REVISTA DOS TRIBUNAIS

TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS BIBLIOTECA

ANO 68 NOVEMBRO 1979 VOLUME 529

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA BIBLIOTECA

com os cumprimentos da
EDITORA RT
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Publicação oficial do Tribunal de Justiça, Primeiro e Segundo Tribunais de Alçada Civil e Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo; dos Tribunais de Justiça do Paraná, Mato Grosso, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Bahia, Minas Gerais e dos Tribunais de Alçada de Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro

DIVÓRCIO DIRETO

Início do prazo da separação de fato

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO

Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul — Professor de Direito Processual Civil na Universidade Federal do Rio Grande do Sul e nos Cursos de Preparação à Judicatura da AJURIS

Não padece de inconstitucionalidade a lei ordinária, ao considerar desnecessário que o prazo de cinco anos de separação de fato já esteja completo na data da Emenda Constitucional, bastando que a separação tenha sido iniciada antes de tal data.

Presumem-se constitucionais os atos do Congresso, e somente deve ser judicialmente proclamada a inconstitucionalidade, e, assim, negada aplicação à lei ordinária, quando a contradição entre a lei e o estatuto político fique acima de toda dúvida razoável, ou seja, quando apresentar-se clara e inequívoca a violação da norma hierarquicamente superior.

1. Em pedido de divórcio consensual, formulado com fundamento no art. 2.º da EC 9/77, c/c o art. 40, § 2.º, da Lei 6.515/77, o magistrado, após realizar a audiência de ratificação, declarou **extinto o processo**, sob o argumento de que, na data da publicação da EC 9 (28.6.77), não haviam ainda os requerentes completado os cinco anos de separação de fato. Considerou o julgador que o preceito do art. 40 da Lei 6.515/77, "permitindo o divórcio quando a separação tiver cinco anos, bastando que seu início seja anterior à data da publicação da Emenda Constitucional, inova a matéria, o que não pode ser admitido".

Recorreram os requerentes, alegando que o magistrado dera pela inconstitucionalidade do art. 40 da Lei 6.515, pois estavam satisfeitos os requisitos legais para o acolhimento do pedido e devidamente provada a separação de fato dos requerentes por mais de cinco anos e com início anterior a 28.6.77.

Realmente ocorreu, no caso então em julgamento, a negativa de aplicação, pelo juiz singular, de norma de lei ordinária, sob o fundamento de que tal norma seria infringente à regra constitucional — EC 9, art. 2.º, "verbis": "A separação, de que trata o § 1.º do art. 175 da CF, poderá ser de fato, devidamente comprovada em juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta Emenda".

2. Induvidosos, no sistema brasileiro de controle da constitucionalidade das leis, o poder e o dever de o juiz singular negar aplicação, "incidenter tantum", à norma jurídica que reputar infringente ao estatuto político de maior hierarquia.

Cabe, aqui, verificar se realmente existe o pretendido antagonismo entre a re-

gra da Emenda Constitucional e a lei ordinária que regulamentou o divórcio.

3. O Prof. Pedro Sampaio, da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, em excelentes e didáticos comentários à Lei 6.515, de 26.12.77, obra sob o título "Divórcio e Separação Judicial", trata do chamado divórcio direto, ou "extraordinário", aquele previsto no art. 40 da Lei 6.515, referindo que a contagem do prazo da separação de fato, de que tratam a norma constitucional e a lei ordinária, comporta dois, entendimentos. Por um primeiro entendimento, "o prazo da separação de fato completa-se totalmente antes da promulgação da Emenda, isto é, a 28.6.77". Pelo segundo entendimento, o prazo "inicia-se antes da promulgação da Emenda e pode ser completado depois da vigência desta". Refere o citado autor, textualmente: "A Emenda Constitucional, no art. 2.º, não precisou que o lapso de cinco anos fosse concluído antes de 28.6.77. 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" (ob. cit., n. 140).

O Prof. Orlando Gomes, em seu "Direito de Família", Forense, 3.ª ed., n. 158, alude à "péssima redação do texto da Emenda Constitucional". E disse o seguinte: "Na segunda, a separação judicial é substituída pela separação de fato, mas além de se dilatar para cinco anos a sua duração mínima, exige o artigo que tenha começado antes da promulgação da Emenda.

"Quem se separe depois de 28.6.77 não poderá obter, com fundamento nesta disposição constitucional, o divórcio. Beneficia, por conseguinte, somente as coisas com mais de cinco anos de separação de fato à data da Emenda e os que completarão esse prazo de carência até do dia 27.6.82" (pp. 307-308, n. 158).

Talvez o trabalho mais completo a respeito da legislação do divórcio seja a monografia de Yussef Said Cahali, Forense, 1978, sob o título "Divórcio e Separação". O autor, ilustre Magistrado de segunda instância em São Paulo, sequer cogita diretamente, quando trata da "ação direta do divórcio", de eventual inconstitucionalidade do art. 40. Expõe, entretanto, que "o requisito comum de todas as modalidades de divórcio direto encontra-se na separação de fato por mais de cinco anos, iniciada antes de 28.6.77" (ob. cit., n. 84, p. 351).

4. É certo que os tribunais só devem declarar a inconstitucionalidade de lei quando a incompatibilidade com a Lei Maior apresentar-se evidente.

Assim o magistério de José Luiz Anhaia Mello, em sua monografia "Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição" (Ed. Revista dos Tribunais, 1968): "Daí a doutrina aconselhar que, nos casos da espécie, deve o juiz apoiar-se numa "clear and strong convicton", presumindo sempre a constitucionalidade da lei, e interpretando restritivamente os poderes de juiz constitucional" (ob. cit., p. 99).

E faz remissão, adiante, ao ensinamento de Carlos Maximiliano ("Comentários à Constituição Brasileira", 4.ª ed., 1948, vol. 1.º/153-159), quando o eminente constitucionalista afirmou: "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".

Lúcio Bittencourt ("O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis", Forense, ed. 1968) também considera que, na dúvida, deve o magistrado decidir pela constitucionalidade das leis ordinárias: "Uma vez que a inconstitucionalidade não se presume, é indispensável que sua demonstração seja feita de modo tal que a incompossibilidade entre a lei e o estatuto político fique acima de toda dúvida razoável "beyond all reasonable doubt" (p. 115). E anteriormente trouxera a lição de Henry C. Black: "Os legisladores, no mesmo modo que os juízes, estão obrigados a obedecer e cumprir a Constituição e deve-se entender que eles medem e pe-

sam, 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" (p. 92).

5. 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.