

Julgado em

16/04/1979

RUPTURA DA VIDA EM COMUM POR MAIS DE CINCO ANOS — QUANDO SE DECRETA**RESUMO**

- A matéria discutida nestes autos é exclusivamente de direito e prende-se à interpretação do art. 40 da Lei nº 6.515, de 26-12-1977. Como se sabe, a decretação do divórcio na sistemática desse diploma, pressupõe em regra separação judicial (desquite na terminologia do Código Civil) existente há mais de três anos. Nas "Disposições finais e transitórias", porém admitiu-se, mediante o citado dispositivo, a possibilidade de pleitear-se diretamente o divórcio, por mútuo consenso ou por iniciativa de um só dos cônjuges, desde que concorram determinados pressupostos. Reza o art. 40: "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 se deverão provar o decurso do tempo da separação e a sua causa", acrescentando o § 1º: "O divórcio, com base neste artigo só poderá ser fundado nas mesmas causas previstas nos artigos 4º e 5º e seus parágrafos" os quais, esclareça-se, arrolam os possíveis motivos de separação judicial. - O ponto crucial é a exigência do "caput" com relação à "causa". Tal referência tem suscitado perplexidades, por desfigurar, segundo se afirma, o caráter puramente objetivo do "Tatbestand". Tratando-se como diz a doutrina, de "divórcio remédio", e não de "divórcio sanção", não faria sentido que a lei impusesse ao juiz a investigação da causa, muitas vezes inoportuna ou até praticamente inviável, quando longo o período de separação. Do desate dessa questão depende a solução do presente litígio, pois é incontroverso o fato de estarem os cônjuges separados há mais de cinco anos, desde data anterior a 28 de junho de 1977. A argumentação da Apelante orienta-se no sentido de negar a procedência do pedido de divórcio porque o apelado não provou ser-lhe imputável, a ela, a causa da separação. Resta ver se acolhe o argumento. - Redigido com má técnica - no que, aliás, não se distancia do texto restante da Lei nº 6.515 - o art. 40 põe diante do intérprete problema hermenêutico de certa dificuldade. Vêm sentindo isso os comentadores do diploma, que ou se abstém de enfrentar a questão - e são a maioria -, ou se limitam a registrá-la, sem dar-lhe verdadeiro desate. Assim, por exemplo, SILVIO RODRIGUES, "O divórcio e a lei que o regulamenta", S. Paulo, 1978, pág. 184, critica o legislador por haver incluído referência à causa. A crítica é relevante "de lege ferenda", mas não ajuda o aplicador da norma, que tem de considerá-la tal qual é, e não como deveria ser. Cumpre tomar posição diante do texto, para à luz dele julgar a espécie. - Não conduz a resultado razoável o entendimento puramente literal do art. 40 "caput". Se fôssemos aceitá-lo "ut verba sonant", teríamos de reputar exigível, como pressuposto da decretação do divórcio, a prova da causa da separação de fato, por prazo superior a cinco anos, iniciado antes de 28 de junho de 1977. Com efeito, o "sua", na parte final do dispositivo, parece reportar-se à "separação de fato", de que nele se cogita. - Semelhante inteligência, contudo, mal se harmoniza com o disposto no § 1º, onde se indicam as causas em que pode fundar-se o divórcio, e que são as mesmas suficientes para a decretação da separação judicial, por mútuo consentimento (art. 4º) ou contenciosa (art. 5º e seus parágrafos). O que se quis foi, na hipótese de separação de fato por mais de um quinquênio, desde época anterior à data referida, dispensar os interessados no divórcio de atravessar a etapa intermediária da separação, pela qual teriam normalmente de passar. Tornou-se possível, em casos tais, a obtenção direta do divórcio, mesmo sem prévia separação judicial. No fundo, pois equiparou-se a esta, como pressuposto do divórcio, a mera separação de fato, contanto que iniciada antes de 28 de junho de 1977 e perdurante por mais de cinco anos. Entretanto, como não se pretendeu liberalizar a admissibilidade do divórcio, para casos desse gênero, mais do que para os conseqüentes à separação judicial, subordinou-se a decretação, ainda aqui, à ocorrência de alguma das causas que justificariam tal

separação. Em outras palavras: os cônjuges separados de fato por tempo superior a cinco anos, desde antes de 28 de junho de 1977, podem divorciar-se sem necessidade de prévia separação judicial? Há de ficar provada, contudo, a existência de fundamento bastante, em tese, para que essa separação se consumasse. Prescinde-se da conseqüência (separação judicial), mas não se prescinde da causa que a justificaria. - O raciocínio

EMENTA

Decreta-se o divórcio, uma vez comprovada a separação de fato e a ruptura da vida em comum, por mais de cinco anos, desde data anterior a 28 de junho de 1977, e a impossibilidade da reconstituição do lar conjugal.