

# ASPECTOS DAS TUTELAS DE URGÊNCIA NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA (SEPARAÇÃO DE CORPOS E AFASTAMENTO TEMPORÁRIO DE UM DOS CÔNJUGES OU ACOMPANHAMENTO DA MORADA DO CASAL)

*Ivan Aparecido Ruiz\**

**SUMÁRIO:** 1. introdução. 2. Tutela de Urgência: Tutela Cautelar e Tutela Antecipada. 3. Breve Histórico Legal da Separação de Corpos e Afastamento Temporário de um dos Cônjuges ou Companheiro da Morada do Casal. 4. Existe Distinção entre Separação de Corpos e Afastamento Temporário de um dos Cônjuges ou Companheiro da Morada do Casal? 5. Requisitos para Concessão da Separação de Corpos. 6. Requisitos para Concessão do Afastamento Temporário de um dos Cônjuges ou Companheiro da Morada do Casal. 7. União Estável e as Tutelas de Urgência (Separação de Corpos e Afastamento Temporário de um dos Cônjuges ou Companheiro da Morada do Casal). 8. Concubinato e as Tutelas de Urgência (Separação de Corpos e Afastamento Temporário de um dos Cônjuges ou Companheiro da Morada do Casal). 9. Conclusões. 10. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente ensaio tem por objetivo analisar as *tutelas de urgência*, em especial as *tutelas cautelar e antecipada*, e sua aplicabilidade no âmbito do direito de família. A análise enfocará a distinção entre a separação de corpos e o afastamento temporário de um dos cônjuges ou dos companheiros da morada, bem como sua aplicabilidade na união estável.

---

\* Professor adjunto na Universidade Estadual de Maringá - UEM. Professor dos cursos de Mestrado da UEM e do CESUMAR, Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina - UEL-PR e doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP.

## 2. TUTELA DE URGÊNCIA: TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA

A Constituição Federal de 1988, quando tratou do *princípio da inafastabilidade da jurisdição*<sup>1</sup>, contemplou de forma explícita a *tutela de urgência preventiva*, quando se referiu a "ameaça". Assim, hoje não mais remanesce qualquer dúvida ou questionamento acerca da possibilidade de utilização desse tipo de tutela.

Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira<sup>2</sup>, "Por tutela de urgência compreende-se, aqui, a preordenada à prevenção de algum dano ao provável direito da parte, de natureza específica ou geral. Enquadram-se nesse conceito, portanto, tanto a tutela cautelar em sentido estrito, regulada nos arts. 798 a 887, quanto a tutela antecipada, objeto de consideração no art. 273 e respectivos parágrafos, assim como as tutelas ditas provisionais estabelecidas nos arts. 888 e 889 do Código de Processo Civil".

Poderia, no entanto, indagar se a tutela de urgência só seria possível em referência aos *direitos patrimoniais*, ou se também os *direitos não patrimoniais*, dentre eles o de *direito de família*, circunscrever-se-iam no âmbito daquela tutela? A resposta, entende, só pode ser positiva, já que os conflitos de interesses envolvendo direito de família também merecem proteção por parte do Estado-legislador-juiz, de forma preventiva e no caso de urgência. Isto é assim, porque o *fator tempo* é indissociável do estudo do instrumento da jurisdição - *processo*.

*Processo é vida, pois nasce, desenvolve e termina*. Nesse desenrolar de atos processuais, como é óbvio, está presente o *fator tempo*. Não existe, hoje, um processo que se desenvolva do seu início ao fim, de pronto. Não é possível falar-se em conclusão do processo em *tempo real*<sup>3-4</sup>. Isso não pode

<sup>1</sup> "Art. 5. (...) xxxv - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;"

<sup>2</sup> OLIVEIRA, CAA. de. *A tutela de urgência e o direito de família*. São Paulo: Saraiva, 1998, p.1

<sup>3</sup> "Tempo real. Inform. 1. Designação de certa modalidade de processamento cujo resultado é obtido em um curto espaço de tempo após a entrada dos dados, e que, portanto, é suficientemente rápido para poder acompanhar o curso de certos eventos variantes no tempo". (HOLANDA, A.S. de. *Novo Aurélio*:- o dicionário da língua portuguesa, século XXI, versão 3.0, Editora Nova Fronteira).

<sup>4</sup> "É evidente que a preocupação com a velocidade na solução dos conflitos nem sempre pode ou deve ser imediata; eis que ao lado da tão decantada rapidez judicial, existe fato relevantíssimo a se considerar: o período de tempo necessário que alguns casos necessitam de maturação para chegar a termo; além dos princípios consagrados pela própria Constituição Federal que legitimam o processo como meio democrático de solução de lides. "Tome-se o exemplo da geração dos seres humanos, dos animais, dos vegetais. Se algumas são mais breves, outras são demoradas. O processo deve respeitar o prazo de evolução", como bem lembrado por Moniz de Aragão". (SILVA, F.E.R. e Leonardo Dias Borges. A informática a serviço do processo. *in Cadernos Adenaur IV (2003)*, n. 6, *Mundo virtual*, Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenaur, abril 2004, 2004, p. 83).

ser diferente até mesmo em razão da dialética existente no processo, bem como das garantias inerentes a esse instrumento, como ocorre, p. ex., com o *princípio do devido processo legal* (Art. 5º, inc. LIV, da CF/88) e do *contraditório e ampla defesa* (Art. 5º, inc. LV, da CF/88), dentre outros. Muitas vezes, os operadores do Direito, como ensinam Flávio Ernesto Rodrigues Silva e Leonardo Dias Borges<sup>5</sup>, "(...) no afã de imprimir rápida solução aos litígios, não raro subvertem-se os mais comezinhos princípios constitucionais, inclusive o do contraditório e da ampla defesa".

Havendo um espaço de tempo entre a propositura da ação e o pronunciamento final do órgão jurisdicional, muitas vezes, quando esse pronunciamento chegar a Justiça não foi realizada. Assim, pode-se afirmar que *justiça tardia é a denegação da própria justiça*. Ou, no dizer de Alfredo Araújo Lopes da Costa<sup>6</sup> "É de interesse público que os processos não se eternizem. Justiça tardia é justiça desmoralizada."

Nessa circunstância, a fim de se evitar a não realização da Justiça, o sistema jurídico prevê as chamadas *tutelas de urgência* (*Tutela cautelar e tutela antecipada*), como medicamento apto e eficaz à curar o mal de que se queixa o jurisdicionado, desde que atendidos determinados requisitos.

A *tutela cautelar* vem tratada no Livro III do CPC/73. Neste diploma legal vêm previstas várias hipóteses específicas para aplicação no âmbito do Direito de Família. São os casos, p. ex., repita-se, segundo o CPC/73: (a) *seqüestro dos bens do casal, havendo dilapidação* (art. 822, inc. III), (b) *arrolamento cautelar* estatuído no art. 855, (c) *a posse em nome do nascituro* (arts. 877 e 878), (d) *alimentos provisionais* previstos no art. 852, (e) *a busca e apreensão de menores* (arts. 839 a 841), (f) *a entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos* (art. 888, inc. 11), (g) *a posse provisória dos filhos, nos casos de separação judicial ou anulação de casamento* (art. 888, inc. III), (h) *o afastamento temporário de um dos cônjuges ou companheiro da morada do casal* (art. 888, inc. VI), e (i) *a guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visita* (art. 888, inc. VII).

Muitas dessas medidas, embora *não cautelares*, como tal foram tratadas, já que na época da edição do CPC/73, ainda não havia

<sup>5</sup> SILVA, F.E.R. e Leonardo Dias Borges. A informática a serviço do processo. in *Cadernos Adenaur IV* (2003), n. 6, *Mundo virtual*, Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenaur, abril 2004, 2004, p. 83.

<sup>6</sup> LOPES DA COSTA, A. de A. *Manual Elementar de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 53.

disciplinamento legal, de forma generalizada, acerca da *tutela antecipada*<sup>7</sup>. Dentre as medidas acima, apontadas pelo CPC/73 como sendo cautelar, e que, na verdade, muitas delas não são, porquanto são verdadeiros casos de antecipação de tutela, é de se mencionar os casos dos *alimentos provisionais* e a *busca e apreensão de menores*.

Aliás, na *praxis* forense era comum os operadores do Direito utilizar a tutela cautelar em lugar da hoje chamada tutela antecipada, até mesmo pela falta de tratamento, de forma generalizada desta. Falava-se, assim, em *cautelar satisfativa*. A utilização desta tutela se deu de maneira bastante desvirtuada, tanto que a doutrina e, depois, o legislador, atentos a essa situação, acabaram por tratar do assunto. Assim, esse uso indevido da tutela cautelar por parte, principalmente, dos advogados, já que são eles que postulam em juízo, fez com que o legislador viesse inserir no CPC/73 a antecipação da tutela. Anteriormente a Lei n. 8.952, de 13.12.1994, quando ainda não vigia o art. 273 com a presente redação, manejava a ação cautelar, no dizer de José Roberto dos Santos Bedaque, "(...) como técnica de sumarização da tutela jurisdicional definitiva, ou seja, de concessão de tutela final e satisfativa mediante cognição não exauriente. Assim, pela via cautelar acabava-se adotando solução para o litígio, sem as garantias do devido processo legal, especialmente o contraditório e a ampla defesa. (...)”<sup>8</sup>.

Em matéria de família, a Lei do Divórcio<sup>9</sup>, por seu turno, tratou a *separação de corpos* como *medida cautelar*, pois conforme se lê no § 1º do art. 7º, "A separação de corpos poderá ser determinada como medida cautelar (art. 796 do CPC)". Talvez esse tratamento foi dado pelo legislador dessa forma, uma vez que no momento da edição dessa lei, em 1977, não havia a *tutela antecipada*. Mas, hoje, em face do tratamento legal desta, precisamente no art. 273 do CPC/73, a conclusão que se deve chegar é outra.

Entende-se que a *separação de corpos não é medida cautelar*<sup>10</sup>, mas

<sup>7</sup> A tutela antecipada, no Brasil, foi disciplinada em nossa legislação a partir da Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que alterou dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar, dentre eles o art. 273.

<sup>8</sup> BEDAQUE, J.R. dos S. *In Código de processo civil interpretado* / Antonio Carlos Marcato, coordenador. São Paulo: Atlas, 2004, p. 789.

<sup>9</sup> Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977.

<sup>10</sup> A propósito do assunto, assim se manifesta Ovídio Araújo Baptista da Silva: "A provisional de separação de corpos não é cautelar. É simples *medida anticipatória* da provável sentença favorável a ser proferida na ação matrimonial. (00)" (SILVA, OAB. *Comentários ao Código de Processo Civil*; arts. 796 a 889; do Processo cautelar. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1985, p. 682). Também Enrico Tullio Liebman, ao tratar das *ações cautelares*, em especial sobre as *ações cautelares nominadas e inominadas*, manifesta-se a respeito das providências de caráter interinal, ao afirmar que "Una hipótesis diversa de las que hemos considerado hasta aquí es la que se da cuando las cuestiones que constituyen el objeto de un proceso, o alguna de ellas, presentan un carácter de urgencia tal, que no permite esperar a que el proceso se concluya; en alguns casos, taxativamente previstos por la ley, podrán pronunciarse providencias de carácter interino que darán a aquellas cuestiones una solución provisoria, válida hasta que sobrevenga la decisión de la causa; tales son las providencias tempo rales dei presidente en el proceso de

sim, caso típico de *antecipação de tutela*, pois nesta, o que se busca é, exatamente, a antecipação de um dos efeitos da tutela pretendida, realizando o direito desde logo. Aliás, se cotejar o *caput*<sup>11</sup> do art. 80 da Lei do Divórcio com o seu § 1º<sup>12</sup> não se chega a outra conclusão, posto que a *separação de corpos se insere no âmbito da separação judicial*. Tanto a *separação de corpos*, a nosso entender, é caso de *antecipação da tutela*, que antecipa, como já dito um dos efeitos da tutela de fundo pretendida, além de constituir, a data do deferimento da medida e de sua concessão, como marco a ser utilizado na contagem do prazo da conversão da separação judicial em divórcio. Talvez, nesse momento, o mais correto fosse falar em *tutela antecipada interinal* que, no dizer de Luiz Guilherme Marinoni<sup>13</sup>, "(...) antecipa parte dos efeitos da sentença do processo principal, destinando-se a regular provisoriamente uma situação ligada ao mérito deste processo;".

Ademais, a Lei do Divórcio, em seu art. 25, é clara em afirmar que "A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges existentes há mais de 1 (um) ano, *contada da data da decisão ou da que concedeu a medida correspondente (art. 8º)*, será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que determinou". Aliás, seguindo essa linha, o Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, já teve oportunidade de decidir que "a retroação dos efeitos da sentença que extingue a sociedade conjugal alcança a data da decisão concessiva da separação de corpos, desfazendo-se aí, os deveres conjugais, o regime matrimonial e comunicação de bens"<sup>14</sup>.

A *tutela antecipada*, hoje prevista em nosso CPC/73, art. 273, é uma forma de tutela de urgência, de incidência generalizada no círculo do processo de conhecimento, desde que, obviamente, presentes os seus pressupostos.

---

separación personal de los cónyuges (art. 708, tercer apartado), el nombramiento dei tutor y dei curador provisorio en el proceso de interdicción y de inhabilitación (art. 717 dei Cód. Proc. Civ.), la asignación alimentaria provisorio en el proceso de alimentos (art. 446 dei Cód. Civ.) y similares. La función de estas providencias es afín, aun no siendo idéntica, a la cautelar. Pero las mismas son providencias del proceso mismo en que son pronunciadas; y pueden ser pronunciadas, de ordinario, aun de oficio: no se puede hablar, pues, a su respecto, ni de una acción ni de un proceso autónomo". (LIEBMAN, E.T. *Manual de derecho procesal civil*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1980, p. 163164).

<sup>11</sup> "Art. 7º - A separação judicial importará na separação de corpos e na partilha de bens".

<sup>12</sup> "§ 1º - A separação de corpos poderá ser determinada como medida cautelar (art. 796 do CPC)".

<sup>13</sup> *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p.106.

<sup>14</sup> Acórdão RESP 8716/RS; Recurso Especial 1991/0003673-0, Fonte DJ data: 25/10/1993, p. 22485, RDC, v. 75, p. 166, RSTJ, v. 54, p. 88, Relator Min. CLAUDIO SANTOS, Data da Decisão 27/09/1993, Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA.

Estas *tutelas de urgência - tutela cautelar e tutela antecipada* - não se confundem<sup>15-16</sup>, porquanto são tipos de tutelas com *finalidades diversas*, embora do mesmo gênero, *tutela de urgência*. A *tutela cautelar* tem a finalidade de assegurar o resultado útil de um outro processo, presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e o do *periculum in mora*, enquanto que a *tutela antecipada*, como o nome já diz, antecipa os próprios efeitos da tutela pretendida. Na tutela cautelar se deduz pretensão à *segurança*, enquanto que na tutela antecipada a pretensão é dirigida aos próprios efeitos da tutela solicitada. Na antecipação da tutela exige-se como requisitos de concessão por parte do autor, a *prova inequívoca, a verossimilhança da alegação, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação*. Entre essas tutelas presencia características parcialmente idênticas, mas não todas.

### 3. BREVE HISTÓRICO LEGAL DA SEPARAÇÃO DE CORPOS E AFASTAMENTO TEMPORÁRIO DE UM DOS CÔNJUGES OU COMPANHEIRO DA MORADA DO CASAL

A matéria, que ora se analisa, merece um estudo evolutivo da legislação. O Código Civil brasileiro de 1918 (Lei n. 3.071, de 10 de janeiro de 1918), no Capítulo que disciplina *Do casamento nulo e anulável*, especificamente no art. 223 estabelece que "Antes de mover a ação de nulidade do casamento, a de anulação, ou a de desquite, requererá o autor,

<sup>15</sup> Para um estudo mais aprofundado consulte-se: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1998; MESQUITA, Eduardo Meio de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 52); FRIEDE, Reis. *Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar; à luz da denominada reforma do Código de Processo Civil*. 4. ed., Belo Horizonte: Dei Rey, 1997; ASPECTOS POLÊMICOS DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA / COORDENAÇÃO Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997; ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997; FADEL, Sergio Sahione. *Antecipação da tutela no processo civil*. 2. ed., São Paulo: Dialética, 2002; e LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001.

<sup>16</sup> Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, a respeito da *tutela antecipatória* e da *tutela cautelar*, escrevem, com muita propriedade: "A tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito não é tutela cautelar, porque não se limita a assegurar o resultado prático do processo, nem a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor, mas tem por objetivo conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos. Ainda que fundada na urgência (C PC 273 I), não tem natureza cautelar, pois sua finalidade precípua é adiantar os efeitos da tutela de mérito, de sorte a propiciar sua imediata execução, objetivo que não se confunde com o da medida cautelar (assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução ou, ainda, a viabilidade do direito afirmado pelo autor)". (NERY JUNIOR, N. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor: atualizado até 15.03.2002*. Nelson Nery Junior / Rosa Maria de Andrade Nery. 6. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 613).

com documento que a autorize, a separação de corpos, que será concedida pelo juiz com a possível brevidade".

No contorno processual, enquanto vige esse diploma material, ultimamente, teve em vigência o CPC/39 e o CPC/73, este ainda em vigor, muito embora com muitas leis posteriores que o alteraram.

O CPC/39 tratou da matéria no art. 678, afirmando que "Quando a lide deva ser precedida de separação de corpos, o juiz poderá ordenar o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal, a assistência a um ou outro e a guarda e educação dos filhos, durante o processo" .

O CPC/73, ao disciplinar no *Livro II (Processo Cautelar), Outras Medidas Provisionais*, no art. 888, inc. VI, cuidou do *afastamento temporário de um dos cônjuges ou companheiro da morada do casal*. Este preceito estabelece: "Art. 888. O juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura: (...) VI - o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal;". Ainda, cuidou da matéria do art. 889<sup>17</sup> e seu parágrafo único.

Nessa evolução legislativa, em continuidade, adveio a Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências, e ao dispor Dos Casos e Efeitos da Separação Judicial), no § 1º de seu art. 7º, assevera que "A separação de corpos poderá ser determinada como medida cautelar (art. 796 do CPC)". Este artigo tem o seguinte comando: "Art. 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente".

A Constituição Federal de 1988 também cuidou da família no art. 226<sup>18</sup> e seus §§. A Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, regulamentou o § 3º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, disciplinando, dessa forma, a

---

<sup>17</sup> "Art. 889. Na aplicação das medidas enumeradas no artigo antecedente observar-se-á o procedimento estabelecido nos arts. 801 a 803. Parágrafo único. Em caso de urgência, o juiz poderá autorizar ou ordenar as medidas, sem audiência do requerido".

<sup>18</sup> "Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 12. O casamento é civil e gratuita a celebração. § 22. O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 32. 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. § 42. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 52. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 62. 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. § 72. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 82. O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações".

união estável.

Por sua vez, o atual Código Civil brasileiro (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002), no Capítulo que dispõe acerca *Da invalidade do casamento*, no art. 1562, afirma que "Antes de mover a ação de nulidade do casamento, a de anulação, a de separação judicial, a de divórcio direto ou a de dissolução de união estável, poderá requerer a parte, comprovando sua necessidade, a separação de corpos, que será concedida pelo juiz com a possível brevidade".

Esse é o panorâmico histórico da matéria em nossa legislação. Da breve visão histórica percebe-se que o legislador previu a *separação de corpos* e o *afastamento temporário de um dos cônjuges ou companheiro da morada do casal*. Em virtude dessa diversidade de tratamento é possível falar que se tratam de medidas distintas ou as mesmas se equivalem? Essa questão será analisada no tópico seguinte.

#### **4. EXISTE DISTINÇÃO ENTRE SEPARAÇÃO DE CORPOS E AFASTAMENTO TEMPORÁRIO DE UM DOS CÔNJUGES OU COMPANHEIRO DA MORADA DO CASAL?**

Para fazer-se esta distinção, impende antes de mais nada, traçar um paralelo entre a *separação de fato*, a *separação jurídica* e o *afastamento temporário*.

Pelo *casamento* estabelece uma relação jurídica, originando-se a família, que é, segundo a CF/88, a base da sociedade.

O casamento é, pois, um vínculo que une pessoas de sexo diferentes, por força de lei, estabelecendo uma sociedade conjugal com comunhão plena de vida, com a finalidade de se criar uma família, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.<sup>19</sup> A sociedade conjugal, conforme assevera a Lei do Divórcio<sup>20</sup>, A sociedade conjugal, conforme assevera a Lei do Divórcio<sup>20</sup>, termina (a) *pela morte de um dos cônjuges*, (b) *pela nulidade ou anulação do casamento*, (c) *pela separação judicial* e (d) *pelo divórcio*. Portanto, uma das formas de término da sociedade conjugal é a *separação judicial*. Esta pode se dar por intermédio da *separação judicial litigiosa* e

<sup>19</sup> "El matrimonio es la unión dei hombre y de la muyer formada com miras a la creación de una familia. La ley reconoce esta unión y le otorga efectos jurídicos a causa de su carácter moral y de su importancia social". (RIPERT, G. e Jean Boulanger. *Tratado de Derecho Civil segun el tratado de Planiol*. Tomo li, v. I, Buenos Aires: La Ley, 1988, p. 161). Washigton de Barros Monteiro conceitua, "(...) o matrimônio como a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos". (MONTEIRO, W. de B. *Curso de direito civil*. v. 1, Parte geral. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 9).

<sup>20</sup> Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, art. 2.

*separação judicial consensual.*

Pode-se, assim, abordar a separação judicial (litigiosa e consensual), separação de corpos, separação de fato e afastamento temporário de um dos cônjuges ou companheiro da morada do casal.

A *separação judicial*, seja *litigiosa* ou *consensual*, ocorre, sempre, no dizer do Código de Processo Civil de 1973, no *processo principal*.

Já a *separação de fato* pode ocorrer sem a necessidade de processo algum, não se confundindo com a *separação de corpos*, porquanto este é sempre *jurídica*, necessitando de um processo. A separação de fato é um ato de um dos cônjuges. No entanto, nessa hipótese, havendo casamento, diante de tal conduta por um dos cônjuges, pode abrir-se ensejo ao outro a respeito da alegação do *abandono do lar conjugal*, posto que caracterizado estará a impossibilidade da comunhão de vida e a ocorrência do abandono voluntário do lar conjugal, o que traduz numa verdadeira quebra de um dos deveres do cônjuge no casamento.<sup>21</sup>

Assim, a fim de se evitar essa futura e provável alegação, possível é ao cônjuge interessado promover a "*medida cautelar de separação de corpos*". Esta medida tem por objetivo que a *separação de corpos seja autorizada pelo juiz*, evitando-se eventual alegação de descumprimento de dever do cônjuge. João Batista Lopes sustenta que "A separação de corpos constitui medida jurídica que não se confunde com a separação de fato e (...) seu escopo é a legalização da separação provisória, porquanto objetiva a cessação do dever de coabitação"<sup>22</sup>. É que, ainda, conforme ensina Áurea Pimentel Pereira<sup>23</sup>, "(...) só com a separação judicial ficam efetivamente os cônjuges liberados das obrigações *quoad thorum quoad habitationem* e, bem assim, do dever de fidelidade (...)" Não se deve olvidar que, nos termos *caput* do art. 7º da Lei do Divórcio, a *separação judicial*, ou melhor, que a sua decretação pelo órgão jurisdicional, importará na separação dos corpos.<sup>24</sup> Percebe-se, então, que a separação de corpos será consequência da natural da separação judicial, o que faz desaparecer determinados deveres entre os cônjuges. Diz-se determinados porque nos termos do art. 20 da Lei do

<sup>21</sup> A teor do art. 1.566 e incs., do Código Civil brasileiro de 2002, "São deveres de ambos os cônjuges: fidelidade recíproca, *vida em comum*, no *domicílio conjugal*, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos, e respeito e consideração mútuos".

<sup>22</sup> LOPES, J.B. Medidas liminares no direito de família. in *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre liminares* / coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 66.

<sup>23</sup> PEREIRA, Á.P. *Divórcio e separação judicial; comentários à Lei nº 6.515, de 26/12/1977 à luz da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, p. 54.

<sup>24</sup> Sílvia Rodrigues traz, ainda, um exemplo bastante elucidativo: "Quando se cogita de legalizar a separação de corpos, requerida pelo marido, o seu interesse em obtê-la é ainda maior, pois tem ele o direito de consegui-la, para ganhar legitimação ativa para contestar a legitimidade do filho havido por sua mulher, após a separação". (RODRIGUES, Sílvia. *O divórcio e a lei que o regulamenta*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 96).

Divórcio, ainda, "para manutenção dos filhos, os cônjuges, separados judicialmente, contribuirão na proporção de seus recursos".

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, após sustentar que não se encontra na lei uma precisão acerca da expressão *separação de corpos*, arrola três posições doutrinárias sobre o que se deve cuidar tal separação, Sustenta o citado professor, estudando essas posições, que a separação de corpos "(...) cuida-se de separação de conteúdo apenas *jurídico*, não obrigando o decreto judicial a separação *material* dos corpos, legitimando tão-só a situação provisória que daí decorre, afastando temporariamente o cumprimento do *debitum coniugale*"<sup>25</sup>. Continuando sua análise, para outra parte da doutrina, a separação de corpos é uma providência que o relacionamento humano exige, ou seja, evitar que os cônjuges convivam ou habitem debaixo do mesmo teto em situação de inconveniência e até mesmo de perigo que isso representa. Em momento de divergência e de ânimos alterados, mormente de quando se trata de um relacionamento conjugal, o bom senso não aconselha a persistência na continuidade dessa relação sob o mesmo telhado. A situação de perigo é muito evidente. Numa outra abordagem, a terceira posição, onde se verifica postura eclética ou mista, "(...) vislumbra-se na separação duas finalidades: a primeira, de alcance jurídico, implicaria a "legalização" da situação de fato; a segunda, de ordem fáctica, para evitar a volta do cônjuge que se ausentou, ou compelir a saída do cônjuge cuja permanência no lar se haja tomado inconveniente ao outro e aos filhos"<sup>26</sup>.

Como se percebe, a doutrina trabalha, a respeito da separação, tanto sob o ângulo da *separação jurídica*, quanto da *separação de fato*. São conceitos diversos na essência, muito embora podem brotar de um tronco comum - *separação*.

Nesse quadro, então, como fica o *afastamento temporário de um dos cônjuges ou companheiro da morada do casal*? Como já demonstrado, pela legislação, observa-se que não se trata do mesmo fenômeno. E, como na lei não pode conter palavras inúteis, onde estaria a diferença entre a *separação de corpos* e o *afastamento temporário de um dos cônjuges ou companheiro da morada do casal*?

Entende-se que a *separação de corpos* não se confunde com o *afastamento temporário de um dos cônjuges ou companheiro da morada do*

<sup>25</sup> OLIVEIRA, C.A.A. de. *A tutela de urgência e o direito de família*. São Paulo: Saraiva, 1998, p.131.

<sup>26</sup> OLIVEIRA, C.A.A. de. *A tutela de urgência e o direito de família*. São Paulo: Saraiva, 1998 p.131-132.

*casal*, não obstante posicionamento em contrário na doutrina<sup>27</sup>. Tanto não é a mesma coisa, que encontra decisão do Poder Judiciário abordando a possibilidade de *cumulação de pedido* referente a *separação de corpos* com o *afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal*<sup>28</sup>. A *separação de corpos*, como se, vê da expressão, implica "separação de corpos" e, ainda, "separação jurídica". Separam-se os corpos autorizado judicialmente. É bem verdade que também pode verificar-se a separação de corpos no plano fático. Pode haver separação de corpos sem que haja *afastamento temporário de um dos cônjuges ou companheiro da morada do casal*<sup>29</sup>. Esta medida, acredita-se, além de ser mais grave, é mais abrangente que a anterior, pois o afastamento temporário dos cônjuges ou companheiro da morada do casal implica, necessariamente, na separação de corpos, com a retirada de um dos cônjuges ou companheiros da morada do casal. Mas esta não implica, necessariamente, naquela. A medida de *afastamento temporário de um dos cônjuges ou companheiro da morada do casal* é mais ampla e integra aquela. Todavia, esta, a medida de *separação de corpos* não abrange aquela.

A separação de corpos é necessária, quando em vias de por fim a sociedade em conjugal, para não se alegar o não cumprimento do débito conjugal ou o abandono do lar conjugal. Com a separação de corpos, autorizada judicialmente, haverá também uma separação jurídica, ou seja, autorizada pelo Poder Judiciário, o que evita uma futura alegação de *abandono do lar conjugal*. Isto tanto é assim que, uma vez pedido a separação de corpos, o juiz deve, sem maiores delongas e sem uma exaustiva cognição, concedê-la. Basta, para que o juiz venha deferir a separação de corpos a *prova do casamento*<sup>30</sup> e a alegação de que será promovida, na seqüência, a competente ação de dissolução da sociedade conjugal. Isto,

---

<sup>27</sup> "Quando os cônjuges instauram o litígio ou quando estão prestes a instaurá-lo, o art. 888, VI, do CPC permite que o juiz determine ou autorize o afastamento temporário de um dos cônjuges do lar conjugal. Trata-se da medida de separação de corpos. (...)". (VENOSA, S. de S. *Direito civil: direito de família*. (coleção direito civil, v. 6), 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 242).

<sup>28</sup> Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo, por intermédio de sua 6ª Câmara Civil, por votação unânime, decidiu que: "Quando o pedido de separação de corpos está cumulado com o de afastamento do outro cônjuge (art. 888, VI, do CPC), a medida só poderá ser concedida após a citação ou após a instrução sumária (art. 803, parágrafo único, do CPC)". (in RT 559170).

<sup>29</sup> João Batista Lopes, afirma, por exemplo, "(...) que a separação de corpos não implica, necessariamente, afastamento de um dos cônjuges da morada do casal, posto seja isso o *quod plerumque accidit*. Em casos excepcionais, não dispondo o cônjuge de outro lugar para morar, pode obter a separação de corpos e, apesar disso, permanecer no domicílio conjugal". (LOPES, J.B. Medidas liminares no direito de família. In: *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre liminares / coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 66).

<sup>30</sup> "Art. 1.543. O casamento celebrado no Brasil prova-se pela certidão do registro".

todavia, não se passa com o *afastamento de um dos cônjuges ou companheiros da morada do casal*, que requer requisitos mais específicos, até em virtude do conteúdo da medida. Os requisitos da separação dos corpos e do afastamento temporário de um dos cônjuges ou companheiros será analisados na seqüência deste trabalho.

## 5. REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA SEPARAÇÃO DE CORPOS

Na égide do Código Civil brasileiro de 1916, para a concessão da medida autorizativa da *separação dos corpos* dos cônjuges basta a prova do casamento ou da união estável, acompanhada da alegação de que deseja por fim a dissolução da sociedade conjugal ou do convívio, dependendo do caso. Não há se falar em dilação probatório e em cognição mais aprofundada, bastando uma cognição superficial e bastante sumária. Postulada a separação de corpos, por uma ou ambas as partes, o juiz diante da prova do casamento ou da união estável, deverá deferir "(...) a concessão em forma de liminar porque não cabe ao magistrado antecipar a discussão sobre os fatos que dêem causa à separação judicial. Dispensável, assim, a abertura de instrução probatória e, conseqüentemente, sentença par confirmar a medida liminar"<sup>31</sup>. No dizer Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, "A separação de corpos dependem tão-somente da mera verificação da existência do casamento (daí, no art. 223 do CC, menção "aos documentos que a autorizem"). Nela não se intromete qualquer discussão relativa à demanda principal, compelido o juiz a concedê-la com a "possível brevidade"<sup>32</sup>.

Aliás, até mesmo já estando separado de fato o casal, possível é o pleito, pois, como visto acima, a separação de fato concedida pelo órgão jurisdicional importa numa verdadeira "separação jurídica". Este é, hoje, o entendimento prevalente tanto na Jurisprudência, quanto na Doutrina.

Na Jurisprudência, não obstante se encontre posicionamento em contrário<sup>33</sup>, o entendimento de se deferir tem prevalecido, porque, "É sabido que a separação de corpos não tem só o efeito de dar liberdade aos cônjuges para instaurar o processo de desquite ou anulação do casamento. Objetiva, também, legalizar a separação, antes da decretação da dissolução da sociedade conjugal. O aI vará de separação de corpos, achando-se os

<sup>31</sup> LOPES, J.B. Medidas liminares no direito de família. in *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre liminares / coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier*, São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 66.

<sup>32</sup> OLIVEIRA, C.AA de. *A tutela de urgência e o direito de família*. São Paulo; Saraiva, 1998, p.132-133.

<sup>33</sup> "O marido que já abandonou o lar conjugal não mais tem motivo para pretender a separação judicial de corpos". In RT 530/81.

cônjuges separados, é medida perfeitamente admissível, exatamente porque dá legalidade a uma situação que é contrária aos deveres impostos pelo Direito da Família, inclusive ao dever de coabitação dos cônjuges. (...)”<sup>34</sup>.

Nossos Tribunais têm admitido esse entendimento: "Admite-se o alvará de separação de corpos mesmo quando os cônjuges já estão separados de fato"<sup>35</sup>; "*Admite-se medida cautelar de separação de corpos embora o casal já esteja separado de fato*"<sup>36</sup>; "*Separação de corpos. Interesse processual. A separação de fato do casal não é circunstância que possa obstar a medida de separação de corpos (RT 712/148). No mesmo sentido: RT 541/97, 525/66, 540/70; JTJ 165/141; RJTJSP 100/207, 99/175, 63/135, 42/148; Oliveira-Lacerda, Coment., 212, 374*"<sup>37</sup>; "*O pedido de separação de corpos é cabível ainda que já separado de fato o casal (RT 525/66, 541/97. RJTJSP 61/189, 63/135. 99/175, 100/207. Boi. AASP 1.061/78), embora, nesta última hipótese, não seja essencial como medida preparatória da separação judicial (RT 541/71, RJTJESP 61/119)*"<sup>38</sup>.

Regina Zaquíia Capistrano da Silva Cacais, em sede doutrinária, não fugindo desse entendimento, manifesta sua opinião no sentido "(...) de que o alvará de separação de corpos deverá ser concedido, uma vez pleiteado, ainda que o casal já esteja separado de fato (...)”<sup>39</sup>.

Entretanto, o Código Civil brasileiro de 2002, quando tratou da *separação de corpos*, em seu art. 1562<sup>40</sup>, não reproduziu a mesma redação que constava do Código Civil brasileiro de 1916, em seu art. 223<sup>41</sup>, haja vista que houve nova redação do texto, tendo inserido a expressão "união estável" e inovando a respeito da *comprovação da necessidade da medida*. O requisito da *comprovação da necessidade da medida* não constava do

<sup>34</sup> RT 460/144. No mesmo sentido: RT 489/101, RT 525/66, RT 540nO, RT541 197, RT568/238, RT 712/148.

<sup>35</sup> RT 541/97.

<sup>36</sup> RT 525/66.

<sup>37</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante em vigor* 1 Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, 2. ed. rev. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 1158.

<sup>38</sup> NEGRÃO, T. Código de processo civil e legislação processual em vigor. ITheotônio Negrão, p.867.

<sup>39</sup> CACAIS, R.Z.C. da S. Considerações sobre a separação de corpos. *In Revista dos Tribunais*. Ano 72, fevereiro de 1983, v. 568, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, p. 238-240.

<sup>40</sup> "Art. 1.562. Antes de mover a ação de nulidade do casamento, a de anulação, a de separação judicial, a de divórcio direto ou a de dissolução de união estável, poderá requerer a parte, comprovando sua necessidade, a separação de corpos, que será concedida pelo juiz com a possível brevidade".

<sup>41</sup> "Art. 223. Antes de mover a ação de nulidade do casamento, a de anulação, ou a de desquite, requererá o autor, com documento que a autorize, a separação de corpos, que será concedida pelo juiz com a possível brevidade".

Código Civil anterior. Pensa-se que, aqui, a questão precisa ser analisada levando-se em conta dois momentos distintos: a) casal ou companheiros que estão ainda convivendo sob o mesmo teto; e b) casal ou companheiros que já se encontram separados de fatos. Na primeira hipótese, da letra "a", a comprovação da necessidade da medida transparece no perigo de permanecerem o casal ou companheiros sob o mesmo teto, enquanto se desenvolve a ação de dissolução da sociedade conjugal ou da união estável. É que, nesse momento, os ânimos das pessoas poderão estar totalmente alterados e, a convivência em comum, poderá representar um perigo para a ambas as partes. Assim, a medida, ao lado de implicar a *separação jurídica*, rompendo com o dever de fidelidade e de coabitação comum, se apresenta extremamente útil para evitar um mal maior entre os separandos. Nesse caso, entende-se ser necessário até mesmo uma audiência de justificação prévia para o deferimento da medida de separação de corpos. No caso da alínea "b", onde o casal ou os companheiros já se encontram *separados de fato*, a necessidade da medida pode ser demonstrada no fato de buscar a autorização sob o pálio da *separação jurídica*, que tem a finalidade de se evitar futura alegação de quebra da fidelidade ou do abandono da coabitação comum. Já, nesta segunda hipótese, no caso de encontrar as pessoas separadas de fato, para o deferimento da medida, pensa-se, não ser necessário qualquer audiência, pois a simples alegação do casamento e sua prova, e, se for o caso, da união estável, acompanhada da afirmação de que se pretende por fim a convivência em comum, é suficiente para o deferimento de pronto pelo órgão jurisdicional.

#### **6. REQUISITOS PARA CONCESSÃO DO AFASTAMENTO TEMPORÁRIO DE UM DOS CÔNJUGES OU COMPANHEIRO DA MORADA DO CASAL.**

Todavia, com relação ao *afastamento temporário de um dos cônjuges ou companheiros da morada o casal*, os requisitos, em sua totalidade, não são os mesmos que se presenciavam na separação de corpos. Aqui, também, como na separação de corpos, indispensável a prova do casamento ou da união estável, dependendo do caso concreto.

Não se deve perder de vista que o *afastamento temporário de um dos cônjuges ou companheiros da morada do casal* é medida bem mais grave, mais severa. Daí que a observância dos requisitos para sua concessão, embora num cognição sumária, devem estar bem mais realçados. Como afirma o professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, "Nesta hipótese, porém, não bastam os singelos requisitos do art. 223 do Código Civil, nem o deferimento pode ser mais ou menos automático, como parece defluir desse

dispositivo (o juiz deve deferir o pedido com a brevidade possível”<sup>42</sup>.

Aqui, os requisitos para a antecipação da tutela - *provas inequívoca, verossimilhança da alegação e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação* - devem estar bem mais evidentes, ainda mais quando se pleitear o afastamento do outro consorte. É que, como já se decidiu, "A retirada do marido da residência do casal é medida excepcional e violenta, devendo ser aplicada com muita prudência”<sup>43</sup>. Tal cognição e exigência devem ser de forma reduzidas quando o próprio cônjuge ou companheiro pleitear autorização para o seu próprio afastamento.

### **7. UNIÃO ESTÁVEL E AS TUTELAS DE URGÊNCIA (SEPARAÇÃO DE CORPOS E AFASTAMENTO TEMPORÁRIO DE UM DOS CÔNJUGES OU COMPANHEIRO DA MORADA DO CASAL)**

Em se tratando de relação jurídica estabelecida pelo casamento não há qualquer dúvida acerca da possibilidade das medidas de urgência acima invocada, ou seja, a *separação de corpos* e o *afastamento temporária de um dos cônjuges da morada do casal*. A legislação permite, sendo a doutrina e a jurisprudência tranqüilas nesse sentido.

Todavia, cabe registrar que hoje, com a Constituição Federal de 1988, mereceu tratamento jurídico da *união estável*.

O Código Civil brasileiro de 2002, no Livro IV (arts. 1.511 a 1.783) tratou *Do Direito de Família*. Este Livro foi dividido em quatro (4) Títulos, sendo que o *primeiro* tratou *Do Direito Pessoal*, o *segundo* *Do Direito Patrimonial*, o *terceiro* *Da União Estável*, e o *quarto* *Da Tutela e da Curatela*. Assim, fica fácil perceber que, para o legislador do Código Civil brasileiro (CCb) de 2002, a *união estável* integra o capítulo do Direito de Família.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> OLIVEIRA, C.A.A. de. *A tutela de urgência e o direito de família*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 134.135.

<sup>43</sup> TJRJ, in RT 568/147.

<sup>44</sup> Aliás, isso já ficou muito evidenciado por ocasião da edição da Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996 (Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal). Esta lei, ao tratar da união estável, mormente no âmbito pessoal, no art. 12, estabeleceu que "É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família". Em seguida, no art. 22 e incs., ao disciplinar o direitos e deveres dos conviventes consignou: São direitos" deveres iguais dos conviventes: respeito e consideração mútuos; assistência moral e material recíproca; guarda, sustento e educação dos filhos comuns".

A *união estável*, embora tratada no âmbito do *Direito de Família*, juntamente com o *casamento*, com este não se confunde. Afinal, afirma o art. 1.511 que "O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges". Ainda, por sua vez, o art. 1.723, também do CCb de 2002, ao dispor acerca da *união estável*, estabelece que "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família". Mais adiante, esse mesmo diploma legal, no art. 1.724 assevera que "As relações pessoais entre companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos".

Dessa forma., conclui-se que a *união estável*, hoje, principalmente para o legislador, constitui-se em matéria concernente ao Direito de Família. Tanto é assim, que o legislador, ao tratar da matéria da competência com relação a união estável, deixou claro que é competente, para apreciar as causas envolvendo a união estável, as *Vara de Família*.

O art. 9º, da Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996 (Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal), estabelece que "Toda a matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça".

Em se tratando, a *união estável*, de matéria de *Direito de Família*, também a ela, é possível a utilização das *tutelas de urgência* que são observadas nos casos que envolvem o casamento? A conclusão que se chega é no sentido de se afirmar positivamente. Esse é o entendimento que vem sendo utilizado tanto pela doutrina quanto pelos nossos tribunais.

Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, em monografia específica sobre o assunto, sustenta a possibilidade da medida cautelar de separação de corpos em casos de união estável, afirmando que "A Constituição Federal de 1988, ao reconhecer a união estável como entidade familiar, fez com que novo entendimento surgisse no que se refere à admissibilidade do pedido de separação de corpos pela companheira. Até então não se estendia aos companheiros essa possibilidade; com a proteção estatal concedida às uniões estáveis, concluiu-se que não se pode negar àqueles que as constituem, os instrumentos processuais existentes no ordenamento jurídico para solucionar os conflitos decorrentes de sua união"<sup>45</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), órgão de cúpula do Poder Judiciário Nacional já teve oportunidade de manifestar em Medida Cautelar de Separação de Corpos, envolvendo caso de união estável, afirmando que "A companheira tem o direito de requerer o afastamento do companheiro do

<sup>45</sup> VASCONCELOS, R. de C.C. de. *Tutela de urgência nas uniões estáveis*. Curitiba: Juruá, 2000, p. 118.

lar, pois os valores éticos que a medida visa proteger estão presentes no casamento e fora dele”<sup>46</sup>. No voto condutor desse acórdão, o Min. Ruy Rosado de Aguiar deixa assentado que “É certo que a separação de corpos foi medida judicial instituída para situações ocorridas no casamento, mas a gradativa proteção que o Direito foi dando à concubinária permitiu a extensão daquela providência também para uniões estabelecidas de fato, à margem do casamento. Assim como o cônjuge tem o direito de ser respeitado pelo outro, a mesma exigência se há de fazer, e o mesmo direito se há de reconhecer em favor de quem integra uma relação estável. O que se quer é preservar valores éticos, presentes no casamento e fora dele, violados pelo comportamento de um dos companheiros, dando margem à adoção de providências cautelares”.

Em outra oportunidade, esse mesmo Tribunal entendeu que “Em face do novo sistema constitucional, que, além dos princípios de igualdade jurídica dos cônjuges e dos filhos, prestigia a “união estável” como “entidade familiar”, protegendo-a expressamente (Constituição, art. 226, par-3.), não pode o Judiciário negar, aos que a constituem, os instrumentos processuais que o ordenamento legal contempla. Acautelar inominada (CPC, art. 798) apresenta-se hábil para determinar o afastamento do concubino do imóvel da sua companheira quando ocorrentes os seus pressupostos”<sup>47</sup>.

Assim, para garantir a efetiva tutela dos direitos dos conviventes, a tutela de urgência, seja através da tutela cautelar ou da tutela antecipada, tem inteira aplicação. Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, embora reconhecendo que o tema é fruto de muita polêmica, sustenta que “(...) no âmbito pessoal e material, os conviventes podem se valer, conforme o caso, tanto das medidas cautelares quanto da tutela antecipatória, para garantir a eficácia das decisões judiciais sobre os direitos advindos da união estável”<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Acórdão RESP 93582/RJ; RECURSO ESPECIAL 1996/0023380-2, Fonte DJ data: 09/09/1996, p. 32372, LEXSTJ, v. 90, p. 227, Relator Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, Data da Decisão 06/08/1996, Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA, v.u.

<sup>47</sup> Acórdão RESP 10113/SP; RECURSO ESPECIAL 1991/0007139-0, Fonte DJ data: 09/09/1991, p. 12210, JBCC, v. 173, p. 102, LEXSTJ, v. 36, p. 145, REVJUR, v. 171, p. 49, RSTJ, v. 25, p.472, Relator Min. SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data da Decisão 04/06/1991, Órgão Julgador T 4 - QUARTA TURMA, v.u.

<sup>48</sup> VASCONCELOS, R. de C.C. de. *Tutela de urgência nas uniões estáveis*. Curitiba: Juruá, 2000, p. 77.

## 8. CONCUBINATO E AS TUTELAS DE URGÊNCIA (SEPARAÇÃO DE CORPOS E AFASTAMENTO TEMPORÁRIO DE UM DOS CÔNJUGES OU COMPANHEIRO DA MORADA DO CASAL)

Anteriormente a Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988, não se utilizava, ou pouco se empregava a locução "união estável", já que a modo especial de se falar, à época, era o "concubinato".

A doutrina afirma que o *concubinato* consistia "(...) numa união livre e estável de pessoas de sexo diferente, que não estão ligadas entre si por casamento civil"<sup>49</sup>. Arrolava-se, como elementos essenciais<sup>50</sup> para a configuração do concubinato: a) continuidade das relações sexuais, b) ausência de matrimônio civil válido entre os parceiros, c) notoriedade de afeições recíprocas. d) honorabilidade, e) fidelidade presumida da mulher ao amásio, f) coabitação, e g) colaboração da mulher no sustento do lar.<sup>51</sup>

Tratava o *concubinato* como *gênero*, que se subdividia em duas *espécies*: a) *concubinato puro*. e b) *concubinato impuro*. Segundo Maria Helena Diniz, "Será *puro* se se apresentar como uma união duradoura, sem casamento civil, entre homem e mulher livres e desimpedidos, isto é, não comprometidos por deveres matrimoniais ou por outra ligação concubinária. Assim, vivem em concubinato puro: solteiro, viúvos e separados

judicialmente (u.). Ter-se-á o concubinato *impuro* se um dos amantes ou ambos estão comprometidos ou impedidos legalmente de se casar. Apresenta-se como: a) *adulterino* (...), se se fundar no estado de cônjuge de um ou de ambos os concubinos, p. ex., se o homem casado mantém, o lado da família legítima, outra ilegítima, e b) *incestuoso*, se houver parentesco próximo entre os amantes"<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> DINIZ, M.H. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 5., Direito de Família, São Paulo: Saraiva, 1982, p. 203.

<sup>50</sup> No entanto, há autores que apontam outros elementos, chamados *elementos secundários*: a) a *dependência econômica da mulher ao homem*, b) *unicidade de amante*, c) a *compenetração das famílias*, d) *criação e educação pela concubina dos filhos de seu companheiro*, e) *casamento religioso*, sem o civil e sem sua inscrição no Registro Público, f) *casamento no estrangeiro de pessoa separada judicialmente*, g) *gravidez e filhos da concubina com o homem com que vive*, h) *situação da concubina como empregada doméstica do amásio*, i) *maior ou menor diferença de idade entre os concubinos*, e j) *existência de contrato de concubinato*. (DINIZ, M.H. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 5., Direito de Família, São Paulo: Saraiva, 1982, p. 204-205).

<sup>51</sup> DINIZ, M.H. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 5., Direito de Família, São Paulo: Saraiva, 1982, p. 203-204.

<sup>52</sup> DINIZ, M.H. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 5., Direito de Família, São Paulo: Saraiva, 1982, p. 206.

Hoje, a partir da Constituição Federal de 1988, que reconheceu a *união estável* tanto a doutrina, quanto os tribunais, ao que se percebe, não vêm mais fazendo distinção entre *concubinato* e *união estável*, tratando uma coisa como sinônima da outra. Contudo, pensa-se que, ainda, permanece o *concubinato* entre nós. O *concubinato* pode ser tratado como *união estável*, desde que refira ao *concubinato puro*, porquanto quando se tratar de *concubinato impuro* não é possível se estender igual tratamento, até mesmo porque a Constituição Federal, bem como a lei que regulamentou a *união estável* teve em mira a conversão da união estável em casamento (§ 3º do art. 226 da CF/88).

Aliás, em momento anterior a edição da Constituição Federal de 1988, os Tribunais vacilavam a respeito da concessão de medida de separação de corpos envolvendo o concubinato, ora entendendo ser admitido "(...) a medida cautelar inominada cuja finalidade seja a de afastar o concubino do lar concubinário"<sup>53</sup>, ora entendendo no sentido de que "(...) inexistindo na relação concubinária o dever legal de coabitação, não cabe, por incompatível, a separação de corpos, já que não se dispensa de obrigações aquele que não as tem"<sup>54</sup>.

Mas, vale ressaltar que até mesmo se referindo ao *concubinato*, mesmo após a CF/88, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, órgão de cúpula do Poder Judiciário Nacional, permitiu a utilização da *separação de corpos* por uma das partes, entendendo que "A concubina tem o direito líquido e certo de ver apreciado seu pedido de separação de corpos, cujo processo não pode ser extinto sob a alegação de que tal providência somente cabe aos casados, estando ela livre para seguir o seu caminho, abandonando lar e filhos"<sup>55</sup>.

Para nós, o *concubinato puro* não se difere da *união estável*. Assim, o mesmo tratamento jurídico dispensado à união estável é extensivo ao *concubinato puro*. Contudo, o *concubinato impuro*, pensa-se, não pode se enquadrar no espaço delimitado do direito de família, até mesmo porque os casos de concubinato impuro não são passíveis de conversão em casamento. Daí não merecer aplicação das regras concernentes ao direito de família e, conseqüentemente, das tutelas de urgência, no caso, da separação de corpos e do afastamento temporário.

No entanto, diante da situação fática que se coloca, o Direito não pode virar as costas para essa situação. Invocada a tutela jurisdicional, mesmo nessa circunstância, deve o Estado-juiz pronunciar-se a respeito.

---

<sup>53</sup> TJSP, in RT 537/105.

<sup>54</sup> T JSP, in RT 634/73.

<sup>55</sup> Acórdão ROMS 54221SP; Recurso Ordinário e Mandado de Segurança 1995/0006342-5, Fonte DJ data: 29/05/1995, p. 15517, LEXSTJ, v. 75, p. 63, Relator Min. RUV ROSADO DE AGUIAR, Data da Decisão 24/04/1995, Órgão Julgador T 4 - Quarta Turma.

Mas, então, qual seria a medida judicial a ser adotada? A ação cabível é a ação de conhecimento, com a finalidade de desconstituir a sociedade de fato. E havendo urgência, poder-se-á, ainda, lançar mão da antecipação da tutela, ou da tutela cautelar, invocando neste último caso o poder geral de cautela do juiz, para aqueles que entendam ser caso de cautelar.

## 9. CONCLUSÃO

1. A tutela cautelar não se confunde com a tutela antecipada, embora provêm do mesmo tronco comum - tutela de urgência.
2. A separação de corpos e o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal são institutos diversos, sendo, ambas, caso de antecipação de tutela ou, mais precisamente, de antecipação de tutela interinal.
3. A separação de corpos é possível mesmo já estando separado de fato os cônjuges ou os companheiros.
4. O tratamento jurídico dado a separação de corpos (Lei do Divórcio) e o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal (art. 888, inc. VI, do CPC/73) não se apresenta, atualmente, diante do quadro legislativo, correto.
5. Tanto a separação de corpos como o afastamento temporário de um dos cônjuges ou companheiros da morada do casal são medidas que têm aplicação no âmbito do direito de família - separação e união estável.
6. Quanto ao concubinato impuro incabível a aplicação das regras do direito de família e, bem assim, das tutelas de urgência utilizadas nesse recinto, devendo quando necessário, utilizar da via de conhecimento, nos mesmos moldes em que se dissolve uma sociedade de fato.

## 10. REFERÊNCIAS

ASPECTOS POLÊMICOS DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA / COORDENAÇÃO Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

BEDAQUE, J.R. dos S. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1998.

BEDAQUE, I.R. dos S. *In Código de processo civil interpretado* / Antonio Carlos Marcato, coordenador. São Paulo: Atlas, 2004, p. 789.

CACAIS, R.Z.c. da S. Considerações sobre a separação de corpos. /n *Revista dos Tribunais*. Ano 72, fevereiro de 1983, v. 568, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, 1983, p. 238-240.

DINIZ, M.H. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 5., Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 1982.

FADEL, S.S. *Antecipação da tutela no processo civil*. 2. ed., São Paulo: Dialética, 2002.

FRIEDE, R. Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar; à luz da denominada reforma do Código de Processo Civil. 4. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

HOLANDA, AB. de. *Novo Aurélio*:- o dicionário da língua portuguesa, século XXI, versão 3.0, Editora Nova Fronteira.

LIEBMAN, E.T. *Manual de derecho procesal civil*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1980.

LOPES DA COSTA, A de A *Manual Elementar de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 53.

LOPES, J.B. Medidas liminares no direito de família. in *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre liminares / coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 57-67.

LOPES, J.B. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARINONI, L.G. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

MESQUITA, E.M de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v.52).

MONTEIRO, W. de B. *Curso de direito civil*. v. 1, Parte geral. São Paulo: Saraiva, 1982.

NEGRÃO, T. Código de processo civil e legislação processual em vigor. /Theotônio Negrão, p. 867.

NERY JUNIOR, N. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor: atualizado até /5.03.2002*. Nelson Nery Junior / Rosa Maria de Andrade Nery. 6. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, C. A. A de. *A tutela de urgência e o direito de família*. São Paulo: Saraiva, 1998.

PEREIRA, Á.P. Divórcio e separação judicial; comentários à Lei nº 6.515, de 26/12/1977 à luz da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

RIPERT, G. e Jean Boulanger. *Tratado de Derecho Civil segun el tratado de Planiol*. Tomo 11, v. I, Buenos Aires: La Ley, 1988.

RODRIGUES, S. *O divórcio e a lei que o regulamenta*. São Paulo: Saraiva, 1978.

SILVA, F.E.R. e Leonardo Dias Borges. A informática a serviço do processo. in *Cadernos Adenaur IV (2003)*, n. 6, *Mundo virtual*, Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenaur, abril 2004, 2004, p. 81-98.

SILVA, O.A.B. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 796 a 889; do Processo cautelar*. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1985.

VASCONCELOS, R. de e.e. de. *Tutela de urgência nas uniões estáveis*. Curitiba: Juruá, 2000.

VENOSA, S. de S. *Direito civil: direito de família*. (coleção direito civil, v. 6), 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ZA V ASCKI, T.A. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.