, para demonstrar que, no momento, não há, ainda, nos tribunais de justiça do país e no Superior Tribunal de Justiça (STJ), um norte jurisprudencial seguro acerca do papel desempenhado pela coabitação na verificação da comunhão plena de vida. Todos os vinte e sete tribunais de justiça do país foram consultados, bem como o STJ.

Ante os resultados obtidos, e à luz do marco teórico adotado, este trabalho pretende fornecer subsídios para as decisões futuras que certamente terão que

ser tomadas, sobretudo com relação aos diversos casos decorrentes da pandemia da Covid-19 que chegarão ao Judiciário, bem como para os estudos futuros da temática.

1 Casamento e união estável como negócios jurídicos constituidores de família

Neste trabalho, casamento e união estável são tomados como negócios jurídicos constituidores de família, considerando-se o conceito de *negócio jurídico*, conforme Marcos Bernardes de Mello – explicando a teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda –, como o ato jurídico em que a vontade constitui elemento nuclear do suporte fático e em que a ela se atribui “dentro de certos parâmetros, o poder de regular a amplitude, o surgimento, a permanência e a intensidade dos efeitos que constituam o conteúdo eficaz” do ato.¹

Bem próximos do conceito ponteano explicado por Marcos Bernardes de Mello são os conceitos de Antônio Junqueira de Azevedo de negócio jurídico como *categoria* (conceito abstrato) e como *fato* (conceito concreto):

Como categoria, ele é a hipótese de fato jurídico (às vezes dita “suporte fático”), que consiste em uma manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias (as circunstâncias negociais) que fazem com que socialmente essa manifestação seja vista como dirigida à produção de efeitos jurídicos; negócio jurídico, como categoria, é, pois, a hipótese normativa consistente em declaração de vontade (entendida esta expressão em sentido preciso, e não comum, isto é, entendida como manifestação de vontade, que, pelas suas circunstâncias, é vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos). [...]

In concreto, negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide.²

¹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 219.

² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 16.

No mesmo sentido, ensina Francisco Amaral que “[p]or negócio jurídico deve-se entender a declaração de vontade privada destinada a produzir efeitos que o agente pretende e o direito reconhece”.³

E, ainda, conforme Álvaro Villaça Azevedo, por meio do “negócio jurídico, as partes interessadas, ao manifestarem sua vontade, vinculam-se, estabelecem, por si mesmas, normas regulamentadoras de seus próprios interesses”.⁴

Quanto ao casamento, os arts. 1.514, 1.565, §2º e 1.639 do Código Civil, à luz do marco teórico aqui adotado, confirmam a natureza de negócio jurídico: o primeiro, ao exigir a expressa declaração de vontade no ato da celebração; o segundo e o terceiro, por atribuírem aos cônjuges a prerrogativa do planejamento familiar quanto a aspectos extrapatrimoniais e quanto a aspectos patrimoniais.⁵

Quanto à união estável, os arts. 1.723 e 1.725 do Código Civil confirmam a natureza de negócio jurídico, também à luz do marco teórico eleito:⁶ o primeiro, ao exigir o objetivo de constituição de família como pressuposto subjetivo de existência; o segundo, ao admitir a escolha de regime de bens.

Sob a égide da Constituição da República de 1988, e após a regulamentação da união estável, primeiramente, pelas leis nºs 8.971/1994 e 9.278/1996 e, posteriormente, pelo Código Civil de 2002, casamento e união estável passaram a ser, ambos, negócios jurídicos constituidores de família: ambos se destinam ao estabelecimento de comunhão plena de vida. Diferem-se, no entanto, pelo fato de o casamento ser negócio jurídico solene, para o qual a lei prevê forma e solenidades, enquanto a união estável é negócio jurídico não solene – ou *meramente consensual* –, para o qual não se prevê forma, e que se constitui, pois, *solo consensu*.

Pelo prisma constitucional, a pluralidade se justifica em virtude da preservação da autonomia privada: os que desejam a maior segurança decorrente da formalidade – com a respectiva prova documental do início e do fim do relacionamento – podem optar pelo casamento, enquanto os que preferem a ausência de solenidades podem optar pela união estável.

³ AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 465.

⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral do direito civil*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2012. p. 169.

⁵ “Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados. [...] Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. [...] §2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. [...] Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprover”.

⁶ “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. [...] Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

Do ponto de vista técnico e abstrato, desconsiderando-se, por óbvio, o conteúdo, não é diferente do que se passa com um contrato de locação, que pode ser celebrado verbalmente, por instrumento particular ou por escritura pública, a depender da vontade dos contratantes, ou com o testamento, para o qual se preveem diversas formas, com diferentes solenidades. A principal diferença, veja-se, está no fato de que no caso de outros negócios jurídicos para os quais se admite mais de uma forma o *nomem iuris* do negócio permanece o mesmo, e se utilizam expressões diferentes com relação a cada forma; já no caso da constituição de família, as diferentes formas são tratadas como *negócios jurídicos distintos*, ainda que essencialmente destinados à mesma finalidade, que é a de estabelecer a comunhão de vida. Em outras palavras, a *causa final* tanto do casamento quanto da união estável é exatamente a mesma, mas a doutrina ainda trata deles como sendo negócios jurídicos distintos, e não como formas distintas do mesmo negócio, a constituição da família.

Tal constatação se explica, naturalmente, pelo fato de ainda ser consideravelmente recente, na história do direito civil, a consolidação da teoria do fato jurídico, e, mais recente ainda – além de peculiar ao direito brasileiro –, a convivência entre o casamento e o que a Constituição da República de 1988 denominou *união estável*, em seu art. 226, §3º, como outro ato formador de família.⁷ Isso sem falar, é claro, do fato de que, até pouco tempo na história do direito, o casamento era assunto da religião, razão pela qual seria até mesmo uma *heresia* afirmar que a constituição de família poderia ser a *finalidade* de um negócio jurídico, e que poderia ser constituída sem qualquer solenidade – caso do que hoje se entende por união estável.

Por oportuno, registre-se que, nos últimos dois séculos de história do direito civil, outros posicionamentos sobre a natureza jurídica do casamento disputaram espaço com o aqui adotado.

Contrapondo-se à natureza de negócio jurídico e sustentada pelos compiladores do Código Civil italiano de 1865, destacou-se a doutrina *institucional*, ratificada por Cicu, Hauriou, Boncase e Henri de Page, entre outros, a qual contradiz a visão contratualista e defende ser o casamento uma instituição, à qual as partes têm apenas a faculdade de aderir, sem liberdade para modificar a maioria das suas normas reguladoras, abundantes de interesse público e inderrogáveis pela vontade das partes.⁸ No Brasil, adotaram explicitamente a corrente

⁷ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] §3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

⁸ JEMOLO, Arturo Carlo. *El matrimonio*. Tradução de Santiago Santis Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954. p. 39-50.

institucionalista, por exemplo, Lafayette Rodrigues Pereira, Washington de Barros Monteiro, Arnold Wald e Maria Helena Diniz.⁹

Sobre tal negação da natureza contratual do casamento pela doutrina mais antiga, Arturo Jemolo explica que os textos respectivos devem ser interpretados tendo em vista o pensamento de seus autores e a terminologia da época. Em conclusão, Jemolo acolhe a teoria de Emilio Betti, que indica o casamento como espécie de acordo, explicando que contrato e acordo não se contrapõem, mas refletem duas concepções diversas do negócio bilateral ou plurilateral.¹⁰

Devido à polarização entre as correntes contratualista e institucionalista surgiram outras correntes, algumas tentando conciliar aspectos das duas primeiras, outras buscando inovar, a partir de elementos de uma ou outra doutrina.

Francesco Degni, por exemplo, atribui ao casamento o caráter de *contrato especial* subordinado nos requisitos de constituição e no conteúdo a um conjunto de disposições referentes aos interesses público e social, demarcadoras da vontade dos contraentes. Ou seja, em razão de sua natureza *sui generis*, pode ser denominado *contrato de direito de família*.¹¹ No mesmo sentido, no Brasil, Eduardo Espínola afirma que o casamento, para constituir-se, exige, impreterivelmente, o consentimento, não podendo ter existência ou valor, de modo nenhum, quando falte a livre vontade dos nubentes: nesse ponto é um contrato igual aos outros, mas “resulta ser um contrato *sui generis*, tendo a natureza genérica do contrato e a índole específica de contrato social ou familiar”.¹²

Ocorre que as mudanças ocorridas ao longo do século XX alteraram não apenas a feição da família, mas também o entendimento acerca do contrato.

No Brasil, o principal marco jurídico de tais transformações foi a Constituição da República de 1988, cujo grande impacto nas relações privadas, entre outros aspectos, faz com que as leis devam estar em conformidade com os direitos fundamentais. Nesse sentido, o direito de família continua marcado pela preponderância de normas cogentes, imperativas, inderrogáveis pelas vontades das partes, mas o conteúdo das normas cogentes se transformou. A ordem pública conjugal, antes patriarcal e hierarquizada, atualmente se funda na *igualdade conjugal*. Operou-se uma mudança no conteúdo das normas imperativas do casamento. As

⁹ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. 2. tir. Rio de Janeiro: Tipografia da Tribuna Liberal, 1889. p. 12; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. p. 13; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, [s.d.]. v. 5. p. 44; WALD, Arnold. *O novo direito de família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 54.

¹⁰ JEMOLO, Arturo Carlo. *El matrimonio*. Tradução de Santiago Santis Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954. p. 45-50.

¹¹ DEGNI, Francesco. *Il diritto di famiglia nel nuovo codice civile italiano*. Padova: Cedam, 1943. p. 5.

¹² ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Atualização de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2001. p. 50.

vontades individuais são impotentes para modificar a estrutura conjugal, porém, hoje, ao invés de se curvar diante da qualidade de chefe de família, é o princípio da igualdade entre os cônjuges que é intangível.¹³

Paralelamente à evolução de uma ordem pública matrimonial e hierarquizada para uma ordem pública igualitária e centralizada nos direitos da pessoa, muito se tem falado em *contratualização* do casamento. Termo frequentemente invocado no âmbito das ciências sociais nas últimas décadas, é geralmente ligado ao reexame de modelos contemporâneos, como manifestação, especialmente jurídica, das transformações nas relações sociais: a negociação e o contrato substituem a autoridade estatal, as relações horizontais substituem as organizações verticais.¹⁴

A família contemporânea horizontal, igualitária e norteadada para o livre desenvolvimento da personalidade de seus membros é muito diferente da família regulada pelo Código de 1916. Na sequência das mudanças legislativas, pondo ainda mais em relevo a autodeterminação dos cônjuges e demonstrando a progressiva queda da interferência estatal, a Lei nº 11.441, de 2007, introduziu no ordenamento jurídico pátrio a possibilidade de a separação e o divórcio serem instrumentalizados por escritura pública, dispensado qualquer pronunciamento judicial nos casos em que haja acordo e inexistindo interesses de incapazes envolvidos.

Outro ponto que denota um abrandamento das características institucionais do casamento advém da Emenda Constitucional nº 66, de 2010, a qual modificou o art. 226, §6º da Constituição,¹⁵ suprimindo-lhe a parte final e facilitando o acesso ao divórcio. Apesar das variadas interpretações no novo texto constitucional e seus efeitos, há um ponto básico de convergência: foram abolidas as exigências relativas a prazo e separação prévia (de fato ou judicial) para a concessão do divórcio.¹⁶

Sendo assim, à luz do marco teórico aqui adotado, conclui-se, como fez Xavier Labbé no direito francês, diante do fenômeno de *desjudicialização* e *desdramatização* do divórcio, pelo caráter negocial do casamento.¹⁷

¹³ NIBOYET, Frédérique. *L'ordre publique matrimonial*. Paris: LGDJ, 2008. p. 21-23.

¹⁴ CHASSAGNARD-PINET, Sandrine ; HIEZ, David. *Approche critique de la contractualisation*. Paris: LGDJ, 2007. p. 9-17.

¹⁵ “Art. 1º O §6º do art. 226 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: ‘Art. 226. §6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.’ (NR)”. Texto anterior do dispositivo: “Art. 226. [...] O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”.

¹⁶ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES, Walsir Edson. *Direito civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012; CAHALI, Yussef Said. *Separações conjugais e divórcio*. 12. ed. São Paulo: RT, 2011; DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já!* São Paulo: RT, 2010; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012; MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. Rio de Janeiro: GZ, 2010; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *A emenda constitucional do divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹⁷ LABBÉE, Xavier. *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?* Paris: Presses Universitaires du Septentrion, 1996. p. 12; 66-68; 72-76; 139.

Acerca da união estável, por fim, ao posicionamento aqui adotado se opõe o entendimento de que teria natureza jurídica de *ato-fato jurídico*. É o que defende, por exemplo, Paulo Lôbo.¹⁸ Curiosamente, tal corrente também se constrói sobre a teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda – autor, inclusive, da própria *expressão* “ato-fato jurídico”. Explica Paulo Lôbo que “[p]or ser ato-fato jurídico (ou ato real), a união estável não necessita de qualquer manifestação de vontade para que produza seus jurídicos efeitos”.¹⁹

Não obstante, o art. 1.723 do Código Civil *expressamente* exige, como pressuposto de existência da união estável, o “objetivo de constituição de família”. Ora, tal objetivo de constituição de família consiste, justamente, no *objeto* da manifestação de vontade dos conviventes. Destarte, não há como concordar com o posicionamento que defende a natureza de ato-fato da união estável, vez que, sem a vontade de constituir família – *ainda que tacitamente manifestada*, na maioria das vezes – o Código Civil não a considera configurada. Ou seja, se é exigido o objetivo – o intuito – de constituir família para que se caracterize a união estável, não se pode afirmar que a vontade dos sujeitos seja *irrelevante* para o direito, o que afasta a natureza de ato-fato jurídico. Trata-se, conforme demonstrado, de verdadeiro negócio jurídico.

2 Comunhão plena de vida como pressuposto objetivo de existência da sociedade conjugal e da união estável

O Código Civil de 2002 trata do tema na abertura do *Livro IV – Do Direito de Família*, e dispõe, no art. 1.511, que “[o] casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Ademais, desde o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, abolidos os prazos de separação judicial ou de fato para concessão do divórcio, a comunhão plena de vida ganhou ainda mais destaque.

Desde a entrada em vigor da Lei nº 9.278/1996, a comunhão plena de vida passou a ser tratada, por lei, como elemento essencial da união estável, reconhecida como a “convivência duradoura, pública e contínua” dos companheiros, “estabelecida com o objetivo de constituição de família”. O Código Civil de 2002, no art. 1.723, apenas alterou ligeiramente a redação do art. 1º da Lei nº 9.278/1996, sem, contudo, mudar o sentido.

¹⁸ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 162.

¹⁹ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 163.

Assim, à luz da teoria do fato jurídico, a comunhão plena de vida constitui pressuposto objetivo de existência, sem o qual não se configuram nem a sociedade conjugal, nem a união estável. Ela integra, conforme demonstrado, os suportes fáticos tanto do art. 1.511, quanto do art. 1.723 do Código Civil de 2002.

Concretamente, traduz-se como uma *affectio* quotidianamente renovável, uma representação fática da vontade de manutenção do vínculo conjugal. A vontade, à luz da teoria do fato jurídico, constitui, justamente, o outro elemento essencial, o pressuposto subjetivo de existência da sociedade conjugal e da união estável, conforme também se depreende das normas legais respectivas.

A comunhão plena de vida pode ser considerada, por conseguinte, a *pedra angular* do casamento,²⁰ e, também, da união estável, e se relaciona diretamente com o princípio da liberdade de planejamento familiar (art. 226, §7º da Constituição de República), “o que conduz à constante sistematização e ressystematização do sistema jurídico com base nas transformações por que passa a família”.²¹

Examinando-se a trajetória histórica da temática, e remontando ao século XIX, é interessante encontrar a advertência de Lafayette Rodrigues Pereira, na sua clássica obra *Direitos de família* – a primeira obra de doutrina inteiramente dedicada ao direito de família escrita no Brasil, ainda antes do Decreto nº 181, de 1890, que posteriormente instituiu o casamento civil no Brasil –, no sentido de que a comunhão plena de vida constituía a principal finalidade do casamento:

o fim capital, a razão de ser dessa instituição, está nessa admirável identificação de duas existências, que, confundindo-se uma na outra, correm os mesmos destinos, sofrem das mesmas dores e compartilham, com igualdade, do quinhão de felicidade que a cada um cabe nas vicissitudes da vida.²²

Para o Conselheiro Lafayette, o casamento unia os cônjuges “sob a promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida”.²³

Chegando às últimas décadas, verifica-se que as mudanças recentes ocorridas no direito de família, sob o prisma da simplificação do acesso ao divórcio e da liquidez das relações no século XXI, abalaram a estabilidade das relações conjugais – o casamento perdeu a tendência geral, determinada e mantida por

²⁰ GILLI, Emmanuel. *La communauté de vie et la reconnaissance des couples conjugaux*. Aix-en-Provence: PUAM, 2008. p. 50.

²¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 14.

²² PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. 2. tir. Rio de Janeiro: Tipografia da Tribuna Liberal, 1889. p. 12.

²³ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. 2. tir. Rio de Janeiro: Tipografia da Tribuna Liberal, 1889. p. 12.

forças religiosas e sustentada pelo Estado, da impositiva manutenção do vínculo entre os cônjuges *até que a morte os separasse*.

Por outro lado, ultrapassada a política de alianças patrimoniais para a formação de uma entidade econômica e hierárquica, verifica-se que “o primeiro e mais importante princípio do novo direito de família é o que põe a *ratio*, o fundamento básico, do matrimônio e da vida conjugal na *afeição* entre os cônjuges e a necessidade de que perdure completa comunhão de vida”.²⁴

Essa parece uma tendência internacional, uma vez que, na interpretação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Conv. EDH), na base da célula familiar, a jurisprudência europeia reconhece o casal, unido pelo casamento, ou que mantenha uma relação estável.

Essa definição de casal parece supor uma comunhão de vida, relações sexuais e um compromisso entre os membros do casal. Por isso, com frequência, é substituída a palavra casal (*couple*), por vida doméstica, vida comum do homem e da mulher (*ménage*). A etimologia da palavra francesa *ménage* leva a *manere*, que significa *demeurer* (morar, residir, habitar), e envolve a ideia de estabilidade, de ordem e economia domésticas. Ou seja, a reunião dos atributos de uma vida de casal durável.²⁵

Mas nem todas as uniões livres que tenham aparência de uma vida de casal durável (*ménage*) são reconhecidas como constitutivas de uma célula familiar, no sentido da Conv. EDH.²⁶

Inversamente, pode ocorrer o reconhecimento de um casal, como célula familiar, apesar da ausência de vida em comum, no sentido material do termo (coabitação).²⁷

É o que também ocorre no Brasil, porquanto, na disciplina legal da união estável, a lei exige *convivência*, e não coabitação.

Prosseguindo, convém recuperar a lição de Clóvis do Couto e Silva, para quem “a expressão comunhão de vida constitui-se em ‘cláusula geral’, conceito operativo, e *representa para o direito de família o mesmo que a boa-fé para o direito em geral e, em particular, para o das obrigações*”.²⁸

²⁴ GOMES, Orlando. *Direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 25.

²⁵ VASSEUR-LAMBRY, Fanny. *La famille et la Convention Européenne des Droits de L'Homme*. Paris: L'Harmattan, 2000. p. 250.

²⁶ VASSEUR-LAMBRY, Fanny. *La famille et la Convention Européenne des Droits de L'Homme*. Paris: L'Harmattan, 2000. p. 251.

²⁷ VASSEUR-LAMBRY, Fanny. *La famille et la Convention Européenne des Droits de L'Homme*. Paris: L'Harmattan, 2000. p. 251.

²⁸ COUTO E SILVA, Clóvis do. Princípios para a reforma do direito de família. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Rio de Janeiro, jul./set. 1975. p. 159.

Os princípios daí derivados não são determináveis *a priori*. A comunhão de vida concretiza a intenção conjugal, objeto principal da união, e se exterioriza pela convivência entre os cônjuges e companheiros, que compartilham afetos e interesses comuns, repercutindo, pois, tanto com relação aos direitos pessoais quanto no tocante aos patrimoniais.

Lamartine Oliveira e Francisco Muniz sustentam que “fundamental é notar que o *sentido* da relação matrimonial melhor se expressa pela noção de *comunhão de vida*, do que pela análise de direitos e deveres, de natureza pessoal ou patrimonial, que o casamento cria”.²⁹

À luz do marco teórico aqui adotado, a comunhão plena de vida constitui, pois, elemento essencial, pressuposto objetivo de existência da sociedade conjugal e da união estável.

3 Comunhão plena de vida, coabitação e separação de fato

A tendência de se reconhecer na comunhão plena de vida a finalidade mais importante do casamento e da união estável se apresenta com tal relevância que o seu desaparecimento, por meio da chamada *separação de fato*, desde a época da indissolubilidade do casamento, dava ensejo à produção de efeitos jurídicos, pessoais e patrimoniais.

Cabe esclarecer que, ante a possibilidade de dissolução formal da união estável por ato judicial ou extrajudicial, conforme o art. 733 do Código de Processo Civil de 2015,³⁰ não há problema em se utilizar a expressão separação de fato – que denota, justamente, o afastamento fático – com relação aos companheiros, desde que se considere que, no caso da união estável, a separação de fato basta para pôr fim ao vínculo. A dissolução formal tem a vantagem da prova, mas a mera separação produz o mesmo efeito.

Pois bem. A separação de fato se configura quando, sem intervenção judicial, cessa a convivência entre os cônjuges ou companheiros.

Segundo Leveneur, tratando especificamente das pessoas casadas, a separação de fato corresponde à situação daqueles que, sem intervenção judicial, mediante manifestação de vontade, unilateral ou bilateral, põem fim à vida em comum.³¹

²⁹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de família*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991. p. 29.

³⁰ “Art. 733. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731”.

³¹ LEVENEUR, Laurent. *Situations de fait en droit privé*. Paris: LGDJ, 1990. p. 304.

O que se propõe neste trabalho, justamente, é uma releitura do papel da coabitação, no sentido de *vida sob o mesmo teto*, e não de convivência conjugal, na configuração da comunhão plena de vida, conforme estabelecido na introdução.

Isso porque, como se sabe, há controvérsias antigas acerca da possibilidade de se reconhecer a separação de fato sob o mesmo teto, bem como uma tendência de se verificar a existência da comunhão de vida, para fins de reconhecimento da união estável, levando-se em conta a vida no mesmo lar.

À luz da teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda, adotada como marco teórico deste trabalho, dois elementos são necessários à configuração da separação de fato: um subjetivo e um objetivo.

O subjetivo corresponde à intenção (*animus*), unilateral ou bilateral, de encerrar a comunhão de vida.³² De acordo com Ney de Mello Almada, “a voluntariedade reponta como nota exponencial, [...] consistente no ânimo definitivo alimentado pelos separados, que não mais desejam o casamento em sua constância”.³³ O rompimento involuntário, por necessidade ou conveniência, como quando um dos cônjuges viaja a trabalho ou sofre uma internação hospitalar, não caracteriza separação de fato, por ausência de repúdio à preservação da vida em comum.³⁴

O elemento objetivo, por sua vez, corresponde à ruptura da vida em comum.

Há quem entenda, no entanto, que tal elemento abrange a ausência de coabitação, vez que esta seria o caráter material e visível da convivência conjugal.³⁵

Não obstante, é necessário distinguir *coabitação*, no sentido de *vida sob o mesmo teto*, de convivência. Afinal, conforme demonstrado, o que se exige para a configuração da sociedade conjugal e da união estável, como elemento essencial, é a *convivência*, não a coabitação.

E, na prática, afinal – conforme demonstra, inclusive, a pandemia da Covid-19 –, nada obsta a que os cônjuges vivam em residências separadas – por exemplo, porque foi imposto o isolamento social a quem estava sob suspeita de contaminação, ou porque foi recomendado o distanciamento entre pessoas de grupos de risco –, sem, necessariamente, que haja ruptura da convivência conjugal, que também pode ocorrer – o que a pandemia também demonstrou com clareza – *remotamente*.

³² CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil: direito de família*. 2. ed. São Paulo: RT, 1993. v. 5. t. 2. p. 131-132.

³³ ALMADA, Ney de Mello. Separação de fato. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: RT, 1995. v. 2. p. 208-209.

³⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Dever de coabitação: inadimplemento*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 117.

³⁵ CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil: direito de família*. 2. ed. São Paulo: RT, 1993. v. 5. t. 2. p. 131-132.

Embora seja usual a “comunhão de mesa, leito e habitação” (*quoad mensam, thorum et habitationem*), não é a sociedade conjugal descaracterizada se mantida somente *quoad thorum*.³⁶

A palavra *coabitação*, empregada pelo Código Civil, não pode ser interpretada no sentido literal, de *vida sob o mesmo teto*, assim como não pode ser interpretada no sentido histórico, de *débito conjugal*. No contexto contemporâneo do direito de família, a interpretação adequada é a teleológica, no sentido de *convivência conjugal*.

Nesse sentido, Álvaro Villaça Azevedo explica que “o dever de coabitação é a própria necessidade de convivência recíproca dos cônjuges, tomada essa palavra no sentido maior de âmbito familiar seja no domicílio conjugal, por mais breve que seja a permanência”, do qual “surge, em primeira, única e inarredável posição, seu elemento principal, a relação dos sexos”.³⁷

Quanto à separação de fato, a doutrina, embora aponte a dificuldade de provar a ruptura da vida conjugal sob o mesmo teto, admite tal possibilidade, diante da ausência do câmbio afetivo e do desaparecimento da convivência conjugal.³⁸

Assim é que, para José Saulo Ramos, por exemplo,

a expressão *ruptura da vida em comum* não significa sair de casa, mas sair da vida, do casamento, sem ter abandonado ou deixado o lar nupcial, mas simplesmente deixando de viverem como marido e mulher, como se fossem meros inquilinos da mesma habitação.³⁹

Maria Berenice Dias, a seu turno, afirma que “a separação de fato não exige que o casal esteja vivendo em residências distintas”,⁴⁰ e que é “[p]ossível reconhecer a separação ainda que habitem sob o mesmo teto”.⁴¹

Na jurisprudência, por sua vez, o assunto é mais controvertido.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a título de ilustração, ora acolhe, ora rejeita a existência da separação de fato, quando persiste a coabitação entre os cônjuges. No julgamento da Apelação Cível nº 1.0515.05.012178-6/001, por exemplo, decidiu-se que “[s]e o casal está separado de fato por mais de dois

³⁶ CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil: direito de família*. 2. ed. São Paulo: RT, 1993. v. 5 t. 2. p. 131-132.

³⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Dever de coabitação: inadimplemento*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 117.

³⁸ ALMADA, Ney de Mello. Separação de fato. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: RT, 1995. v. 2. p. 209; AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Dever de coabitação: inadimplemento*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 118.

³⁹ RAMOS, José Saulo. *Divórcio à brasileira*. Rio de Janeiro: Brasília, 1978. p. 41.

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 231.

⁴¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 231.

anos, ainda que residindo sob o mesmo teto, a decretação do divórcio se compraz, posto preencher os requisitos contidos no art. 226, §6º da CR/88 e art. 40 da Lei nº 6.515/77”.⁴² Já no julgamento da Apelação Cível nº 1.0024.05.777339-2/001, a seu turno, o Tribunal decidiu que “[a] coabitação inviabiliza a pretensão divorcista pelo flagrante desrespeito ao requisito legal, qual seja, a separação de fato”.⁴³

Por esse motivo, a seção a seguir será inteiramente dedicada à pesquisa jurisprudencial.

Outro ponto que pesa sobre a dificuldade de se comprovar a separação de fato sob o mesmo teto consiste na tendência de não se admitir investigação sobre a vida íntima dos cônjuges, especialmente após a Emenda Constitucional nº 66/2010, que aboliu os requisitos para a concessão do divórcio, restando, apenas, como pressuposto, a prova do estado de casado. Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que:

[a]ssim, não se mostra conveniente, sob o ponto de vista da segurança jurídica, inviolabilidade da intimidade, vida privada e dignidade da pessoa humana, discussão acerca da quebra da *affectio familiae*, com vistas ao reconhecimento de uniões estáveis paralelas a casamento válido, sob pena de se cometer grave injustiça, colocando em risco o direito sucessório do cônjuge sobrevivente.⁴⁴

Quanto à união estável, a doutrina, a exemplo de Rolf Madaleno, costuma incluir a coabitação entre os pressupostos de existência da união estável.⁴⁵ O autor mencionado, no entanto, admite, excepcionalmente, a possibilidade de configuração da união estável sem moradia conjunta.⁴⁶ Rodrigo da Cunha Pereira, por sua vez, elenca, expressamente, como elemento, não a coabitação, mas a “convivência sob o mesmo teto”.⁴⁷

A despeito dos debates doutrinários e dos posicionamentos jurisprudenciais já estabelecidos, a pandemia da Covid-19, em 2020, colocou em xeque todos esses entendimentos, ao tornar necessário, em caráter urgente e emergencial, o *distanciamento social*.

⁴² TJMG, 7ª Câmara Cível. Ap. Cív. nº 1.0515.05.012178-6/001. Rel. Des. Belizário Lacerda, j. 29.5.2007.

⁴³ TJMG, 6ª Câmara Cível. Ap. Cív. nº 1.0024.05.777339-2/001. Rel. Des. Antônio Sérvulo, j. 17.4.2007.

⁴⁴ STJ, 4ª T. REsp nº 1.096.539/RS. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27.3.2012.

⁴⁵ MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1128.

⁴⁶ MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1129.

⁴⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. In: DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey – IBDFAM, 2002. p. 209.

Em virtude da imposição do distanciamento social, ocorreu de casais que já estavam separados de fato, e em que um dos cônjuges já estava em vias de providenciar sua mudança, terem que continuar vivendo sob o mesmo teto.

Igualmente, namorados, que não tinham o intuito de constituir família, viram-se, de repente, morando juntos, muitas vezes para que pudessem se distanciar dos pais, membros de grupos de risco. E, isso, sem que houvesse alteração no modo como se relacionavam.

Nesse contexto, torna-se imprescindível uma nova leitura sobre a relação entre comunhão plena de vida e coabitação, sob pena de, no futuro pós-pandemia, não se reconhecer a separação de fato de casais que já não mais mantinham a comunhão, e de se reconhecer a união estável de casais que não a haviam estabelecido.

Não se pode perder de vista que a omissão do legislador em definir a separação de fato e em estipular o *lapsus de tempo* transcorrido para a produção de efeitos jurídicos dá margem a toda sorte de interpretações, especialmente quando se verifica a expressa autorização para que pessoa casada tenha configurada uma união estável, desde que separada de fato ou judicialmente (art. 1.723, §1º, do Código Civil).

Ainda que não haja prazo expressamente estabelecido em lei no Brasil, em outros ordenamentos jurídicos constata-se uma previsão, ainda que genérica.

No direito português, o art. 1.782º do Código Civil considera caracterizada a separação de fato “quando não existe comunhão de vida entre os cônjuges e há da parte de ambos, ou de um deles, o propósito de não a restabelecer”.

Na França, o Código Civil, no art. 1.442, identifica a separação de fato quando, cumulativamente, deixarem de existir a coabitação e a colaboração entre os cônjuges.

Como se vê, até mesmo o recurso à legislação comparada não traz segurança a quem procura ideias sobre o tema. Afinal, o Código Civil português não relaciona a separação de fato à vida sob o mesmo teto ou não, mas à existência ou não de comunhão de vida, enquanto, por outro lado, o Código Napoleão determina que a ausência de coabitação é um dos elementos que configuram, cumulativamente, a separação de fato.

4 Coabitação na jurisprudência dos tribunais

Para demonstrar a importância de se repensar o papel da coabitação na sociedade conjugal e na união estável, o que se considera imprescindível, conforme expendido, em virtude da pandemia da Covid-19 e do significativo número de

casos que dela decorrerão, realizou-se pesquisa jurisprudencial nos vinte e sete tribunais de justiça brasileiros, bem como no Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Foram utilizadas nas buscas sempre as mesmas palavras-chave: “separação de fato” e “mesmo teto”, em conjunto.

Não se estabeleceu recorte temporal, salvo no caso do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP): em razão do elevado número de resultados encontrados com as palavras-chave determinadas, foram examinados os acórdãos referentes a julgamentos ocorridos entre 2015 e 2020.

No STJ, nenhum acórdão foi encontrado com as palavras-chave determinadas.

Nos tribunais da região sudeste, a pesquisa gerou os seguintes resultados: no TJSP, cento e sessenta e três acórdãos foram encontrados – considerando-se apenas os julgados entre 2015 e 2020, seis trataram de separação de fato sob o mesmo teto; no TJMG, doze acórdãos foram encontrados, quatro dos quais trataram de separação de fato sob o mesmo teto; no TJRJ, nenhum acórdão foi encontrado com as palavras-chave determinadas; no TJES, nenhum acórdão foi encontrado com as palavras-chave determinadas.

Nos tribunais da região sul, a pesquisa gerou os seguintes resultados: no TJRS, vinte acórdãos foram encontrados, cinco dos quais trataram de separação de fato sob o mesmo teto; no TJSC, sete acórdãos foram encontrados, porém nenhum faz alusão à hipótese de separação de fato sob o mesmo teto; no TJPR, cinco acórdãos foram encontrados, dos quais três não têm liberação para consulta pública, porque tramitaram em segredo de justiça; nenhum dos outros dois faz alusão à hipótese de separação de fato sob o mesmo teto.

Nos tribunais da região nordeste, a pesquisa gerou os seguintes resultados: no TJMA, dois acórdãos foram encontrados, mas nenhum faz alusão à hipótese de separação de fato sob o mesmo teto; no TJPI, nenhum acórdão foi encontrado com as palavras-chave determinadas; no TJCE, dezoito acórdãos foram encontrados, porém nenhum faz alusão à hipótese de separação de fato sob o mesmo teto; no TJRN, nenhum acórdão foi encontrado com as palavras-chave determinadas; no TJPB, quarenta e oito acórdãos foram encontrados, porém nenhum faz alusão à hipótese de separação de fato sob o mesmo teto; no TJPE, vinte e seis acórdãos foram encontrados, porém nenhum faz alusão à hipótese de separação de fato sob o mesmo teto; no TJAL, vinte e um acórdãos foram encontrados, mas nenhum faz alusão à hipótese de separação de fato sob o mesmo teto; no TJSE, um acórdão foi encontrado, mas não faz alusão à hipótese de separação de fato sob o mesmo teto; no TJBA, por fim, trinta acórdãos foram encontrados, porém nenhum faz alusão à hipótese de separação de fato sob o mesmo teto.

Nos tribunais da região centro-oeste, a pesquisa gerou os seguintes resultados: no TJGO, seis acórdãos foram encontrados, porém nenhum faz alusão à

hipótese de separação de fato sob o mesmo teto; no TJMT, nenhum acórdão foi encontrado com as palavras-chave determinadas; no TJMS, três acórdãos foram encontrados, porém nenhum faz alusão à hipótese de separação de fato sob o mesmo teto; no TJDFT, nenhum acórdão foi encontrado com as palavras-chave determinadas.

Nos tribunais da região norte, por fim, a pesquisa gerou os seguintes resultados: no TJRO, nenhum acórdão foi encontrado com as palavras-chave determinadas; no TJAC, nove acórdãos foram encontrados, porém nenhum faz alusão à hipótese de separação de fato sob o mesmo teto; no TJAM, doze acórdãos foram encontrados, porém nenhum faz alusão à hipótese de separação de fato sob o mesmo teto; no TJRR, dois acórdãos foram encontrados, porém nenhum faz alusão à hipótese de separação de fato sob o mesmo teto; no TJPA, trinta e sete acórdãos foram encontrados, porém nenhum faz alusão à hipótese de separação de fato sob o mesmo teto; no TJAP, nenhum acórdão foi encontrado com as palavras-chave determinadas; no TJTO, oito acórdãos foram encontrados, porém nenhum faz alusão à hipótese de separação de fato sob o mesmo teto.

A figura a seguir organiza os resultados da pesquisa jurisprudencial:



Figura 1 – Resultados da pesquisa jurisprudencial

Como se vê, para os casos que serão julgados de agora em diante, decorrentes da pandemia da Covid-19, não se encontrará critério jurisprudencial seguro, seja pelo fato de não haver, ainda, julgados do STJ que tratem de separação de fato sob o mesmo teto; seja porque a maior parte dos tribunais de justiça estaduais também não tem; seja, ainda, pelo fato de que os pouquíssimos resultados encontrados sobre o assunto são bastante divergentes.

No total, apenas dezesseis acórdãos cuidaram do problema da separação de fato sob o mesmo teto, evidenciando, pois, qual seria, na visão dos tribunais, a relação entre coabitação e comunhão plena de vida. Mais uma vez, deve-se destacar que, quanto ao TJSP, em virtude do elevado número de resultados, estabeleceu-se um recorte temporal, e examinaram-se os julgados de 2015 em diante.

Em doze dos julgados – ou seja, em 75% dos casos que fizeram alusão ao problema – os tribunais trataram da coabitação como *elemento acidental* da comunhão de vida – utilizando-se as expressões empregadas neste trabalho. Desses doze, cinco são de São Paulo, quatro são de Minas Gerais e três são do Rio Grande do Sul.

No julgamento da Apelação Cível nº 1005916-23.2017.8.26.0577, o TJSP entendeu que não estava separado de fato um casal que havia se distanciado fisicamente: o marido permanecera em São Paulo, enquanto a mulher se mudara para o Japão.⁴⁸ No julgamento do Agravo de Instrumento nº 2213265-90.2019.8.26.0000, o Tribunal manteve a decisão agravada, em que se reconheceu que um casal já estava separado de fato, embora ainda morando sob o mesmo teto.⁴⁹ No julgamento da Apelação Cível nº 1040119-31.2017.8.26.0053, o TJSP afirmou que a mudança de residência de um dos cônjuges “se deu exclusivamente por questões de saúde, não se caracterizando como separação de fato do casal”.⁵⁰ No julgamento da Apelação Cível nº 1008270-94.2016.8.26.0564, o Tribunal reconheceu que o casal já estava separado de fato, apesar de viver sob o mesmo teto, e que este fato “se dava apenas por conveniência econômica”.⁵¹ No julgamento do Agravo de Instrumento nº 2050150-92.2016.8.26.0000, o TJSP reconheceu que

⁴⁸ TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado. Ap. Cív. nº 1005916-23.2017.8.26.0577. Rel. Des. Alcides Leopoldo, j. 21.2.2020.

⁴⁹ TJSP, 1ª Câmara de Direito Privado. Agr. Instr. nº 2213265-90.2019.8.26.0000. Rel. Des. José Eduardo Marcondes Machado, j. 20.1.2020.

⁵⁰ TJSP, 5ª Câmara de Direito Privado. Ap. Cív. nº 1040119-31.2017.8.26.0053. Rel. Des. Heloísa Martins Mimesi, j. 25.2.2019.

⁵¹ TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado. Ap. Cív. nº 1008270-94.2016.8.26.0564. Rel. Des. Silvério da Silva, j. 31.3.2017.

“[e]lementos dos autos que revelam apenas divergências do casal, que, apesar de viver sob o mesmo teto, encontra-se separado de fato desde 2005”.⁵²

No julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.0114.13.007428-8/001, o TJMG admitiu que pode haver separação de fato sob o mesmo teto, ao considerar que “[o] simples convívio na mesma residência não exclui a possibilidade de se pleitear o pagamento de alimentos, mas é indispensável a prova de que, apesar de viverem juntos, um dos cônjuges não auxilie o sustento do outro”.⁵³ No julgamento da Apelação Cível nº 1.0515.05.012178-6/001, o Tribunal posicionou-se no sentido de que “[s]e o casal está separado de fato por mais de dois anos, ainda que residindo sob o mesmo teto, a decretação do divórcio se compraz, posto preencher os requisitos contidos no art. 226, §6º da CR/88 e art. 40 da Lei nº 6.515/77”.⁵⁴ No julgamento da Apelação Cível nº 1.0000.00.263863-3/000, o TJMG admitiu a separação de fato sob o mesmo teto, ao afastar a possibilidade de discussão de culpa: “[s]e configurada a separação por rompimento de convivência, ainda que os cônjuges continuem sob o mesmo teto, mas separados de fato, sem qualquer tipo de relacionamento, não se deve cogitar de prova de culpa”.⁵⁵ No julgamento da Apelação Cível nº 1.0000.00.277155-8/000, o Tribunal decretou a separação judicial do casal afirmando:

[r]estando comprovadas nos autos as agressões físicas e verbais entre os cônjuges, assim como a separação de fato do casal, que, embora ainda residam sob o mesmo teto, estão dormindo em quartos separados, outra solução não há senão a decretação da separação judicial.⁵⁶

No julgamento da Apelação Cível nº 70078243672, o TJRS afirmou que “[s]abe-se que a coabitação sob o mesmo teto não é requisito para manutenção da sociedade conjugal”.⁵⁷ No julgamento da Apelação Cível nº 70081989428, o Tribunal considerou que o casal já estava separado de fato antes de a mulher deixar

⁵² TJSP, 10ª Câmara de Direito Privado. Agr. Instr. nº 2050150-92.2016.8.26.0000. Rel. Des. Araldo Telles, j. 9.5.2016.

⁵³ TJMG, 4ª Câmara Cível. Agr. Instr. nº 1.0114.13.007428-8/001. Rel. Des. Ana Paula Caixeta, j. 12.9.2013.

⁵⁴ TJMG, 7ª Câmara Cível. Ap. Cív. nº 1.0515.05.012178-6/001. Rel. Des. Belizário Lacerda, j. 29.5.2007.

⁵⁵ TJMG, 4ª Câmara Cível. Ap. Cív. nº 1.0000.00.263863-3/000. Rel. Des. Hyarco Immesi, j. 13.3.2003.

⁵⁶ TJMG, 1ª Câmara Cível. Ap. Cív. nº 1.0000.00.277155-8/000. Rel. Des. Eduardo Andrade, j. 15.10.2002.

⁵⁷ TJRS, 8ª Câmara Cível. Ap. Cív. nº 70078243672. Rel. Des. Rui Portanova, j. 26.9.2019.

a casa em que vivia com o marido.⁵⁸ No julgamento do Agravo de Instrumento nº 70031564842, o TJRS reconheceu, nas palavras da própria ementa, “SEPARAÇÃO DE FATO DE LONGA DATA COM RESIDÊNCIA SOB O MESMO TETO”.⁵⁹

Em quatro dos julgados – ou seja, em 25% dos casos que fizeram alusão ao problema – os tribunais se posicionaram no sentido de ser a coabitação *elemento essencial* da comunhão de vida. Desses quatro, um é de São Paulo, um é de Minas Gerais e dois são do Rio Grande do Sul.

No julgamento da Apelação Cível nº 1016963-89.2016.8.26.0007, o TJSP entendeu que não estava provada a separação de fato, para fins de reconhecimento de união estável com uma mulher com quem teve um filho, de um homem que não deixara o lar conjugal.⁶⁰

No julgamento da Apelação Cível nº 1.0024.05.777339-2/001, o TJMG afirmou que “[a] coabitação inviabiliza a pretensão divorcista pelo flagrante desrespeito ao requisito legal, qual seja, a separação de fato”.⁶¹ Consta, ainda, no julgado, que “[p]ara os fins legais, ocorrerá separação de fato quando o casal rompe com o dever de coabitação no domicílio conjugal. Assim, se os cônjuges permanecem residindo sob o mesmo teto existe domicílio em comum, o que não existe é a separação de fato”.⁶²

No julgamento da Apelação Cível nº 70071523518, o TJRS afirmou que “[a] alegação de que não havia mais vida marital não é suficiente para se reconhecer a separação de fato, quando o casal coabitava, morando sob o mesmo teto e mantendo hígido o vínculo matrimonial”.⁶³ Tal julgado, curiosamente, é da mesma 8ª Câmara Cível que, em 2019, entendeu que a coabitação não era essencial à manutenção da sociedade conjugal; ambos os casos, inclusive, foram relatados pelo mesmo desembargador. No julgamento da Apelação Cível nº 70028840890, o Tribunal afirmou que “[a] intimidade do casal apenas aos cônjuges interessa, ficando clara a convivência familiar quando moram sob o mesmo teto, pois esse é o fato que se projeta no contexto social”.⁶⁴ Tal julgado, também curiosamente, é da mesma 7ª Câmara Cível que, *um mês antes*, aceitara como separado de fato um casal antes da mudança de um dos cônjuges... Os casos, no entanto, foram relatados por desembargadores diversos.

⁵⁸ TJRS, 7ª Câmara Cível. Ap. Cív. nº 70081989428. Rel. Des. Sandra Brisolará Medeiros, j. 28.8.2019.

⁵⁹ TJRS, 8ª Câmara Cível. Agr. Instr. nº 70031564842. Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, j. 15.10.2009.

⁶⁰ TJSP, 1ª Câmara de Direito Privado. Ap. Cív. nº 1016963-89.2016.8.26.0007. Rel. Des. Enéas Costa Garcia, j. 4.2.2020.

⁶¹ TJMG, 6ª Câmara Cível. Ap. Cív. nº 1.0024.05.777339-2/001. Rel. Des. Antônio Sérvulo, j. 14.4.2007.

⁶² TJMG, 6ª Câmara Cível. Ap. Cív. nº 1.0024.05.777339-2/001. Rel. Des. Antônio Sérvulo, j. 14.4.2007.

⁶³ TJRS, 8ª Câmara Cível. Ap. Cív. nº 70071523518. Rel. Des. Rui Portanova, j. 15.2.2016.

⁶⁴ TJRS, 7ª Câmara Cível. Ap. Cív. nº 70028840890. Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 30.9.2019.

Considerações finais

A construção feita neste trabalho, à luz do marco teórico da teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda, leva à conclusão de que a *coabitação*, no sentido de *vida sob o mesmo teto*, deve ser considerada elemento *acidental*, e não *essencial*, da comunhão plena de vida e, conseqüentemente, da sociedade conjugal e da união estável.

Tal ilação é enfatizada pelo fato de que a pandemia da Covid-19 claramente demonstrou, na prática, que há situações em que as pessoas são levadas a coabitar, mesmo que não mantenham comunhão de vida – são como que hóspedes da mesma pensão –, assim como, por outro lado, há situações em que pessoas são obrigadas a manter a comunhão de vida *remotamente*. É o que ocorreu com diversas pessoas em virtude da necessidade de distanciamento social e, até mesmo, em alguns casos, de isolamento – como se deu nas hipóteses de suspeita de contaminação.

Trazendo a lição da pandemia para o plano da construção teórica, verifica-se que é temerário relacionar a comunhão plena de vida com a coabitação – tomada como vida sob o mesmo teto –, como demonstram os julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em que as mesmas câmaras julgadoras ora se posicionaram em um sentido, ora em outro.

Não há dúvida de que crescerão, no futuro próximo, as demandas relacionadas ao problema objeto deste trabalho. Muitos casos haverá em que será necessário verificar a configuração da separação de fato de pessoas que moraram sob o mesmo teto durante a pandemia; muitos casos haverá em que será necessário verificar a configuração da união estável entre pessoas que viveram sob o mesmo teto durante a pandemia. Assim como haverá outros casos, também, em que se discutirá a separação de fato, ou a configuração de união estável, de pessoas que *não moraram juntas* durante a pandemia; algumas que tiveram, e outras que não tiveram, *convivência remota* durante a pandemia.

Ao examinar, à luz do marco teórico adotado, o papel da coabitação na configuração da comunhão plena de vida e, via de consequência, da sociedade conjugal e da união estável, este trabalho espera ter fornecido subsídios para as decisões que terão que ser tomadas, bem como para os estudos futuros do assunto.

O problema, sem dúvida, é controvertido, quando analisado sem cuidado metodológico. Por isso, este artigo foi construído sobre um marco teórico seguro e técnico, que permite, pois, conclusões metodologicamente adequadas.

Espera-se, assim, contribuir para uma maior segurança jurídica com relação ao tema, tão sensível, e tão importante para que se cumpra a norma constitucional no sentido da proteção especial que deve ser atribuída à família.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CARVALHO, Felipe Quintella Machado de; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. A coabitação como elemento acidental e não essencial da sociedade conjugal e da união estável: a lição da pandemia da Covid-19. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 26, p. 107-129, out./dez. 2020.

Recebido em: 30.06.2020
1º parecer em: 12.09.2020
2º parecer em: 13.09.2020