

DIVÓRCIO E OUTRAS QUESTÕES

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SEÇÃO CÍVEL

UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA N.º 15

APELAÇÃO CÍVEL N.º 10.115

EGRÉGIA OITAVA CÂMARA CÍVEL

Relator: Desembargador Olavo Tostes Filho

Apelante: L. L. Filho

1. *Divórcio. Divergência quanto ao início do prazo da separação de fato prevista no art. 40 da Lei n.º 6.515, de 26-12-77. O enunciado da lei é claro, não permite dúvida: "separação de fato, com início anterior a 28 de junho de 1977." Entretanto, a sentença (fls. 40), diretamente, e o acórdão divergente (fls. 76), indiretamente, se negam a aplicá-la por entenderem que ela vulnera o art. 2.º da Emenda Constitucional n.º 9, de 28 de junho de 1977, que exigiria estivesse o prazo de 5 (cinco) anos inteiramente decorrido antes de sua edição.*

2. *A competência para declarar a inconstitucionalidade da lei nos casos concretos é do Egrégio Órgão Especial, consoante com o art. 24, I, da Resolução n.º 1, de 21-03-1975, c/c art. 17, § 2.º da Lei Estadual n.º 272, de 7-11-1979. Mas, a Egrégia Seção Cível pode rejeitar a alegação de inconstitucionalidade.*

3. *O controle judiciário da inconstitucionalidade das Leis. A experiência norte-americana. Marbury vs. Madison.*

A presunção de constitucionalidade da lei é o princípio segundo o qual só se proclama a inconstitucionalidade quando ela é evidente, fora de qualquer dúvida razoável.

4. *Ainda que a norma do art. 2.º da Emenda n.º 9/77 comportasse duas exegeses, poderia o legislador ordinário optar por qualquer delas legitimamente.*

5. *Rejeição da invocada constitucionalidade e uniformização da jurisprudência no sentido de que o prazo da separação de fato pode iniciar-se antes da data da Emenda n.º 9/77, ou seja, de 28 de junho de 1977.*

PARECER

Cuida-se de uniformizar a jurisprudência sobre a tormentosa interpretação do art. 40 da Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977, em face do disposto no art. 2.º da Emenda Constitucional n.º 9, de 28 de junho de 1977, quanto a saber-se se o prazo referido no art. 2.º da Emenda n.º 9 deve estar terminado antes da data de sua promulgação ou apenas antes dela iniciado.

2. Reza o art. 2.º da Emenda Constitucional n.º 9, de 28-06-1977, *in verbis*:

"Art. 2.º. A separação, de que trata o § 1.º do art. 175 da Constituição, poderá ser de fato, devidamente comprovada em Juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta Emenda."

3. Ao disciplinar este dispositivo constitucional, o legislador deu-lhe a interpretação que se encontra no art. 40 da Lei n.º 6.515, de 26-12-1977, *in verbis*:

"Art. 40. No caso de separação de fato, com início anterior a 28 de junho de 1977, e desde que completados 5 (cinco) anos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual se deverão provar o decurso do tempo e a sua causa."

4. Verifica-se, portanto, haver o legislador explicitado requisitos de *temporalidade* (separação iniciada anteriormente à data da Emenda) e de *causalidade* ("... e a sua causa" — subsunção à regra do *divórcio motivado*, prevista no art. 1.º da Emenda, sob a expressão "nos casos expressos em lei"), provocando dúvidas quanto à constitucionalidade da norma.

5. Como a questão dos autos diz respeito apenas ao elemento temporal, a ele ficará circunscrito o nosso exame.

6. A norma constitucional é de direito transitório. O art. 2.º da Emenda n.º 9/77 abriu exceção à regra da prévia separação judicial instituída no § 1.º do art. 175 da Constituição, como condição do divórcio, a fim de alcançar a separação de fato anterior à data de sua promulgação, desde que comprovada sua ocorrência pelo prazo de 5 (cinco) anos.

7. Querem alguns intérpretes que esse prazo tenha totalmente transcorrido antes da data da Emenda, sustentam outros que apenas o início deva ser anterior a essa data.

8. A divergência se expressa nestes autos através dos seguintes acórdãos invocados pelo Apelante, requerente da uniformização, conforme respectivas ementas, *in verbis*:

"Divórcio. A separação de fato, para constituir causa de conversão em divórcio, há de ter o prazo completo de cinco anos anteriores ao advento da Emenda Constitucional n.º 9, de 28-6-77, deve existir, pois, desde 27 de junho de 1972."

(Egrégia 7.ª Câmara Cível. Apelação Cível n.º 8.031. Relator: Des. Rubem Rodrigues Silva).

Em sentido contrário:

1. *"Ação de divórcio. Nos termos do art. 40 da Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977, a separação deve ser anterior a 28-06-77, mas os cinco anos podem completar-se após essa data. Provimento do apelo da autora, para que o Juiz prossiga na ação e a decida como achar acertado" (E. 4.ª Câmara Cível, Apelação Cível n.º 8.601. Relator: Des. Euclides Félix de Souza).*

2. *"Separação de fato anterior à Emenda Constitucional n.º 9, de 28 de junho de 1977. É fundamento para o pedido de divórcio, ainda que o transcurso dos cinco anos tenha se completado em data anterior" (E. 8.ª Câmara Cível. Apelação Cível n.º 8.185. Relator: Des. Olavo Tostes Filho).*

A essas poderíamos acrescentar mais os seguintes:

3. *"Divórcio. Separação de fato. Apelação do M.P.*

.....
Para que o divórcio, no caso de separação de fato, seja decretado, não é necessário que os cinco anos de separação tenham decorrido até 28 de junho de 1977. Basta que a separação tenha tido início antes de tal data e, posteriormente, completado os cinco anos.

A Lei n.º 6.515, de 1977, em seu art. 40, não se choca com a Emenda Constitucional n.º 9/77. Apelação desprovida. Vencido o Des. Rodrigues Silva (Ac. 7.ª C.C. de 28-08-79. Ap. Cível n.º 8.512. Relator: Des. Pinto Coelho).

4. "Divórcio. Separação de fato. Divórcio consensual fundado em separação de fato que dura mais de cinco anos. Emenda Constitucional n.º 9. Art. 40 da Lei n.º 6.515, de 26-12-77. É permanente a possibilidade jurídica de divórcio aos separados de fato há mais de cinco anos (Ac. un. 4.ª C. Cível de 27-11-79. Ap. Cível n.º 9.116. Relator: Des. Hamilton Moraes e Barros).

5. "Divórcio. Separação de fato. Contagem do prazo. Divórcio fundado em separação de fato com mais de cinco anos, desde que satisfeitos os demais requisitos legais, não sendo absolutamente necessário que o quinquênio de separação esteja completo na data da citada emenda.

Ementa do voto vencido do Des. Paulo Dourado de Gusmão:

Divórcio. A ação direta de divórcio, com a prévia separação judicial, só pode ocorrer no caso de separação de fato, desde que anterior a 28 de junho de 1977 e desde que nessa data tenha completado pelo menos cinco anos. (Ac. 8.ª C. Cível de 13-11-79. Ap. Cível n.º 9.793. Relator: Des. L. Lopes de Sousa).

9. Evidenciada a divergência, vejamos qual a orientação da doutrina a propósito dessa confrontação dos dispositivos em análise.

10. Como a sentença se ampara na interpretação dada por J. Saulo Ramos, principiemos por transcrevê-la:

"Verifica-se que o art. 40 alterou o disposto pela Emenda, pois fala em separação de fato "com início anterior a 28 de junho de 1977 e desde que completados cinco anos..." Esta redação dá a entender que a separação pode completar o prazo após a Emenda, quando esta exige que os cinco anos tenham sido completados antes. Não há, pois, dúvida sobre a inconstitucionalidade da alteração pela lei ordinária. O prazo de cinco anos é anterior à Emenda e deverá ser devidamente comprovado em Juízo. As separações, com início antes de 28 de junho de 1977 e que completem cinco anos após esta data, deverão ser submetidas ao regime jurídico do art. 4.º ou 5.º, submetidos os cônjuges ao regime da prévia separação legal e à espera de três anos. O direito é ao divórcio indireto". (Divórcio à Brasileira, Editora Brasília, Rio, 1.ª Edição, 1978, pág. 110).

11. Aponta, ainda, o ilustre Juiz *Murilo Fábregas*, prolator da sentença de fls. 35/40, entendimento do eminente Desembargador *Paulo Dourado de Gusmão*, dado em voto vencido na Ap. 8.185, da Egrégia 8.^a Câmara Cível, como sendo o que serve de supedâneo ao seu ponto de vista. Todavia, a interpretação do eminente Desembargador procura conciliar o art. 40 com o art. 2.^o da Emenda n.^o 9/77, enquanto a enunciada por *J. Saulo Ramos*, acima transcrita, é radical no proclamar a inconstitucionalidade da norma da lei ordinária. Para maior clareza, vejamos o referido voto vencido do Desembargador *Paulo Dourado de Gusmão*, *in verbis*:

“

E assim, data venia, deve ser por objetivar o art. 40, da Lei n.^o 6.515, de natureza transitória, situações de fato constituídas na data da promulgação da Emenda n.^o 9, que em seu art. 2.^o, faz depender de prova de a separação de fato durar cinco anos, anteriormente à data de sua promulgação. Do contrário, data venia, se o art. 40 fosse aplicado a situações de fato em formação, que não tivessem duração de cinco anos em 28-06-77, não teria caráter transitório, por ser da natureza das disposições transitórias atender a situações jurídicas ou situações de fato constituídas na data da promulgação da lei nova. Estendê-la a situações em formação seria admitir até 1982 dois tipos de divórcio no Brasil, com conotações injustas, porquanto os casais que se submeterem à lei, tendo despesas judiciais, correndo o risco do pleito judicial, deverão esperar três anos para converter a separação judicial em divórcio, enquanto, p. ex., o casal, que separado de fato, sem os ônus das despesas judiciais, três anos antes de 28-06-77, dois anos depois, tem decretado o divórcio.”

12. Vê-se pois que a sentença se apoiou em interpretações que não se afinam: enquanto *J. Saulo Ramos* diz que o art. 40 da Lei n.^o 6.515/77 é inconstitucional por contrariar o art. 2.^o da Emenda n.^o 9/77, no tocante ao prazo da separação, o eminente Desembargador *Dourado de Gusmão* entende que se deve interpretar o art. 40 da Lei n.^o 6.515/77 como se ele não tivesse dito “separação de fato, com início anterior a 26 de junho de 1977”, porque, de outra forma, teríamos até 1982, dois tipos de divórcio no Brasil, com conotações injustas.

13. Trouxe o ilustre Curador *Affonso Pernet*, em exercício na Vara de Família de origem deste processo, adminículos doutrinários à compreensão do tema *sub judice*, que julgamos oportuno transcrever, *in verbis*:

“Washington de Barros Monteiro, que jamais escondeu sua antipatia pela adoção do divórcio, curva-se ao melhor entendimento, ao assinalar que:

“De modo idêntico se o quinquênio se iniciou antes de 28 de junho de 1977, mas só se completou depois de 26 de dezembro do mesmo ano, assiste ao cônjuge o direito de ajuizar também a ação de divórcio, tão logo se complete o interstício legal (art. 40)” (Curso de Direito Civil, 2.º volume, 17.ª edição, pág. 204).

*“e nem pode ser outra a interpretação, sob pena de consagrarem-se injustiças e absurdos, data maxima venia, dos que agasalham a posição oposta. Citado por Walde-
mar Leandro em sua Prática do Divórcio, Domingos Sávio B. Lima enfoca importante causa para assunção da tese aqui esposada:*

*“No Projeto de Lei do Senado n.º 156, de 1977, o artigo 39 estabelecia: no caso de separação de fato, com início anterior a 28 de junho de 1977 e desde que completados cinco anos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual deverão provar a causa da dissolução do casamento e do decurso do tempo da separação. Ao examinar a constitucionalidade, observou a Câmara dos Deputados que a expressão se for anterior à data desta Emenda pres-supõe, realmente, anterioridade global do prazo de cinco anos. Por isso, dispunha o art. 30 do substituti-vo que os cinco anos deveriam achar-se completados antes de 28 de junho de 1977. Mas o texto legal, com a aprovação do Senado Federal, contentou-se em que o quinquênio da separação de fato se tenha ini-
ciado antes da referida data, portanto até 1982” (op. cit., págs. 126/127, grifo do original).*

“De igual maneira, em interpretação autêntica, o autor do Projeto transformado em lei, o Senador Nelson Car-

neiro, na justificação do citado projeto, deixou clara a intenção da proposta que fazia ao Congresso Nacional, ao assinalar que:

“Os que estiverem judicialmente separados há mais de três anos ou completarem cinco anos de separação de fato, iniciada antes de 28 de junho último, poderão requerer diretamente o divórcio, de acordo com a Emenda Constitucional, na forma estabelecida na projeto.”

Em entrevista ao jornal “O GLOBO”, em 06 de dezembro de 1977, reafirmava o autor do Projeto:

“O principal é que a separação tenha começado antes do dia 28 de junho de 1977. A partir da data da separação começou a ser contado cinco anos para a separação judicial, e concluído esse prazo, o interessado pode pleitear diretamente o divórcio.”

“Logo, não há razão para a restrição que se quer impor, até porque não é lícito ao intérprete restringir onde o legislador não o faz. Todas as restrições à concessão do divórcio estão feitas expressamente na lei especial, como é exemplo a limitação à concessão do divórcio uma só vez.”

14. Voltando à doutrina, vale transcrita a opinião de *Silvio Rodrigues* sobre a questão do prazo na Emenda n.º 9/77, *in verbis*:

“Uma possível imperfeição da lei, que não é propriamente dela mas da Emenda Constitucional, ambas de voto inspirado na Lei Italiana de 1970, é a de só permitir o divórcio aos separados de fato há mais de cinco anos, se a separação iniciou antes da promulgação da Emenda Constitucional n.º 9, de 28 de junho de 1977. A restrição contida na regra brasileira se explica em justificativa de caráter estratégico, pois tamanha era a onda contra o divórcio, que o legislador, para lograr sua aprovação, teve que fazer transigência em mais de um passo. Será aconselhável, no futuro, que a restrição desapareça, e que a separação de fato, por mais de cinco anos, quer tenha sido seu início antes, quer depois da Emenda Constitucional, seja pressuposto autônomo para o divórcio direto.”

Todavia, enquanto a Emenda Constitucional n.º 9/77 prevalecer, o divórcio direto, baseado em separação de fato, envolverá o mister de provar que esta teve o seu início antes de 28 de junho de 1977". (*O Divórcio e a Lei que o regulamenta*, Saraiva, 1978, págs. 184/5).

15. Em excelente monografia, J. M. Antunes Varela assim se manifesta sobre o assunto, *in verbis*:

"Ao lado do divórcio por conversão, a Lei n.º 6.515 admitiu ainda, na seqüência do art. 2.º da Emenda Constitucional n.º 9, o divórcio baseado na separação de fato já existente à data em que a Emenda foi aprovada.

Para designar, sinteticamente, este núcleo importante de situações (acumulado ao longo dos anos pelo regime de indissolubilidade do casamento), chamar-se-lhe-á casos de divórcio direto ou de pedido direto de divórcio.

Divórcio direto significa que o divórcio não é precedido da passagem prévia pelo estágio da separação judicial. A intervenção judicial dá-se apenas para, a partir da situação de fato existente, decretar a dissolução do matrimônio. Não basta, porém, a separação de fato anterior a 28 de junho de 1977, com cinco anos de duração, ainda que devidamente comprovada, para o requerimento do divórcio.

Ao requerer o divórcio, o autor terá certamente que alegar a separação de fato anterior a 28 de junho de 1977, bem como a sua duração não inferior a cinco anos, podendo este período ter-se completado antes ou depois daquela data" (*Dissolução da Sociedade Conjugal*, Forense, Rio, 1980, 1.ª ed., págs. 128/9).

16. R. Limongi França diz que a redação do artigo 2.º da Emenda Constitucional n.º 9, *in verbis*:

"... sem dúvida é equívoca, insegura e inadequada" (*Lei do Divórcio*, Saraiva, S. Paulo, 1978, pág. 41).

17. Vale também a citação do seguinte passo de Ulderico Pires dos Santos, *in verbis*:

"No nosso direito, ele é admitido apenas quando os cônjuges já se encontram separados desde que essa separação já existisse há mais de cinco anos antes da vigência da Lei n.º 6.515/77, ou depois dela, desde que iniciada a contagem desse quinquênio anteriormente a 28 de junho de 1977" (*A Lei do Divórcio*, Forense, Rio, 2.ª ed., pág. 127).

18. Como o nosso propósito é o de verificar a posição da doutrina em face do dispositivo questionado, não poderemos furtar-nos a mais uma transcrição, desta feita do renomado civilista Darcy Arruda Miranda, *in verbis*:

“Donde se conclui que o legislador divorcista procurou conceder uma regalia especial aos casais já separados de fato há mais de cinco anos, anteriores à data da promulgação da Emenda n.º 9 e que, por qualquer motivo, não se haviam desquitado. E como se trata de execução à regra geral do divórcio, ele deixou de abranger as separações de fato que vierem a ocorrer após a data de 28 de junho de 1977. Limitou-se a sua abrangência aos fatos anteriores, simplesmente.

As posteriores deveriam seguir a regra da separação judicial.

Assim, aqueles que se enquadram na moldura excepcional poderão, independentemente da separação judicial, requerer, em ação própria, de rito ordinário, a concessão do divórcio, diretamente, no curso da qual deverão provar a decorrência do prazo de cinco anos da separação de fato, bem como a causa originária.

São, assim, elementos do divórcio fundado na separação de fato:

- a) que os cônjuges estejam separados de fato, há mais de cinco anos;*
- b) que essa separação tenha tido início em data anterior a 28 de junho de 1977;*
- c) determinação da causa da separação, que não poderá ser outra senão uma das previstas nos arts. 4.º e 5.º e seus parágrafos” (A Lei do Divórcio Interpretada, Saraiva, S. Paulo, 1978, págs. 206/7).*

19. E para finalizar esse corte transversal na doutrina brasileira sobre o assunto, este passo da obra do Professor paranaense Waterloo Marchesini Júnior, *in verbis*:

“Afora tais considerações genéricas, no âmago do “caput” do texto em exposição, encontra-se norma esclarecedora, relacionada com o citado art. 2.º da Emenda que instituiu a dissolução do casamento por separação de fato, devidamente comprovada em juízo, e pelo prazo de cinco anos, “se for anterior à data desta Emenda”. Porque a mencionada redação é dúbia, o legislador ordinário esclareceu-a pela expressão “com início anterior a 28 de

junho de 1977, e desde que completados 5 (cinco) anos”, de modo a ter-se em mente, que o divórcio direto, de acordo com a Lei, terá ainda longa aplicação, não só para os cônjuges já separados há mais de cinco anos, como àqueles, cuja separação se iniciou antes da vigência do ordenamento constitucional” (*Instituição do Divórcio no Brasil, Juruá, Editora, Paraná, 1978, 1.ª ed., p. 306*).

20. Tivemos assim uma idéia da posição doutrinária a respeito do confronto do art. 2.º da Emenda n.º 9/77 com o art. 40 da Lei n.º 6.515/77. Parece-nos predominar o entendimento, tanto na jurisprudência quanto na doutrina, no sentido da constitucionalidade do art. 40 da Lei n.º 6.515/77, não obstante a dubiedade do art. 2.º da Emenda Constitucional n.º 9/77.

21. O dispositivo em análise — art. 40 da Lei n.º 6.515/77 — é claríssimo ao enunciar “separação de fato, com início anterior a 28 de junho de 1977”. A luminosidade solar da norma conjura qualquer interpretação em contrário. Portanto, ou se uniformiza a jurisprudência de acordo com a norma legal, ou se conhece da argüição de sua inconstitucionalidade, e se remete o processo ao Egrégio Órgão Especial para o julgamento da argüição, consoante com o art. 24, I, da Resolução n.º 1, de 21-03-1975, c.c. art. 17, § 2.º da Lei estadual n.º 272, de 07-11-1979, uma vez que o MM. Juiz prolator da sentença apelada asseriu que a norma “fere. . . ., como leciona Saulo Ramos, o dispositivo constitucional” (fls. 40). A Egrégia Seção Cível funcionará, na realidade, como instância de conhecimento.

22. No sistema jurídico brasileiro, o *controle judicial da constitucionalidade das leis* se opera, quer no caso concreto, quer mediante suscitação ao Procurador-Geral da República para representar ao Supremo Tribunal Federal, no sentido de que declare a inconstitucionalidade da lei (CF, 119, e).

23. Cumpre recordar que o princípio fundamental desse controle foi formulado pelo *Chief Justice John Marshall*, relator do acórdão proferido pela *Supreme Court* no famoso caso *Marbury vs. Madison*, em 24 de fevereiro de 1803, e no qual se assentou, *in verbis*:

“So if a law be in opposition to the constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is very essence of judicial duty.

If, then, the courts are to regard the constitution, and the constitution is superior to any ordinary act of the legis-

lature, the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply". (Gerald Gunther and Noel T. Dowling, *Constitucional Law, The Foundation Press. Inc., New York, 8th, edition, 1970, p. 10*).

24. No exercício desse controle, tem-se entendido deverem os tribunais agir com critério e somente declarar a inconstitucionalidade da lei quando sua invalidade estiver além de qualquer dúvida razoável.

"The power assumed by the courts to determine the constitutionality of legislation involves dual responsibilities. On the one hand, it is the duty of the court to strike down a statute that clearly violates the constitution, as it is the function of a court to determine what law is valid and applicable in the case before it. On the other hand a proper respect for a co-ordinate branch of government requires that a court exercise self-restraint in exercising this power. Hence, a court will not declare a statute unconstitutional unless its invalidity is beyond reasonable doubt, nor will a court pass upon the constitutionality of a statute except in a proceeding in which the question is necessarily involved" (Rubert T. Kimbrovgh, *Summary of American Law, The Lawyers Co-operative Publishing Co., New York, 1st and 2d. editions, 1974, p. 41*).

25. Viajando na mesma alheta, e com forte apoio em *Tucker, Black, Cooley e Willoughby*, o renomado publicista *Carlos Maximiliano* doutrina que, *in verbis*:

"Presumem-se constitucionais todos os atos do Congresso e do Executivo. Só se proclama, em sentença, a inconstitucionalidade, quando esta é evidente, fora de toda dúvida razoável" (*Comentários à Constituição Brasileira de 1946, vol. 1, Freitas Bastos, Rio, 1954, 5.ª ed.*).

26. Inspirado igualmente nas lições de *Henry Black*, o saudoso constitucionalista *Lúcio Bitencourt* também ensinava, *in verbis*:

"Os legisladores, no mesmo modo que os juízes, estão obrigados a obedecer e cumprir a Constituição, e deve-se entender que eles medem e pesam, convenientemente, a validade constitucional dos atos que elaboram. Em conseqüência, toda presunção é pela constitucionalidade da lei e qualquer dúvida razoável deve-se resolver em seu favor e não contra ela — "every reasonable doubt must be resolved in favor of the statute, not against it."

E os Tribunais não julgarão inválido o ato, a menos que a violação das normas constitucionais seja, em seu julgamento, clara, completa e inequívoca — “clear, complete and unmistakable” (O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis, Forense, 1968, p. 92).

27. Por conseguinte, para que se afirme a inconstitucionalidade do art. 40 da Lei n.º 6.515/77, porque, ao dizer “a separação de fato, com início anterior a 28 de junho de 1977”, teria contravindo o art. 2.º da Emenda Constitucional n.º 9/77, será necessário que esse entendimento tenha resultado de clara e forte convicção, fora de toda dúvida razoável.

28. A nossa convicção, ao revés, é no sentido de que o texto do art. 2.º da Emenda n.º 9/77 possibilitaria tanto uma quanto outra das interpretações, e que o legislador ordinário, optando por uma delas, não contrariou a norma constitucional.

29. Essa, aliás, é a conclusão a que chegou também o ilustre Desembargador Athos Gusmão Carneiro, *in verbis*:

“O art. 2.º da Emenda Constitucional que introduziu no direito brasileiro o divórcio a vínculo, pode, realmente, comportar duas exegeses. Em lei ordinária, o legislador optou por uma delas, a qual, aliás, parece ser mesmo a mais adequada. Ao judiciário impende prestigiar, nos termos da orientação tradicional e tranqüila já exposta, a opção adotada pelo Poder Legislativo, pois não há antagonismo evidente entre a lei ordinária e a regra da Lei Maior” (“Divórcio Direto. Início do Prazo da Separação de Fato”, in “Revista Brasileira de Direito Processual”, volume 21, 2.º Trim. 1980, Forense, pág. 46).

Nesse artigo o ilustre Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul transcreve comentário do Prof. Pedro Sampaio, da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, que merece ser reproduzido, *in verbis*:

A Emenda Constitucional, no art. 2.º, não precisou que o lapso de cinco anos fosse concluído antes de 28 de junho de 1977. Neste dispositivo existe a locução “pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta Emenda.”

A expressão “se for anterior à data desta Emenda” poderá compor-se com dois outros enunciados do mencionado artigo, formando estas frases: “separação de fato anterior à data desta Emenda”, ou “prazo de cinco anos, anterior à data desta Emenda”. O art. 40, ante a falta de

clareza do texto constitucional, preceituou, a nosso ver, com acerto, que o início da separação poderá ser anterior à data da Emenda”.

30. Com efeito, se analisarmos logicamente o art. 2.º da Emenda n.º 9/77 chegaremos a essa conclusão. O período é o seguinte:

“A separação, de que trata o § 1.º do art. 175 da Constituição, poderá ser de fato, devidamente comprovada em Juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta Emenda.”

Temos então:

oração principal:

“A separação . . . poderá ser de fato,

oração subordinada:

adjetiva

explicativa:

*“de que trata o § 1.º do art. 175 da Constituição” (essa intercalada acentua a qualidade do substantivo **separação**, mas pode ser eliminada do período sem prejuízo do sentido),*

oração subordinada

adverbial

conformativa:

“devidamente comprovada em Juízo . . .” (aparentemente uma adjetiva participial, mas, na realidade, adverbial),

oração subordinada

adverbial

temporal:

“e pelo prazo de cinco anos” (elipse do verbo “ser”; deve ser lida “e ser pelo prazo de cinco anos. Não obstante o conectivo “e” a oração é subordinada à principal),

oração subordinada

adverbial

condicional:

“se for anterior à data desta Emenda.”

31. Ora, como não há prioridade entre as subordinadas no seu relacionamento com a principal, segue daí que a posição delas deve estar condicionada à clareza da frase ou à ênfase do tópico frasal. Assim, poder-se-ia dizer:

1. *A separação . . . poderá ser de fato, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta Emenda, devidamente comprovada em Juízo*”,

ou, como está na Emenda,

2. *A separação . . . poderá ser de fato, devidamente comprovada em Juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta Emenda*”,

ou, ainda,

3. *A separação . . . poderá ser de fato, se for anterior à data desta Emenda, e pelo prazo de cinco anos, devidamente comprovada em Juízo.*”

32. Chega-se, portanto, à desenganada conclusão de que o legislador apenas disse que a separação poderia ser de fato, desde que anterior à data da Emenda, e pelo prazo de cinco anos. Não disse, por exemplo:

“A separação de fato com mais de cinco anos à data desta Emenda, desde que devidamente comprovada em Juízo, produzirá os mesmos efeitos da separação de que trata o § 1.º do art. 175 da Constituição.”

Não, o legislador, embora pudesse, não disse isso.

33. Assim, diante do que efetivamente foi dito no art. 2.º da Emenda n.º 9/77, o legislador ordinário deu ao artigo 40 da Lei n.º 6.515/77 a seguinte disposição, *in verbis*:

“No caso de separação de fato, com início anterior a 28 de junho de 1977, e desde que completados 5 (cinco) anos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual deverão provar o decurso do tempo da separação e a sua causa.”

Cotejemos os dois dispositivos:

Art. 40 da Lei n.º 6.515/77

1 — *No caso de separação de fato,*

2 — *com início anterior a 28 de junho de 1977,*

- 3 — e desde que completados 5 (cinco) anos,
- 4 — poderá ser promovida ação de divórcio
- 5 — na qual se deverão provar o decurso do tempo e a sua causa.

Art. 2.º da Emenda

- 1 — A separação poderá ser de fato,
- 2 — se for anterior à data desta Emenda (28-06-77),
- 3 — pelo prazo de cinco anos,
- 4 — implícita na remissão feita pela intercalada “de que trata o § 1.º do art. 175 da Constituição.”
- 5 — devidamente comprovada em Juízo.

34. A simetria é perfeita. E é preciso que se diga também, conquanto não esteja em discussão, que a frase “e a sua causa” não constitui uma demasia, pois o legislador no § 2.º só ressaltou a parte relativa à separação, que tanto pode ser judicial quanto de fato, mas deixou intacto o preceito “o casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei” — a que acrescentaríamos — por duas formas: pela prévia separação judicial, por mais de três anos, e pela separação de fato por mais de cinco anos, anterior a 28-06-77.

35. O legislador constitucional não se definiu quanto ao prazo, ensejando ao legislador ordinário a possibilidade de optar por qualquer das duas exegeses. Não houve agravo ao texto constitucional, apenas definiu-se o que ficara nebuloso. O art. 40 da Lei n.º 6.515/77 não pode ser declarado inconstitucional.

36. Há outro dado de interpretação que não pode ser omitido, porque expressamente referido na sentença. Realmente os autores são unânimes em filiar, quer o art. 2.º da Emenda, quer o art. 40 da Lei n.º 6.515, a dispositivo da legislação italiana pertinente ao divórcio, e segundo a qual, *in verbis*:

“La separazione di fatto per essere rilevante ai fini del divorzio deve avere avuto una durata almeno di cinque anni e la stessa deve essere iniziata da almeno due anni dall’entrata in vigore della L.D. (e cioè dal 18-12-1968)”.

(La Separazione Personale dei Coniugi — Francesco Sacardula — Milano, 1974, p. 55, in sentença fls. 37).

Em vernáculo significaria dizer que:

"A separação de fato para fim de divórcio deve ter tido uma duração de ao menos cinco anos e deve ser iniciada ao menos dois anos a partir da entrada em vigor da L.D. (isto é 18-12-1968)".

37. Como se vê, embora se trate da conversão de separação de fato em divórcio e seja também de 5 (cinco) anos o prazo estabelecido, cessam aí as coincidências, porque a norma italiana consagrou definitivamente a separação de fato, fixando até um prazo de carência de 2 (dois) anos para sua aplicação, afastando a hipótese de separações a ela anteriores, ou seja, de situações constituídas antes de a lei entrar em vigor. Muito diferente, portanto, em seu alcance, da norma constitucional brasileira, que cogitou de separações de fato anteriores a ela, quer tenha decorrido inteiramente o prazo, quer tenha ele apenas se iniciado.

38. Nessas condições, opinamos pela rejeição da alegada inconstitucionalidade, bem como pela prevalência da interpretação segundo a qual o prazo da separação de fato, previsto no art. 40 da Lei n.º 6.515/77, pode iniciar-se antes da data da Emenda n.º 9/77, vale dizer, antes de 28-06-77.

Rio de Janeiro, 10 de maio de 1980.

EVERARDO MOREIRA LIMA
Procurador da Justiça