

Emenda Constitucional 66/2010 não inova na separação judicial

Excetuando os casos de morte, enfermidade mental incurável, nulidade e anulação de casamento, o Código Civil de 2002 prevê a dissolução da sociedade conjugal por em alguns casos. A separação consensual é permitida desde que tenha transcorrido um ano de casamento. A litigiosa, por sua vez, acontece quando há culpa de qualquer dos cônjuges ou por simples “ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição”, como prevê o artigo 1.572, parágrafo 1º, ou por “abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo”, conforme dispõe o artigo 1.573, inciso IV.

O casamento, por sua vez, dissolve-se pelo divórcio, na hipótese de conversão da separação judicial – ou da decisão de separação de corpos que a antecede – ocorrida há mais de um ano, ou diretamente, após dois anos de separação de corpos, independentemente de partilha de bens. Nesse caso, a divisão pode ser feita depois, segundo os artigos 1.580 e parágrafos e 1.581 do referido Código Civil.

Em sentido análogo, o Código de Processo Civil, em seu artigo 1.124, alínea “a”, acrescentado pela Lei 11.441, de 04/01/2007, prevê que “a separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública (...)”. Na mesma linha ainda dispõe a Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça, como se pode entender pelo excerto abaixo:

“Seção IV – Disposições Referentes à Separação Consensual

Artigo 47 – São requisitos para lavratura da escritura pública de separação consensual:

a) um ano de casamento;

(...).

Seção V – Disposições Referentes ao Divórcio Consensual

(...).

Artigo 53 – A declaração dos cônjuges não basta para a comprovação do implemento do lapso de dois anos de separação no divórcio direto. Deve o tabelião observar se o casamento foi realizado há mais de dois anos e a prova documental da separação, se houver, podendo colher declaração de testemunha, que consignará na própria escritura pública. Caso o notário se recuse a lavrar a escritura, deverá formalizar a respectiva nota, desde que haja pedido das partes neste sentido.”.

Está se apregoando que a Emenda Constitucional 66, de 13/07/2010, que deu nova redação ao artigo 226, parágrafo 6º, da Constituição Federal, suprimindo os prazos e a expressão “separação”, teria revogado os aludidos prazos legais. Alguns vão até mais longe, sustentando que, não estando mais o divórcio sujeito a prazos, a própria separação teria sido também tacitamente revogada. Contudo, a



aludida Emenda Constitucional, sem revogar nada de modo expresso, apenas e tão somente determinou que o aludido dispositivo constitucional passasse a ter a singela redação: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Esqueceu-se o constituinte reformador, contudo, que segundo a Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 2º, parágrafos 1º e 2º, “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. (..) A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

Tal norma que regula a vigência das leis, no sentido *lato sensu*, vale também para modificações constitucionais, pois apenas materializa um princípio geral do direito, tais como a “vedação ao enriquecimento sem causa”, a “presunção de boa-fé” no Direito Civil, a “presunção de inocência” no direito penal.

Assim, por desconhecimento técnico ou questões políticas, quando da tramitação do projeto, o legislador acabou não inovando em nada, tendo em vista que desde 1977 “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”, quando houve o advento da Emenda Constitucional 9, de 28/06/1977, seguida da Lei Ordinária 6.515 de 26/12/1977, a conhecida “Lei do Divórcio”.

Os adeptos à total revogação contra-argumentam que, se verificada a exposição de motivos da aludida EC 66/2010, estará lá clara a intenção do legislador em revogar os prazos e o próprio instituto da separação. Mas, quando a nova norma posta é omissa no que deveria dizer, a exposição de motivos não pode supri-la, muito menos revogar disposições expressas de lei.

Nesse sentido, é a lição do ilustre Ministro Celso de Melo, do Egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo de Instrumento 40.1337-PE, publicado no Diário da Justiça de 03/03/2005, página 43:

“A INTERPRETAÇÃO DO ORDENAMENTO POSITIVO NÃO SE CONFUNDE COM O PROCESSO DE PRODUÇÃO NORMATIVA.

O ordenamento normativo nada mais é senão a sua própria interpretação, notadamente quando a exegese das leis e da Constituição emanar do Poder Judiciário, cujos pronunciamentos qualificam-se pela nota da definitividade.

A interpretação, qualquer que seja o método hermenêutico utilizado, tem por objetivo definir o sentido e esclarecer o alcance de determinado preceito inscrito no ordenamento positivo do Estado, não se confundindo, por isso mesmo, com o ato estatal de produção normativa. Em uma palavra: o exercício de interpretação da Constituição e dos textos legais – por caracterizar atividade típica dos Juízes e Tribunais – não importa em usurpação das atribuições normativas dos demais Poderes da República. Precedente.”

(RE 258.088 – AgR/ SC, Relator Ministro CELSO DE MELLO)



Daí a procedente advertência que GERALDO ATALIBA faz em lapidar magistério ("Revisão Constitucional", in *Revista de Informação Legislativa*, vol. 110/87-90, 87): "Em primeiro lugar, o jurista sabe que a eventual intenção do legislador nada vale (ou não vale nada) para a interpretação jurídica. A Constituição não é o que os constituintes quiseram fazer; é muito mais que isso: é o que eles fizeram. A lei é mais sábia que o legislador. Como pauta objetiva de comportamento, a lei é o que nela está escrito (e a Constituição é lei, a lei das leis, a lei máxima e suprema). Se um grupo maior ou menor de legisladores quis isto ou aquilo, é irrelevante, para fins de interpretação. Importa somente o que foi efetivamente feito pela maioria e que se traduziu na redação final do texto, entendido sistematicamente (no seu conjunto, como um todo solidário e incindível). (...) O que o jurista investiga é só a vontade da lei (...)."

Em suma: a lei vale por aquilo que nela se contém e que decorre, objetivamente, do discurso normativo nela consubstanciado, e não pelo que, no texto legal, pretendeu incluir o legislador, pois, em havendo divórcio entre o que estabelece o diploma legislativo ("mens legis") e o que neste buscava instituir o seu autor ("mens legislatoris"), deve prevalecer a vontade objetiva da lei, perdendo em relevo, sob tal perspectiva, a indagação histórica em torno da intenção pessoal do legislador.

Esse entendimento – que proclama a prevalência da vontade objetiva da lei sobre a intenção do legislador – reflete-se em preciso magistério doutrinário, como resulta claro das lições de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO ("O Direito – Introdução e Teoria Geral", p. 414, item n. 228, 2ª ed., 2001, Renovar), de CARLOS MAXIMILIANO ("Hermenêutica e Aplicação do Direito", p. 23/25, itens ns. 32, 33 e 35, 19ª ed., Forense) e de PONTES DE MIRANDA ("Comentários à Constituição de 1946", tomo VI/478-479, 3ª ed., 1960, Borsoi), dentre outros.

Em igual sentido, firmou-se a jurisprudência dos Tribunais, como o evidenciam as seguintes decisões: "(...) o que vale verificar é a mens legis e não a vontade, a mente do legislador, de que a lei se desprende para adquirir conteúdo próprio. Nenhuma dúvida, por outro lado, em que a lei reside na parte do mandamento do legislador e não na em que se expõem considerações e motivações. Estas apenas valem, relativamente, para a inteligência da lei, do texto que encerra a ordem, a regra de conduta. Valem apenas relativamente porque interpretar a lei não é indagar a vontade subjetiva do legislador, sendo o significado real e objetivo da norma (...)" (RE 2.010/DF, Rel. Min. OROSIMBO NONATO – grifei). "Na interpretação da lei prevalece a 'mens legis' sobre a 'mens legislatoris'." (RT 305/964, Rel. Min. AGUIAR DIAS)."

Acrescenta-se que, mesmo se os prazos do divórcio tivessem sido revogados – o que se alude apenas a título de debate –, remanesceria, mesmo assim, o interesse processual na mera separação, pois esta: a) nunca foi tratada na constituição, salvo como mera referência ao prazo de um ano do divórcio conversão, tanto antes quanto após a EC 66/2010; b) não põe fim ao casamento, mas apenas à sociedade conjugal, e c) permite o restabelecimento da união conjugal rompida, sem necessidade de novo casamento.

Date Created

18/08/2010