

Reserva de Plenário: Inconstitucionalidade dos Artigos 1.572 e 1.573 do CC/2002

Carlos Sérgio dos Santos Saraiva

Juiz de Direito da 4ª Vara Cível de Campo Grande

1. RESERVA DE PLENÁRIO E SÚMULA VINCULANTE N. 10

Dispõe o artigo 97 da CRFB/1988 sobre a denominada cláusula de reserva de plenário, em que a inconstitucionalidade de uma lei ou ato do poder público só pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal ou dos membros do Órgão Especial (artigo 93, IX, CRFB/1988).

Por força desse sistema, não podem os órgãos fracionários dos tribunais apreciar a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público.

Sobre a Cláusula de Reserva de Plenário como regra especial para tribunais para garantia de maior segurança jurídica, o constitucionalista Alexandre de Moraes¹ assentou que:

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente proclamado que a desconsideração do princípio em causa gera, como inevitável efeito consequencial, a nulidade absoluta da decisão judicial colegiada que, emanando de órgão meramente fracionário, haja declarado a inconstitucionalidade de determinado ato estatal.”

1 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24 ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 712 e 713.

...

A cláusula de reserva de plenário não veda a possibilidade de o juiz monocrático declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, mas, sim, determina uma regra especial aos tribunais para garantia de maior segurança jurídica. Além disso, não se aplica para a declaração de constitucionalidade dos órgãos fracionários dos tribunais”.

Em paralelo, como asseverou Humberto Theodoro Júnior²:

“Se a questão de inconstitucionalidade já houver sido decidida anteriormente pelo colegiado ou pelo Supremo Tribunal Federal, não é necessário reiterá-la em cada novo processo que verse sobre a mesma matéria. Os órgãos fracionários, a que couber a competência para o recurso ou a causa, proferirão o julgamento, sem suscitar o incidente do art. 480 (Lei nº 9.756, de 17.12.98).

Sabe-se que, no controle difuso, qualquer juiz poderá pronunciar a inconstitucionalidade de lei estadual perante a Constituição da República. Entretanto, cuidando-se de órgão fracionário do Tribunal, caberá tal pronúncia ao Órgão Especial, nos termos do artigo 97 da CRFB/1988, consoante o incidente regulado nos artigos 480 e 481 do CPC, uma vez que a referida norma constitucional tem natureza de regra de julgamento da questão constitucional, em virtude do quórum exigido em tais casos.

Assim, a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público será provocada mediante a instauração do incidente de arguição de inconstitucionalidade nos tribunais, afastando-se, assim, sua apreciação por Câmara, Turma ou outro órgão parcial do Tribunal.

A decisão adotada pela maioria absoluta dos membros do Tribunal ou dos membros do Órgão Especial no incidente de arguição de incons-

² **Curso de Processo Civil**, Volume I, 47a. Edição, Editora Forense, página 763

titucionalidade torna-se premissa inafastável da solução que será adotada pelo órgão fracionário do mesmo Tribunal.

Em junho de 2008, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula vinculante nº 10, nos seguintes termos:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Assim, o órgão fracionário não poderá violar a decisão constante do incidente de arguição de inconstitucionalidade, sob pena de incidência dos efeitos da Súmula vinculante nº 10.

De outro lado, cabe ressaltar que a referida decisão possui efeito inter partes, ou seja, somente gera efeitos para as partes e terceiros interessados.

2. SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA E INCONSTITUCIONALIDADE DA ATRIBUIÇÃO DE CULPA

A doutrina moderna defende o afastamento da identificação do culpado pela ruptura da sociedade conjugal. Entendo suficiente a manifestação de vontade de um dos cônjuges no sentido de não mais pretender conviver com o seu consorte. Esse entendimento melhor se coaduna com a posição já adotada por grande parte da doutrina sobre a questão, também adotada pelo legislador ao prever, no artigo 1.573, parágrafo único, do CC/2002, a possibilidade de o juiz considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum ao analisar o pedido de separação judicial.

Nesse particular, há de se ressaltar que, se a separação judicial já impinge aos cônjuges, bem como à sua prole, caso haja, considerável sofrimento e desgaste emocional, a aferição de culpa pela separação ocasionará, indubitavelmente, a intensificação desses dissabores, máxime quando utilizada por motivo de vaidade ou vingança pelo cônjuge que se considera inocente.

A esse respeito, é pertinente refletir sobre doutrina de Carlos Roberto Gonçalves³, quando assinala que:

“...A exigência da pesquisa da culpa representa um retrocesso da legislação, tendo em vista a tendência demonstrada pelo direito de família brasileiro, facilitando a dissolução do casamento mediante a simples prova de um ano ininterrupto de separação de fato, sem qualquer indagação sobre a culpa, bem como permitindo o divórcio direto com o preenchimento de um único pressuposto: o transcurso do prazo de dois anos ininterruptos de separação de fato...”

Tal propósito acarretará inteira devassa na intimidade do casal, e certamente serão trazidos à lide fatos que, objetivamente, em nada influenciariam na separação, se paralelamente à culpa pela separação, essa também se funda na ruptura da vida em comum pelo desaparecimento do *affectio societatis*.

Ninguém deve ser considerado culpado por buscar amor e felicidade. Se a vida em comum se tornou insustentável para os cônjuges, ao ponto de levar à separação, que essa seja considerada a sua causa principal, para que a dignidade das pessoas envolvidas nesse processo seja efetivamente resguardada.

Nos tempos modernos, a visão que se deve ter do casamento é outra. Se a realidade do matrimônio não permite o prosseguimento da vida em comum, a separação há de ser decretada, caso se verifique a vontade dos cônjuges em não mais manter o vínculo conjugal. Ademais, assinale-se que a manutenção do casamento nessa circunstância somente trará prejuízos à prole, caso exista.

Entendo que descabe examinar a responsabilidade sobre o término da relação marital, não se atribuindo culpa a qualquer das partes, mas tão

3 GONÇALVES, Carlos Roberto. (**Direito Civil Brasileiro**, Volume VI, Editora Saraiva, p. 205/206).

somente à corrosão dos sentimentos, ao desamor que se instala no seio da relação. O questionamento sobre a responsabilidade de um só dos cônjuges pelo fim do casamento deve ser afastado pelo Julgador, visto que está associado à catarse emocional que visa a expungir de si qualquer sentimento de responsabilidade pelo desenlace matrimonial.

Nessa linha de pensamento, é esclarecedora a lição de Rolf Madaleno⁴, ao assinalar que

“deve ser desdramatizada de plano e de pronto esta tão traumática forma litigiosa de separação judicial, desobrigando seus partícipes da necessidade de alegarem qualquer outra causa de dissolução, que não seja a própria vontade como manifestação da impossibilidade de convivência”

Em consonância, vale refletir sobre decisão do TJ/RS⁵, que assim se pronunciou:

“O exame da culpa na separação judicial deve ser evitado sempre que possível, consoante moderna tendência do Direito de Família. Quando termina o amor, é dramático o exame da relação havida, pois, em regra, cuida-se apenas da causa imediata da ruptura, desconsiderando-se que o rompimento é resultado de uma sucessão de acontecimentos e desencontros próprios do convívio diuturno, em meio também às próprias dificuldades pessoais de cada um”

Tal propósito acarretará inteira devassa na intimidade do casal, e certamente serão trazidos à lide fatos que, objetivamente, em nada influenciariam na separação, se, paralelamente à culpa pela separação, essa

4 MADALENO, Rolf. **Direito de família: aspectos polêmicos**, p. 181-182.

5 TJRS, Ap. 70.003.893.534, 7ª Câm. Cív., Rel. Des. Vasconcellos Chaves, j. 06/03/2002.

também se, funda na ruptura da vida em comum pelo desaparecimento do *affectio societatis*.

Ninguém deve ser considerado culpado por buscar amor e felicidade. Se a vida em comum se tornou insustentável para os cônjuges, ao ponto de levar à separação, que essa seja considerada a sua causa principal, para que a dignidade das pessoas envolvidas nesse processo seja efetivamente resguardada.

Conclui-se, pois, que a separação pode ser decretada sem a imputação de culpa a qualquer das partes, caso o juiz verifique a insustentabilidade da vida em comum, ainda que a parte supostamente inocente requeira a separação com fundamento na culpa. Essa discussão viola frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, que assegura a preservação da intimidade e da privacidade, dignidade da pessoa humana garantidos pela Constituição.

3. REVOGAÇÃO DOS ARTIGOS 1572 E 1.573 DO CC/2002 DIANTE DA EC 66/2010

Com o advento da Emenda Constitucional 66/2010, o artigo 226 da CRFB/1988 passou a ter a seguinte redação: “Art. 226. (...)§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.”(NR)

A referida Emenda Constitucional foi denominada a PEC do Amor ou PEC do Divórcio.

Efetuando interpretação sistemática, não podem prevalecer sobre texto expresso da Constituição normas do Código Civil ou de legislação infraconstitucional que regulamentem matérias excluídas pela Carta Magna.

A nova regra do artigo 226, § 6º da CRFB/1988 estabeleceu que o casamento pode ser dissolvido sem o atendimento de qualquer outro pré-requisito, mas tão somente pela manifestação de vontade dos cônjuges. Através da citada regulamentação, afasta-se a intervenção do Estado da vida privada do casal, uma vez que o rompimento do vínculo matrimonial não trará como consequência a análise dos motivos que levaram os cônjuges a tal decisão.

A Desembargadora Maria Berenice Dias, do TJRS, em matéria veiculada pelo site juridianas.zip.net, datada de 21/07/2010, destacou que

“(...) É necessário alertar que a novidade atinge as ações em andamento. Todos os processos de separação perderam o objeto por impossibilidade jurídica do pedido (CPC 267, inc. VI). Não podem seguir tramitando demandas que buscam uma resposta não mais contemplada no ordenamento jurídico.

(...) Como o pedido de separação tornou-se juridicamente impossível, ocorreu a superveniência de fato extintivo ao direito objeto da ação, o que precisa ser reconhecido de ofício pelo juiz (CPC 462). Deste modo seque há a necessidade de a alteração ser requerida pelas partes. Somente na hipótese de haver expressa oposição de ambos os separandos à concessão divórcio deve o juiz decretar a extinção do processo.

(...) A nova ordem constitucional veio para atender ao anseio de todos e acabar com uma excrescência que só se manteve durante anos pela histórica resistência à adoção do divórcio. Mas, passados mais de 30 anos, nada, absolutamente nada justifica manter uma dupla via para assegurar o direito à felicidade, que nem sempre está na manutenção coacta de um casamento já roto.”

Portanto, a norma constitucional provocou a revogação de todas as normas infraconstitucionais inerentes à matéria de separação judicial. Verifica-se, assim, que o ordenamento jurídico adotou posicionamento anteriormente defendido por diversos setores da doutrina, quando do advento do CC/2002 no sentido de que o legislador deixara escapar uma oportunidade para retirar do texto civil a questão relativa à discussão de culpa.

4. Conclusão

Vislumbra-se que os magistrados de primeiro grau de jurisdição podem e devem analisar pelo controle difuso a questão da constitucionalidade de leis ou atos do poder público. Diante da análise do caso concreto, verificando o Magistrado a inconstitucionalidade de determinada norma legal diante do novo texto constitucional, deverá conhecê-la de ofício.

A manifestação sobre a inconstitucionalidade de determinado dispositivo legal somente opera efeitos entre as partes, especialmente em função da limitação que incide nessas hipóteses, visto que irá rejeitar ou não o pedido formulado na petição inicial, sem formalizar uma declaração de inconstitucionalidade, que não integra o pedido. A compatibilidade com a Constituição é, por conseguinte, uma questão prejudicial.

De outro lado, os Tribunais, no julgamento de recursos ou demandas de competência originária, também analisam matéria constitucional. Entretanto, por força da Súmula Vinculante n. 10 do STF e da cláusula de reserva de plenário (artigo 97 da CRFB/1988), a questão da compatibilidade de determinada norma legal com a Constituição deve ser submetida ao órgão competente do Tribunal por meio do incidente de inconstitucionalidade.

Por conseguinte, o tema envolvendo a revogação dos artigos 1.572 e 1.573 do CC/2002 a partir do advento da EC 66/2010 merece atenção especial por parte da jurisprudência, especialmente por força da possibilidade de ingressarmos em uma seara que possa violar a dignidade humana dos cônjuges envolvidos no litígio. ◆