

08/08/2007

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 387.271-1 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO  
RECORRENTE(S) : DAGMAR CESAR MIRANDA  
ADVOGADO(A/S) : MARCELO PABLO OLMEDO E OUTRO(A/S)  
RECORRIDO(A/S) : KIKUE KOJIMA  
ADVOGADO(A/S) : ANDERSON LUIZ FERNANDES RIBEIRO E OUTRO(A/S)

SEPARAÇÃO JUDICIAL - DIVÓRCIO - CONVERSÃO - PRESTAÇÕES ALIMENTÍCIAS - INADIMPLEMENTO - NEUTRALIDADE. O inadimplemento de obrigação alimentícia assumida quando da separação judicial não impede a transformação em divórcio.

NORMA - CONFLITO COM TEXTO CONSTITUCIONAL SUPERVENIENTE - RESOLUÇÃO. Na dicção da ilustrada maioria, vencido o relator, o conflito de norma com preceito constitucional superveniente resolve-se no campo da não-recepção, não cabendo a comunicação ao Senado prevista no inciso X do artigo 52 da Constituição Federal.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência da ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, em conhecer e dar provimento ao recurso extraordinário e, por maioria, em resolver a questão de ordem no sentido de assentar a não-recepção da norma impugnada em face da Constituição Federal de 1988, vencido o relator, que declarava a sua inconstitucionalidade e propugnava a

RE 387.271 / SP

comunicação formal ao Senado Federal. Votou a Presidente. Impedido o ministro Cezar Peluso. Ausentes, justificadamente, os ministros Celso de Mello e Eros Grau.

Brasília, 8 de agosto de 2007.

MARCO AURÉLIO

- RELATOR

08/08/2007

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 387.271-1 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO  
RECORRENTE(S) : DAGMAR CESAR MIRANDA  
ADVOGADO(A/S) : MARCELO PABLO OLMEDO E OUTRO(A/S)  
RECORRIDO(A/S) : KIKUE KOJIMA  
ADVOGADO(A/S) : ANDERSON LUIZ FERNANDES RIBEIRO E OUTRO(A/S)

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Ajuizada ação de conversão de separação em divórcio, o Juízo acolheu o pedido inicial. Ao fazê-lo, colocou em plano secundário a circunstância de o autor não vir adimplindo as obrigações alimentícias. Teve presente o lapso temporal exigido em lei para a separação (folhas 61 e 62). O Colegiado revisor alterou o que decidido, consignando a recepção do artigo 36 da Lei nº 6.515/77 pela Carta de 1988. Procedeu à interpretação do que contido no § 6º do artigo 226 da Constituição Federal, assim sintetizando a espécie (folha 96):

Conversão de Separação Judicial em Divórcio - Descumprimento de obrigação assumida na separação ainda continua sendo causa impeditiva da conversão de separação em divórcio, uma vez que a regra do art. 36, II, da Lei 6.515/77 foi recepcionada pela atual Constituição Federal. Sentença cassada, com retorno dos autos ao juízo de origem para apreciação da questão envolvendo inadimplemento de obrigação alimentar.

No extraordinário de folha 102 a 107, o recorrente alega o desrespeito ao artigo 226, § 6º, da Carta da República. Sustenta que a matéria alusiva aos alimentos deve ser objeto de processo próprio, não consubstanciando óbice à transformação pretendida.

RE 387.271 / SP

A ré apresentou as contra-razões de folha 112 a 116, evocando o disposto nos artigos 35 e 36 da Lei nº 6.515/77 e citando jurisprudência.

O Ministério Público emitiu o parecer de folha 129 a 131, pelo desprovimento do recurso.

Lancei visto no processo, liberando-o para julgamento e afetando-o ao Pleno, ante a questão da inconstitucionalidade do inciso III do artigo 36 da citada lei, em 21 de agosto de 2006.

É o relatório.



V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Na interposição deste extraordinário, foram atendidos os pressupostos gerais de recorribilidade. A peça, subscrita por profissional da advocacia regularmente credenciado pela procuração de folha 5, restou protocolada no prazo legal. Examinado a alegada transgressão do artigo 226, § 6º, da Constituição Federal.

A Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, veio a prever a transformação da separação judicial em divórcio mediante pedido de qualquer dos cônjuges. Impôs, por meio do artigo 36, alterado pela Lei nº 7.841, de 17 de outubro de 1989, que a defesa, em face de requerimento de conversão, somente poderia basear-se na falta do decurso de um ano da separação judicial e no descumprimento das obrigações assumidas, pelo requerente, na separação. O disposto no citado artigo resultou da Emenda Constitucional nº 9 à Carta anterior, que deu nova redação ao artigo 175 dela constante, cujo § 1º passou a vigor com o seguinte teor:

§ 1º O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos.

O artigo 2º da aludida emenda versou sobre a separação de fato:

Art. 2º A separação de que trata o § 1º do artigo 175 da Constituição poderá ser de fato, devidamente comprovada em

RE 387.271 / SP

juízo, é pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta Emenda.

Há de se observar a ordem natural das coisas. O divórcio diz respeito à dissolução do casamento, da relação jurídica que aproximava os cônjuges. A referência, contida no § 6º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, aos casos expressos em lei concerne à separação em si. Confirmam com o teor do preceito:

O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada a separação de fato por mais de dois anos.

Pois bem, a separação verificou-se, tanto assim que se disse, no julgamento da apelação, do descumprimento do que ajustado à época. Segundo a contestação apresentada ao pedido inicial, o casamento ocorrera em 1975, tendo o casal três filhos. Em 1996, houve a homologação da separação.

Indaga-se: é possível, ante o dispositivo constitucional, erigir como óbice à transformação pretendida o inadimplemento de prestações alimentícias? A resposta é desenganadamente negativa, porquanto a satisfação destas projeta-se no tempo, cobrindo período que pode ser posterior, até mesmo, à conversão da separação em divórcio. Esse dado direciona a entender-se, como neutra, no tocante a este último, a não-observação do que acordado no campo dos alimentos, porque tal fato não implicará a insubsistência da dissolução do vínculo.

RE 387.271 / SP

Concluindo, a exigência prevista no inciso II do artigo 36 da Lei nº 6.515/77, de não haver ocorrido descumprimento das obrigações assumidas, pelo requerente, na separação, não se sobrepõe ao texto do Diploma Maior. Surge, então, a inconstitucionalidade do dispositivo em comento. A não se entender assim, ainda que a separação judicial tenha obedecido a legislação de regência e mesmo que decorrido mais de um ano desse acontecimento - requisitos estabelecidos pela Carta de 1988 -, verificada a não-satisfação de parcela alimentícia, o preceito constitucional não surtirá efeito.

O caso deste processo é emblemático no que se questiona não a pensão devida ao cônjuge, mas aos filhos. Mostra-se incoerente proceder à leitura do § 6º do artigo 226 da Lei Fundamental de forma não simplesmente estrita e sim restritiva, jungindo a transformação em divórcio à circunstância de estarem em dia as prestações alimentícias. Sejam as parcelas anteriores à separação, sejam anteriores ou posteriores ao divórcio, o respectivo inadimplemento deságua, - conforme ressaltado pelo Juízo, com endosso, inclusive, do Ministério Público, ao atuar como curador - na execução do que devido.

Conhecendo e provendo este recurso extraordinário, assento o conflito do inciso II do artigo 36 da Lei nº 6.515/77 com a Constituição Federal, restabelecendo o entendimento sufragado pelo Juízo.

08/08/2007

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 387.271-1 SÃO PAULOVOTO SOBRE QUESTÃO DE ORDEM

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhora Presidente, peço vênia ao Ministro Marco Aurélio, mas me filio à jurisprudência assentada pelo Supremo Tribunal Federal, na linha, portanto, de que não houve a recepção; a incompatibilidade resolve-se pela não-recepção da norma pela Constituição de 1988, não pela inconstitucionalidade declarada por este Plenário. *lv*

\*\*\*

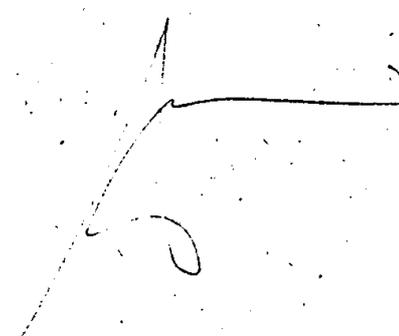
08/08/2007

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 387.271-1 SÃO PAULOV O T O

O Sr. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, também acompanho o eminente Relator, assentando que a própria Constituição tem uma sanção autônoma no artigo 5º, LXVII, no caso de inadimplemento inescusável e voluntário de obrigação alimentícia, que é a prisão civil.

Portanto, acompanho Sua Excelência integralmente.



08/08/2007

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 387.271-1 SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhora Presidente, o Ministro Lewandowski trouxe um fundamento que pretendia também argüir: é o tratamento autônomo, conferido pela Constituição, ao inadimplemento de obrigação alimentícia. Portanto, esse tema, esse instituto tem disciplina constitucional em apartado, em separado.

De outra parte, o Ministro Marco Aurélio me convence, plenamente, ao fundamentar o seu voto no § 6º do artigo 226 da Constituição Federal, porque, efetivamente, é uma norma de eficácia plena, não precisa da lei, só precisa do tempo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Assentei em voto que os chamados casos previstos em lei são para o divórcio.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Não, para a separação judicial.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Para a separação e, posteriormente, a conversão em divórcio.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - A referência que a Constituição faz à lei é para a separação judicial, que se dará nos termos previstos em lei. No mais, o § 6º do artigo 226 não precisa dessa norma intercalar ou comando legislativo de segundo escalão para incidir plenamente.

Acompanho o eminente Relator.



08/08/2007

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 387.271-1

SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É a não-recepção?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - É porque, como o processo é subjetivo, tem-se utilizado a técnica da declaração de inconstitucionalidade.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas é em relação à Constituição de 1988.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Surgiu a figura da não-recepção no processo objetivo, para não se admitir o ataque, isso considerado o precedente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É que a Constituição é posterior.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Seria classicamente o fenômeno da não-recepção.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Se chegamos ao mesmo resultado - comunicação ao Senado - para a suspensão...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É porque, neste caso, não há sequer comunicação ao Senado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Entendo que deve haver, porque a conclusão sobre o conflito da norma com a Constituição surte efeitos concretos entre muros do processo, considerado o balizamento subjetivo do próprio processo. Para que ocorra a suspensão da execução no território nacional, faz-se necessária a atuação do Senado da República.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Esse foi um dos argumentos de pragmatismo judicial pelo qual me bati no processo. Estabeleceu-se que é uma mera revogação, tanto que pode ser declarada pela Turma.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É por isso que estou dizendo se caberia o recurso pela alínea "b" do artigo 102.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Sim, cabe para verificar, segundo a jurisprudência do Tribunal, a desconformidade da lei com a constituição do tempo de sua edição.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Mas, no processo subjetivo, sob o ângulo de uma figura nova: a não-recepção. Para mim, a não-recepção torna inconstitucional o diploma legal, presente o conflito.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Lembro-me, de acordo com a jurisprudência dominante, da discussão entre os Ministros Sepúlveda Pertence e Paulo Brossard em que se assentou que a questão era de incompatibilidade, mas não de inconstitucionalidade.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Incompatibilidade vertical, que caracteriza o fenômeno da não-recepção.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Mas a não-compatibilidade deságua no conflito. Se há conflito, há inconstitucionalidade.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Se é vertical, é inconstitucionalidade.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Refiro-me à vertical no sentido de conteúdo. Os conteúdos são incompatíveis.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Está de bom tamanho o julgamento, senão, continuaremos nessa discussão praticamente infundável.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) - Como precisamos dar consequência a esse julgado, é preciso saber se vamos fazer a comunicação ao Senado ou não.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Este é o célebre caso discutido na ADI n° 02, em que o Tribunal manteve a distinção entre o Direito pré-constitucional e o Direito.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Isso pode ser decisão de Turma; então, creio que não cabe a comunicação ao Senado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Hoje, mais ou menos, esse tema está acomodado nos processos subjetivos, com a ADPF.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Afetei o julgamento do recurso extraordinário ao Plenário porque sustento que

a situação se resolve mediante o reconhecimento, quanto ao diploma, da pecha de inconstitucional.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Poderia afetar pela relevância da matéria, para que o Plenário realmente se pronuncie de forma definitiva.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - É um caso escoteiro.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Acho que é importante colocar a questão de ordem.

08/08/2007

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 387.271-1 SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Presidente, respeito o pragmatismo daqueles que chegam, até mesmo de forma implícita, à conclusão de suspensão da execução da lei sem o pronunciamento do Senado da República. Mas a atribuição do Senado continua constando do Diploma Maior. Se consigno que um preceito, anterior ou posterior à Carta, com ela conflita, tenho-o por via de consequência - considerada a ordem natural das coisas a que me referi no voto - como inconstitucional. É inconstitucional ante o atrito, ante o conflito à que aludi.

Tudo recomenda - e volto ao pragmatismo - a comunicação ao Senado da República, que de minha parte continua merecedor do maior deferimento possível, para que não venham - acredito que se passe a observar a suspensão pelo Senado - à bancada outros casos envolvendo a mesma matéria.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES - A questão não é a comunicação ao Senado, mas de saber se esse juízo é declaração de inconstitucionalidade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Assento, portanto - e por esse motivo não levei o processo à Turma, órgão fracionado -, que se resolve a questão sob o ângulo da inconstitucionalidade e por isso preconizo a comunicação ao Senado da República.

08/08/2007

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 387.271-1 SÃO PAULOVOTO SOBRE QUESTÃO DE ORDEM

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhora Presidente, peço vênia ao Ministro Marco Aurélio, mas me filio à jurisprudência assentada pelo Supremo Tribunal Federal, na linha, portanto, de que não houve a recepção; a incompatibilidade resolve-se pela não-recepção da norma pela Constituição de 1988, não pela inconstitucionalidade declarada por este Plenário. ✓

\*\*\*

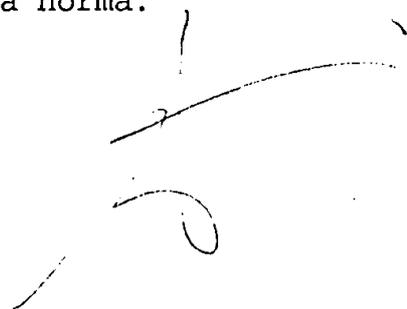
08/08/2007

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 387.271-1 SÃO PAULO

V O T O

O Sr. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente,  
data venia, entendo que não foi recebida a norma.

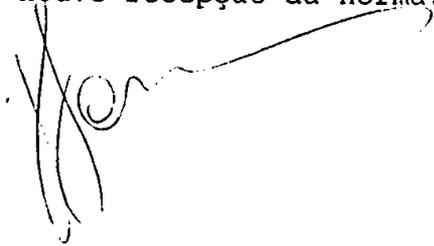
A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Ricardo Lewandowski', is written over the text. The signature is fluid and cursive, with a long horizontal stroke extending to the right.

08/08/2007

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 387.271-1 SÃO PAULOVOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Senhora  
Presidente, também eu entendo que não houve recepção da norma.



08/08/2007

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 387.271-1 SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhora Presidente, também entendo que o juízo de declaração de inconstitucionalidade pressupõe a produção do comando estatal após a edição da Constituição.

Resolvo a questão de ordem no sentido da não-recepção, na linha do pensamento inicialmente exposto pelo Ministro Gilmar Mendes.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Se Vossa Excelência conclui de forma positiva pela constitucionalidade, admite que se examine, sob esse ângulo, o diploma anterior à Carta.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Não, o diploma anterior à Carta eu simplesmente equaciono pelo juízo da não-recepção, se há compatibilidade ou não. Se não há, não há recepção.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Caso se concluísse pela harmonia, dir-se-ia da constitucionalidade. Como se assenta o conflito, cogita-se dessa figura que, para mim, no processo supletivo é um pouco estranha: a não-recepção?



08/08/2007

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 387.271-1SÃO PAULO

## VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhora Presidente, doutrinariamente também subscreveria os argumentos aqui já expendidos pelo Ministro Marco Aurélio - isso eu já disse em escritos -, na linha do sustentado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, mas Sua Excelência anotava, em seu voto, que essa questão é marcada, nos vários modelos, também por um certo pragmatismo. O próprio modelo italiano - que sabemos - da chamada inconstitucionalidade superveniente, na verdade se inspirou em razão também de índole pragmática. Se a Corte constitucional, naquele momento, afirmasse que ela não tinha competência para conhecer da inconstitucionalidade em relação ao direito anterior, ela não teria nada que fazer, por isso a célebre construção da "incostituzionalità sopravvenuta".

Entre nós isso teria conseqüências, como apontei, inclusive no que diz respeito à ADI, e esse tema é delicado porque nós acabamos por fazer um controle muito complexo. Nós o fazemos com relação à Constituição anterior - nosso sistema difuso permite isso

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Aceita essa premissa - é claro que isso tem caráter prático -, teríamos de rever, também, a prática na ADI, que foi objeto da belíssima discussão entre os Ministros Paulo Brossard e Sepúlveda Pertence, porque, afirmado que é juízo de inconstitucionalidade, teríamos de admitir a impugnação de leis pré-constitucionais, pois passamos a ter um juízo unitário, apenas para efeito de abrangência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Estou coerente com o ponto de vista anterior. Quando discutimos essa matéria, fiquei vencido porque admitia o controle.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não, só estou a dizer quanto às conseqüências do juízo completo que se desenha.

08/08/2007

TRIBUNAL PLENO

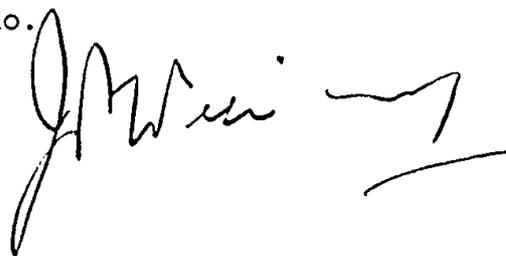
RECURSO EXTRAORDINÁRIO 387.271-1 SÃO PAULO

## VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Também eu, Senhora Presidente, pedindo vênias ao Ministro Marco Aurélio, que me honrou acompanhando-me na longa discussão da ADIn 2. Mas é um ponto que, eu creio, não deve ser revivido após tanto tempo, até porque venho de verificar a referência ao cumprimento das obrigações assumidas na separação judicial da Lei nº 6.515, que não foi reafirmada pelo Código Civil e, por isso, teria apenas um efeito residual no tempo corrido entre a Constituição e o Código Civil.

De qualquer maneira, creio que esta decisão unânime do Plenário resolve o problema.

Por isso sem me divorciar do longo casamento doutrinário com a tese, agora revivido pelo Ministro Marco Aurélio, aplico a jurisprudência e entendo descabida a comunicação ao Senado.

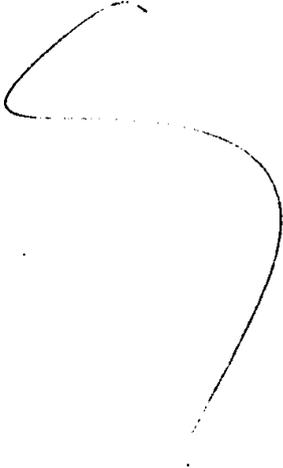


-, portanto, nós admitimos o controle de constitucionalidade da lei em face da Constituição sobre a qual ela foi editada - é normal -, e ainda fazemos em face da Constituição superveniente.

Hoje temos até um certo conforto espiritual diante do surgimento da ADPF, que vem tendo utilização neste âmbito, de modo que se resolve o problema nesta questão.

Também não me impressiona o argumento do Senado - processo de perfil objetivo -, porque, claro, para aceitar a tese, nós teríamos de admitir que aqui estaríamos celebrando uma declaração de inconstitucionalidade e a jurisprudência do Tribunal assentou-se no sentido de que, aqui, é um mero juízo de incompatibilidade, na linha do *lex posterior derogat priori*.

Pedindo vênias ao Ministro Marco Aurélio, fico com a jurisprudência tradicional assentada.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 387.271-1

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

RECTE. (S): DAGMAR CESAR MIRANDA

ADV. (A/S): MARCELO PABLO OLMEDO E OUTRO(A/S)

RECDO. (A/S): KIKUE KOJIMA

ADV. (A/S): ANDERSON LUIZ FERNANDES RIBEIRO E OUTRO(A/S)

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário. Em seguida, o Tribunal, por maioria, resolveu a questão de ordem no sentido de assentar a não-recepção da norma impugnada face à Constituição Federal de 1988, vencido o relator, que declarava a sua inconstitucionalidade e propugnava a comunicação formal ao Senado Federal. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Impedido o Senhor Ministro Cezar Peluso. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Eros Grau. Plenário, 08.08.2007.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.

  
Luiz Tomimatsu  
Secretário