

Pedido de separação consensual após a promulgação da EC 66/2010. Possibilidade. Emenda EC 66/2010 que apenas excluiu os requisitos formais da separação tornando simplificado o processo de divórcio. Instituto da separação que ainda perdura.

Vigésima Câmara Cível

Apelação n.º XXXXXXXXXXXX

Apelantes: XXXXXXXXXXXX

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

CONSTITUCIONAL. CIVIL. FAMÍLIA. PROCESSO CIVIL. PEDIDO DE SEPARAÇÃO CONSENSUAL APÓS A PROMULGAÇÃO DA EC.66/2010. SENTENÇA QUE EXTINGUE O PROCESSO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. RECURSO. A edição da EC.66/2010 torna mais simples e menos desgastante o processo de divórcio excluindo os requisitos formais da separação. Interpretação que não permite concluir pela extinção do instituto da separação. Presentes a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e demais condições e pressupostos processuais. Procedência do pedido que se impõe. Parecer pelo conhecimento e provimento do recurso.

Excelentíssimo Senhor Desembargador Relator

Egrégia Câmara,

Trata-se de apelação cível interposta ante a r. sentença de fls. 22/29, proferida nos autos de Separação consensual.

No “*decisum a quo*” o insigne Prestador Jurisdicional, seguindo esteira de entendimento semelhante ao perfilhado pelo “*Parquet*”, afirma que, de acordo com a nova redação do § 6º. do art. 226 da CF/88, “*Deu-se por finda a duplicidade artificial entre a dissolução da sociedade conjugal e a dissolução do vínculo matrimonial.*”

O instituto da separação deixou de existir e o divórcio, após a entrada em vigor da referida emenda, passou a ter causa única: a falência afetiva da relação." Transcreve robusta e autorizada doutrina neste sentido para, por fim, declarar a impossibilidade jurídica do pedido em relação a decretação da separação consensual, por um prisma. Por outro, homologar os acordos relativos a guarda compartilhada, ao regime de visitação, aos alimentos, ao plano de saúde e a manutenção do nome de casada por parte da autora.

Razões dos apelantes às fls. 30 e segs. Nestas alegam que, apesar do brilho da doutrina que foi exposta, na realidade, não houve uma **revogação**, quer expressa, quer tácita da legislação infraconstitucional relativa ao instituto da separação. O que desejou o legislador constituinte derivado foi tornar mais simples e menos desgastante o processo do divórcio, preservando os interesses da família, leia-se, pais e filhos. Traz a luz doutrina bem desenvolvida e fundamentada, oposta a carreada pela prolatora do "*decisum*" atacado, travando um verdadeiro "embate de titãs".

O Ministério Público retornou aos autos às fls. 44. Em razões firmadas pelo Exma. Dra. Maria Amélia Barreto Peixoto cuja proficiência é de todos reconhecida, o "*Parquet*" refaz os argumentos firmados em suas razões finais.

É o breve relatório. Passo a opinar.

Antes de efetivamente analisarmos o mérito da *quaestio iuris*, convém registrarmos o Juízo de Admissibilidade recursal.

Quanto ao **Cabimento**, inexistente dúvida de que, *in casu*, o recurso cabível é o de apelação, na forma do art. 513 e seguintes da lei processual civil. No que se refere a **Legitimação**, tendo em vista o inconformismo, o recorrente tem legitimidade para interpor o presente, na forma do art. 499 CPC. Já em relação ao **Interesse Processual**, presente o binômio utilidade da providência pedida e necessidade da via eleita, portanto, existente o interesse em recorrer. Não há qualquer **fato impeditivo ou extintivo** do direito de recorrer na forma do art. 502/503 CPC. A **Tempestividade** foi certificada às fls. 39. Foi obedecida a forma de interposição e está bem fundamentada a pretensão comprovando-se a **Regularidade Formal**. No que tange ao **preparo** às fls. 42, encontra-se a comprovação de recolhimento das custas.

Desta forma, o presente recurso deve ser conhecido.

No mérito recursal, com as devidas e respeitadas vênias, o apelo merece prosperar.

Em verdade, a doutrina carreada para os autos, como fundamento de decidir, está um pouco confusa e mais firmada em princípios morais (não religiosos, mas, não deixam de ser morais) daqueles que a defendem do que propriamente na boa técnica de interpretação e aplicação da lei.

Neste aparente conflito de normas, algumas hipóteses processuais devem ser diferenciadas para que se atinja a uma clara solução. Vamos a elas.

DAS HIPÓTESES PROCESSUAIS POSSÍVEIS.

Em primeiro lugar, há que ser enfrentada a seguinte questão: a edição e entrada em vigor da EC 66/2010 revogou parcial - ou totalmente - as disposições da lei ordinária que cuidavam do instituto da separação?

Se a resposta for positiva, é necessário reconhecer que a solução dada pelo culto prestador jurisdicional está correta, ou seja, um novo pedido de separação consensual após a entrada em vigor da referida Emenda Constitucional configura pedido juridicamente impossível. Inexistente, portanto, uma das condições da ação.

No entanto, se a resposta for negativa, isto é, não for reconhecida a revogação da legislação infraconstitucional referente ao instituto da separação, a decisão se afigura incorreta, contudo, a questão de fundo tem um outro desdobramento.

Mesmo se reconhecermos que estão em vigor as disposições infraconstitucionais relativas à separação consensual, devemos enfrentar o seguinte desdobramento da indagação de fundo: haverá necessidade/ utilidade na demanda proposta, vale dizer, possuiriam os autores interesse de agir?

Aqui novamente afirmamos que se a resposta for positiva a procedência do pedido se impõe, revelando o equívoco da decisão ora atacada.

Se a resposta for negativa caracteriza-se a inexistência do interesse de agir, leia-se inexistente esta outra condição de ação. Neste caso, deveria o culto julgador extinguir o feito sem resolução de mérito¹.

Vamos por partes.

¹ São considerados elementos da ação: as partes, o pedido e a causa de pedir; condições de ação: a legitimidade (ativa e passiva), a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir; pressupostos processuais objetivos: inicial apta, procedimento correto, citação válida e inexistência de obstáculos e subjetivos a capacidade das partes, competência e atribuições.

DA EVENTUAL EXTINÇÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO.

No enfrentamento da primeira questão, o norte de sua solução encontra-se na Lei de Introdução do Código Civil, que estabelece princípios gerais relativos à técnica de aplicação do direito².

Assim, como bem nos lembra a doutrina anexada pelos apelantes, a lei nova revoga a mais antiga em três hipóteses, a saber: a) quando expressamente o declare; b)- quando seja com ela incompatível; c)- quando regule inteiramente a matéria cuidada pela lei anterior.

Quanto à primeira hipótese, nos parece inegável a sua inocorrência. Não expressa o constituinte derivado no texto da EC 66/2010 qualquer intenção de revogar norma referente ao tema, ou seja, ao instituto da separação (vide a EC na íntegra³).

Quanto à terceira hipótese, ou seja, quando o legislador regule inteiramente a matéria cuidada pelo dispositivo considerado revogado, do mesmo modo, a sua inocorrência é flagrante. Na realidade, o legislador constituinte tão somente tornou a disposição anterior bem mais simples e menos desgastante para as partes e para os operadores do direito.

A divergência pode existir, portanto, na segunda hipótese. Para tanto surge a indagação: a nova redação do texto constitucional tornou os dispositivos anteriores relativos ao instituto da separação totalmente incompatíveis e inaplicáveis?

A questão é delicada.

2 Prevê a LICC: "Art. 2º. Não se destinando a vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º. 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. § 2º. A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior..."

3 **EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66, DE 13 DE JULHO DE 2010.** Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional: 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). Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação. Brasília, em 13 de julho de 2010.

Em primeiro lugar, registre-se o nosso indisfarçável desejo de progresso institucional identificado com os doutrinadores que serviram de fundamento para a decisão. Entretanto, em que pese a visão filosófica que serve de norte para a legislação futura, é forçoso reconhecer que a boa técnica de aplicação da norma não nos acompanha.

Em segundo lugar, deve ser reconhecido que não há qualquer incompatibilidade entre a norma constitucional - seja empregada qualquer técnica de hermenêutica constitucional - e a legislação infraconstitucional que consagra o instituto da separação. Esta conclusão somente pode existir no âmbito das subjetivas reflexões que faz o intérprete adepto da escola do direito livre.

Muito feliz (dentro de um plano essencialmente técnico) é a distinção entre a norma e a ilação que dela se retira, principalmente, através do método teleológico.

Como bem afirma Fernando Henrique Pinto, citado nas razões de apelo, a separação nunca foi tratada como instituto pelo texto constitucional. Aliás, nem deveria de acordo com a melhor técnica constituinte, sob pena de caracterizar mais uma das incontáveis normas constitucionais meramente formais. A separação (consensual ou judicial ou mesmo de fato) foi citada tão somente como referência, ou mesmo um prérequisito para a obtenção do divórcio. Não há como se concluir, portanto, pela extinção do instituto em razão da simples omissão do constituinte derivado e da própria redação da EC 66.

O que realmente revela a análise das justificativas da PEC 28/2009 - que se transformou na EC 66/2010 - transcritas parcialmente no Parecer Ministerial, não foi, em absoluto, o desejo de extinguir o instituto da separação (aliás, com ele nem se preocupou). Desejou o constituinte derivado tão somente, excluir do ordenamento jurídico alguns obstáculos - ou requisitos formais - que eram necessários a decretação do divórcio direto.

O legislador constituinte estava mais preocupado com o constrangimento do casal que tinha de esperar um tempo de separação de fato e/ou outro tanto de separação consensual para transformá-la em divórcio. Realmente, o casal que não mais se entende e que não raras vezes acaba por nutrir ódio do parceiro, poderia sofrer, juntamente com os outros integrantes da família, situações desagradáveis até o preenchimento dos requisitos necessários à decretação do divórcio. Destarte, excluiu do ordenamento tais obstáculos formais, ou requisitos legais, tornando a decretação do divórcio mais simples e menos desgastante. Em tese, portanto, legislou em prol do interesse da própria família e dos cônjuges.

Conclui-se, portanto, que o instituto da separação consensual não serve mais de requisito formal para a decretação do divórcio, mas, isto não significa que tenha deixado de existir como situação jurídica possível que traz efeitos peculiares na relação conjugal e matrimonial.

Se assim desejasse o constituinte, ou seja, extinguir o instituto da separação, falaria mais do que falou. Teria utilizado expressões que possibilitassem ao

operador do direito entender este desejo extintivo tais como: "Parágrafo 6º- os vínculos do casamento se dissolvem somente através do divórcio;" "o vínculo conjugal e o matrimonial somente se extinguem pelo divórcio" etc. E como economizou palavras de forma consciente, impede ao intérprete concluir de forma diversa, e porque não dizer contrária, do que está expresso.

O argumento no sentido de que a interpretação pelo método teleológico socorre aqueles doutrinadores que pugnam pela extinção do instituto da separação nos afigura falho e distante da boa técnica. Neste particular duas colocações são necessárias.

Em primeiro lugar, apesar do relator ter efetivamente mencionado a extinção do instituto da separação nas discussões de plenário de processo legislativo, a finalidade do legislador não pode ser aferida por uma só opinião. Revela-se no conjunto de opiniões, expressões e mesmo teses contrárias.

Mesmo que assim fosse deve vir a tona a clássica lição de Francesco Ferrara⁴ no sentido de que o interprete deve buscar a "men legis" e não a "mens legislatoris"⁵. Para o catedrático de Pisa a concepção que atribui à vontade do legislador peso importante na aplicação da norma e que valoriza os trabalhos legislativos foi de muito superada, pois a lei é uma resultante de múltiplos fatores.

Em segundo lugar, a interpretação teleológica, como qualquer outra, não pode ter uma força normativa de tal monta que possa revogar dispositivos em plena vigência como se uma nova lei fosse.

Concluiu-se, portanto que o instituto da separação ainda perdura de forma íntegra apesar da conhecida divergência doutrinária e jurisprudencial. Assim ocorrerá até que o legislador constituinte, ou ordinário, ponha termo nestes impasses, quer extinguindo expressamente o instituto da separação quer estabelecendo o reforço da sua existência.

DA EXISTÊNCIA -OU NÃO- DO INTERESSE DE AGIR.

Bem, ultrapassada a questão da eventual revogação das normas infraconstitucionais que cuidam da separação, há um outro desdobramento

4 Ferrara, Francesco in *Interpretação e Aplicação das Leis*, ARMÊNIO Amado, editor sucessor, Coimbra, 1987, pg.136 e segs.

5 Este debate tem sido revivido pelas chamadas doutrina subjetivista e doutrina objetivista como nos lembra Ferraz, Tércio Sampaio in "Introdução ao estudo do direito Ed, Atlas, 3.

incômodo que pode ser reduzido na seguinte indagação: haveria interesse/necessidade na declaração de separação consensual?

Caso positivo, nada impediria, em tese, a decretação pretendida. Caso negativo, esta pretensão estaria prejudicada pela inexistência de interesse, condição elementar da ação.

Para respondermos a esta indagação, precisamos lembrar os efeitos jurídicos da separação consensual.

Apontam os autores: a)- rompe-se o vínculo conjugal, permanecendo o vínculo matrimonial⁶; b)- faz cessar o regime de bens, assim, em tese, os bens adquiridos após a separação serão dos seus respectivos adquirentes não se comunicando independente do regime do casamento; c)- faz cessar o dever mútuo de fidelidade; d)- dispensa novo matrimônio caso os cônjuges desejarem um reatamento de suas relações conjugais; e)- cria um novo estado civil, o de separado f)- a separação judicial por culpa pode trazer sérios reflexos na questão do pensionamento.

Há determinadas situações jurídicas ou efeitos jurídicos que somente podem ser alcançados através do pedido de prestação jurisdicional para decretação da separação ou homologação de um acordo neste sentido.

Basta pensarmos no comum exemplo de um casal que tem boa formação moral (independente de sua religiosidade), prole de menores e incapazes, processo constante de aquisição patrimonial (como ocorre na atividade comercial) que tenha um desgaste por um eventual deslize de um dos cônjuges. Não estando amadurecida a decisão de definitivamente se divorciar outra opção não restaria a estes cônjuges senão a separação consensual que, em tese, garantiria a questão da guarda dos filhos, dos alimentos, da utilização do nome de casado, da questão patrimonial ou até mesmo da desejada preservação do vínculo matrimonial.

O entendimento diverso levará sem dúvida as situações extremamente injustas e inadmissíveis perante o direito. Seria justo o Estado impor o divórcio a este casal? Seria justo o Estado negar-lhe a prestação jurisdicional com fundamento, que entendemos equivocado e sustenta a extinção do instituto da separação por ilação teleológica? Seria justo a este casal impedir os efeitos da sua separação? Seria justo a este casal o Estado impor uma separação de fato negando-lhe a regularização dos efeitos jurídicos pretendidos, ou seja, negando-lhe o direito de separar? Não temos dúvida em optar pela resposta negativa.

⁶ O que o douto Magistrado "a quo" denomina "duplicidade artificial".

DO CASO EM TELA E A EXISTÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR.

"*In casu*" o casal não possui bens, mas possui uma filha menor fruto, em tese, de amor e carinho, os quais desejam os autores preservar, por um lado. Não gostariam, como afirmado nas razões de apelo, de impactá-la com uma decisão que, aparentemente, ainda não foi amadurecida. Tanto isto é verdade que a mulher ainda deseja permanecer com o nome do cônjuge varão, como em seu "*status*" de casada.

Por outro lado, a possibilidade de reatarm sem a necessidade de se contrair novo matrimônio, nos parece dentre outros tantos efeitos, aquele que mais move o casal ao pretender a separação.

Ora, se a situação afetiva ainda não se afigura clara, madura, se há insegurança em relação ao grau de afetividade, se dúvidas existem no que se referem ao reatar das relações conjugais, não vislumbra o "Parquet" qualquer obstáculo jurídico que impeça a concessão deste efeito existente na lei.

Não nos parece cabível o argumento no sentido de que deveria o casal se separar de fato e aguardar nesta situação o deslinde das questões que impedem, por ora, a coabitação. A separação de fato não possui os mesmos efeitos jurídicos da separação consensual, assim como, a separação consensual não possui os mesmos efeitos jurídicos do divórcio.

Desta forma, apesar de filosoficamente concordar e abraçar os argumentos trazidos como fundamento de decidir, dentro da boa técnica, inegável nos parece que esta é uma "realidade" existente mais no campo da "*lege ferenda*".

Por fim, registre-se a incongruência do "*decisum a quo*". O ínclito Magistrado, prolator da decisão ora atacada, ao optar pela extinção do feito sem julgamento do mérito determinou que o casal continuasse na condição de casados, se assim ocorre, perde o sentido a determinação de seguir a cônjuge mulher com o nome de casada, até mesmo porque, casada ela está. Outros pontos da mesma forma restaram incongruentes.

Diante do exposto, esta Procuradoria de Justiça manifesta-se pelo conhecimento e provimento do recurso interposto decretando-se a separação do casal como pretendido na inicial.

Rio de Janeiro, 11 de novembro de 2011.

Kleber Couto Pinto
Procurador de Justiça