

nil

000158

PODER JUDICIÁRIO  
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 10113 - SÃO PAULO (91.0007139-0)

RELATOR : **MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO**  
RECORRENTE : xxxxx xxxxxxx xxxxx  
RECORRIDO : xxxxxxx xxxxxxx xxxxx  
ADVOGADOS : DR. JOSÉ AUGUSTO GONÇALVES TEIXEIRA  
DR. TANSIR DA SILVEIRA LEME

**E M E N T A**

Direito e Processo Civil. Concubinato. União estável. Cautelar. Afastamento coercitivo do concubino do lar. Cautelar inominada. Admissibilidade. Condições da ação. Apreciação de ofício. Recurso conhecido e provido.

I - Em face do novo sistema constitucional, que, além dos princípios da igualdade jurídica dos cônjuges e dos filhos, prestigia a "união estável" como "entidade familiar", protegendo-a expressamente (Constituição, art. 226, § 3º), não pode o Judiciário negar, aos que a constituem, os instrumentos processuais que o ordenamento legal contempla.

II - A cautelar inominada (CPC, art. 798) apresenta-se hábil para determinar o afastamento do concubino do imóvel da sua companheira quando ocorrentes os seus pressupostos.

III - Nos termos da lei (CPC, arts. 267, § 3º e 301, § 4º), ao Judiciário incumbe apreciar, mesmo de ofício, os requisitos de admissibilidade da tutela jurisdicional, a saber, pressupostos processuais e condições da ação.

**A C Ó R D ã O**

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 04 de junho de 1991.

  
-----  
MINISTRO ATHOS CARNEIRO

Presidente

  
-----  
MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA

Relator

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
ARQUIVO GERAL - DIV. DE ACÓRDÃO  
09 SET 1991  
Pub. no DJ

091000710  
039013000  
001011360

RECURSO ESPECIAL Nº 10.113 - SÃO PAULO  
(91.0007139-0)

091000710  
039023000  
001011330

E X P O S I Ç Ã O

**MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO:** - Ajuizou a recorrente "medida cautelar inominada e preventiva", com fundamento "nos artigos 798, 800 e outros" do Código de Processo Civil, contra o seu companheiro de doze (12) anos, pai de três filhos seus, requerendo o afastamento do mesmo do lar concubinário, sob a alegação de reiteradas violências por ele praticadas contra sua pessoa, ser dela o imóvel e caber-lhe o direito de dissolver a sociedade de fato com ele mantida.

Deferida a liminar, agravou o réu, tendo a eg. Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo provido o recurso, nos seguintes termos:

"Concubina ajuizou ação cautelar inominada preventiva, designação por ela atribuída à causa, com o objetivo de obter separação de corpos, determinando-se o afastamento do companheiro da casa onde vivem. Não menciona qual a ação que irá ajuizar, mas imputa a impossibilidade de manter vida em comum com o requerido em razão de seu comportamento agressivo.

Foi deferida a liminar sem audiência da outra parte, determinando o Magistrado o imediato afastamento do requerido da casa.

Não são as partes vinculadas pelo matrimônio. Não obstante, a medida objetiva, com caráter satisfativo, o afastamento do companheiro da casa onde o casal está a viver, como verdadeira separação de corpos.

Ora, o pedido de separação de corpos



000160

não tem como único objetivo impedir que continuem sob o mesmo teto marido e mulher, quando a convivência entre ambos se torna impossível e intolerável. Seu principal escopo é fazer cessar, legalmente, para os cônjuges, as obrigações decorrentes do matrimônio. É que enquanto não rompido o vínculo matrimonial ou não desfeita a sociedade conjugal, persiste a obrigação dos cônjuges de viver em comum, daí decorrentes os deveres conjugais.

Não se há negar, portanto, que a separação de corpos é incidente específico das ações de estado. Ela pode ser requerida como medida preparatória da separação judicial, do divórcio, da anulação de casamento ou mesmo no curso dessas ações.

Na vigência do Código de Processo Civil de 1939, anotava PONTES DE MIRANDA que pressuposto da separação de corpos é a existência de sociedade conjugal. Sem embargo dos movimentos liberais, acobertando situações que caracterizam a "família" marginal, quando se cuida de mancebia, concubinato ou outro nome que se lhe dê, é incompatível à separação de corpos não se aplica. Não se dispensa de obrigações aquelas que não nas têm. Têm os concubinos dever legal de coabitação? Até agora só se reconhece, em razão da orientação liberal, apenas efeitos patrimoniais da união de um homem e uma mulher à margem do matrimônio.

Se na união concubinária desaparecem as razões para a vida em comum, cada um é senhor de seu destino. Se ocorrem situações como a dos autos, onde um dos concubinos se recusa a deixar a casa, o outro disporá de outros meios para afastar o intruso, que não a separação de corpos que pressupõe o vínculo matrimonial.

Ainda que se admita pudesse a agravada se socorrer da ação cautelar inominada, na forma do artigo 798 do Cód. Proc. Civil, força é concluir que, ainda assim, haveria a autora de revelar, desde logo, a ação principal que irá ajuizar. Mas como o con

000161

cubinato somente lhe permite postular direitos patrimoniais, em determinadas situações em que se comprove sociedade de fato, a medida cautelar seria superfetação, já que para pleitear esses direitos não se exige prévia separação.

O voto vencido do Exmo. Sr. Desembargador MÁRCIO BONILHA, na Apelação 261.511, deixa claro que, ao contrário do entendimento da douta maioria, que não é apenas no fundado receio de permanecerem os concubinos sob o mesmo teto que se dá a separação de corpos. A medida pressupõe vínculos que obriguem os cônjuges a residirem no mesmo lar. Concubinos não têm obrigações legais. O pacto de convivência existe apenas entre ambos e se desfaz, sem nenhuma sanção legal, dispensadas as formalidades que se exigem dos casados".

Rejeitados os seus embargos declaratórios, inconformada recorreu a autora para a instância extraordinária, em 27.2.89, arguindo a relevância da questão federal.

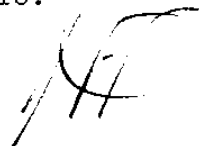
Com a instalação desta Corte, foi o apelo desdobrado em extraordinário e especial, tendo ambos sido inadmitidos.

Ao último, através de provimento de agravo, determinei o processamento.

Argumenta a recorrente ter havido negativa de vigência aos arts. 128 e 798 do Código de Processo Civil. Ao primeiro, por não ter o réu sustentado o descabimento da cautelar. Ao segundo, porque o v. acórdão deixou de aplicar a referida norma.

Nos autos do agravo manifestou-se a Subprocuradoria Geral da República em abono à tese da recorrente autora, raciocinando com o disposto no art. 226 da Constituição.

É o relatório.



000162

RECURSO ESPECIAL Nº 10113 - SÃO PAULO

(91.0007139-0)

091000710  
039033000  
001011300

V O T O

**MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (RELATOR):** Tenho por não vulnerada a regra do art. 128 do estatuto processual, uma vez que ao Judiciário incumbe apreciar, mesmo de ofício, os requisitos de admissibilidade da tutela jurisdicional, a saber, pressupostos processuais e condições da ação, como, aliás, dispõem o § 3º do art. 267 e o § 4º do art. 301, CPC.

Destarte, eventual impossibilidade jurídica do pedido independia da arguição da parte interessada, no caso o recorrido.

Conheço, porém, do recurso por violação do art. 798 do Código de Processo Civil.

A uma, porque na realidade a autora não postulou especificamente a alegada separação de corpos, mas sim medida cautelar inominada, fundada no poder cautelar geral do juiz, com sede no art. 798 do diploma instrumental, consoante se vê da inicial daquela ação, juntada por cópia aos autos.



PODER JUDICIÁRIO  
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

000163

A duas, porque a medida não buscou resultado satisfativo, tanto assim que a referida inicial a rotulou de "preventiva", de natureza preparatória, tendo mesmo se referido ao propósito da autora em buscar a dissolução da sociedade de fato, como efetivamente veio a concretizar-se com o ajuizamento de ação a propósito, sem prejuízo da ação de alimentos movida em nome dos filhos menores.

A três, porque a lei não veda a um dos concubinos a possibilidade de requerer judicialmente o afastamento do outro do lar em que convivem, sendo-lhe lícito recorrer ao poder de cautela quando ocorrentes o **fumus boni iuris** e o **periculum in mora**, anotando-se que, na espécie, a autora alegou violências reiteradas do seu companheiro, além de infidelidade na relação.

A quatro, porque, até prova em contrário, o imóvel residencial pertence à autora, em cujo nome se encontra registrado.

A cinco, porque o novo sistema constitucional, em termos de Direito de Família, sustentando-se na igualdade jurídica dos cônjuges e dos filhos, reconhece igualmente a "união estável" entre o homem e a mulher, qualificando-a como "entidade familiar", determinando expressamente que o Estado, além de facilitar-lhe por lei a conversão em casamento, também a proteja juridicamente.

A meu juízo, salvo entendimento mais lúcido, garantir a integridade física da companheira e resguardar os filhos dos maus exemplos em sua formação constituem obrigação a que o Estado Judiciário não pode furtar-se quando procurado.



PODER JUDICIÁRIO  
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

000164

Como assinalou a ilustre Subprocuradora Dr<sup>a</sup> Heleni-  
ta A. G. Caiado de Acioli, pelo Parquet, quando do exame do  
agravo,

"A Família, pelo artigo 226 da Constitui-  
ção Federal, não se constitui apenas pelo  
casamento, mas pela união estável entre homem  
e mulher. E, como base da sociedade, tem  
especial proteção do Estado, que deverá asse-  
gurar assistência na pessoa de cada um dos  
que a integram e criar mecanismos para coibir  
a violência no âmbito de suas relações.

Restringir o direito de ação de qualquer  
um dos seus membros, para afastar ameaças em  
sua integridade física, ao fundamento de que  
inexiste relação de casamento, viola não  
apenas o art. 798 do CPC, que confere ao juiz  
um poder geral de cautela em hipóteses como a  
dos autos, mas afronta a própria Constitui-  
ção".

Pelo exposto, conheço do recurso e o provejo para  
restabelecer a decisão de primeiro grau.



RECURSO ESPECIAL Nº 10113 - SP

V O T O

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Também acompanho o voto do Eminentíssimo relator. Não desconheço quão ponderáveis os argumentos rigorosamente técnicos lançados no venerando acórdão recorrido, mas considero que a posição de S. Ex<sup>ª</sup> melhor atende às necessidades sociais hodiernas e aos interesses da união estável, daquela entidade familiar constituída pelo convívio more uxorio e de que resultaram filhos. Esta posição é a mais adequada aos princípios que inspiraram as normas postas no capítulo 'da Família' pela atual Constituição, e também a mais adequada à proteção dos interesses dos filhos do casal.



PRESIDENTE : O SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO.  
RELATOR : O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO



jnc  
PODER JUDICIÁRIO  
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4ª Turma

04.06.91


000166

RECURSO ESPECIAL Nº 10.113 - SÃO PAULO

V O T O - VOGAL

**O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR:**

Senhor Presidente, inquestionavelmente a nova Constituição descortinou horizontes ao direito de família, dantes não vislumbrados. Mas, mesmo no plano de direito ordinário, eu não deixaria de acompanhar o Eminentíssimo Ministro-Relator, porquanto, em se tratando do poder cautelar genérico do Juiz, na forma do que se dispõe o art. 799 do Código de Processo Civil, o Juiz pode até determinar a guarda judicial de pessoas, quanto mais autorizar a separação de pessoas.

Acompanho o Eminentíssimo Ministro-Relator. 

091000710  
039043000  
001011380

EXTRATO DA MINUTA

REsp 10.113-SP (91.0007139-0). Rel.: Min. Sálvio de Figueiredo. Recte: xxxxx xxxxxx xxxxx . Recdo: xxxxxxx xxxxxxx xxxxx. Advs: Dr. José Augusto Gonçalves Teixeira e Dr. Tansir da Silveira Leme.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (4ª Turma - 04.06.91).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, Athos Carneiro e Fontes de Alencar.  
Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Bueno de Souza.  
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Athos Carneiro.

  
Cleuza Diniz Rocha  
Oficial de Gabinete