

TEREZA CRISTINA MONTEIRO MAFRA
DANIELA FÁVERO

**PROJETO DE PESQUISA:
CONTRATUALIZAÇÃO DO CASAMENTO**

FACULDADE MILTON CAMPOS
NOVA LIMA - MG
2008

TEREZA CRISTINA MONTEIRO MAFRA
DANIELA FÁVERO

**PROJETO DE PESQUISA:
CONTRATUALIZAÇÃO DO CASAMENTO**

Projeto de pesquisa apresentado ao Núcleo de Pesquisa (NUPE) da Faculdade de Direito Milton Campos, para viabilizar o desenvolvimento do pensamento científico institucional.

Linha de Pesquisa: Estado Democrático de Direito em face da Pessoa Natural e Jurídica
Orientador da Linha: Prof. Dr. Salomão de Araújo Cateb

FACULDADE MILTON CAMPOS
NOVA LIMA - MG
2008

1 TEMA-PROBLEMA

O tema da pesquisa é a *contratualização do casamento*.

Com o advento da Lei n° 11.441 de 2007, foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio a possibilidade de se instrumentalizarem a separação e o divórcio consensuais por meio de escritura pública.

A novidade, por si só, já seria suficiente para motivar pesquisa, seja pela quase ausência de bibliografia específica, seja pela necessidade de se construir toda uma sistematicidade voltada para a investigação da nova lei, associada ao tema proposto.

Questiona-se se a simplificação das formas de separação e divórcio, permitindo-se, doravante, que sejam feitas por escritura pública, tendo em vista as transformações da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, seria suficiente para revelar uma tendência à contratualização do casamento, cuja natureza jurídica ainda é controvertida na doutrina brasileira.

Cumprir-se-á pesquisar se, desde o Império, passando pelo Código Civil de 1916, pela Lei do Divórcio, Constituição da República de 1988, Código Civil de 2002, Emenda Constitucional n° 45 e até a Lei 11.441 de 2007, seria possível ser revelada uma tendência à contratualização do casamento.

A matéria relativa à natureza jurídica ainda é controvertida na doutrina brasileira e suas conseqüências se apresentam tanto no âmbito dos direitos pessoais, quanto patrimoniais do casamento.

Daí advêm questões como quais as conseqüências, tanto no âmbito dos direitos pessoais, quanto patrimoniais do casamento, decorrentes da nova lei?

Será possível, por analogia, estender os princípios dessa lei às escrituras públicas relativas às uniões estáveis?

2 JUSTIFICATIVA

No Brasil, a conhecida e antiga discussão sobre a natureza jurídica do casamento - dicotomizada entre os que o dizem *contrato* e os que o qualificam como *instituição* - pode estar se aproximando de encontrar solução nas mudanças, de ordem prática, instrumental, que parecem evidenciar uma tendência contratualista.¹

A Lei nº 11.441/07, permitindo aos casados requererem separação e divórcio, não exclusivamente ante um juiz, mas, se o quiserem, perante um cartório extrajudicial, é o mais contundente e recente exemplo do arrefecimento do controle estatal na formalização do término do casamento.

Na justificativa da proposta de projeto, hoje correspondente à Lei 11.441/07, constata-se a defesa do incremento à autonomia da vontade e menor tutela estatal:²

“A questão é que o Estado não suporta mais aninhar todos os compromissos, nem assumir o amplo dever de, judicialmente, resolver todas as querelas e revestir de formalidade todas as práticas, até mesmo as que não implicam controvérsia, como são exemplos a separação e o divórcio por mútuo consentimento.

Diante desse quadro de redefinição do papel do Estado, por que não recorrer aos cartórios extrajudiciais para a realização de separações e divórcios por mútuo consentimento, quando não exista prole, nem credores do patrimônio, nem questões complexas a serem resolvidas?”

Demais dessa, entre as novidades, vale mencionar a PEC 413/05, em tramitação, que extingue a separação judicial, permitindo ao casal pôr fim ao casamento, imediatamente, pelo divórcio. Extingue, por consequência e em uma questão de tempo, também o divórcio indireto, ou por conversão.³

¹ Clóvis, ao discorrer sobre a resistência de alguns doutrinadores em afirmarem a natureza contratualista do casamento, esclarece que “tendo a religião, por muito tempo, monopolizado a celebração do casamento, e tendo o cristianismo elevado este ato à categoria de um sacramento, ainda hoje há juristas, que se arreceiam de declará-lo um contrato” e se apóia em lord Robertson, Savigny, D’Aguano, Sanchez Roman, Hauriou, Bonecase, Ripert et Rouast: *in* BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da Família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 5. ed., 1933, p. 37.

² <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/getHTML.asp?t=8898>

³ <http://www.notarialnet.org.br/>

Enfim, na mesma proporção da facilitação do acesso ao divórcio e à separação (que pode deixar de existir), é oportuno falar em uma reforma voltada para tornar mais fácil o rompimento do vínculo conjugal.

Assim, o presente projeto de pesquisa destina-se a apurar se é trazida à baila uma inclinação para a 'contratualização' do casamento.

Importante verificar se a família, então, passa a ser vista e regulada como espaço e instrumento para a realização da dignidade da pessoa humana.

Sob essa ótica, aplicando-se as diretrizes processuais constitucionais de celeridade e efetividade, cabe verificar se, na simplificação das formas e no acesso à separação e ao divórcio, teria havido uma ênfase à auto-regulamentação pelas próprias partes para porem fim ao casamento, sob influência do princípio da mínima interferência estatal (art. 1.513, CC) conferindo-se, ou não, ao casamento a natureza de *contrato de Direito de Família* e quais as conseqüências daí decorrentes.

Se a Lei n° 11.441/07 for reflexo dos fenômenos de 'contratualização' do casamento e de *simplificação* das formas, de celeridade e eficiência na solução dos conflitos, visando alcançar a paz social, de grande relevância são os meios voltados para a conciliação e, no Direito de Família, com especial destaque para a reconciliação.

Nesse sentido, deve-se pesquisar se a facilidade de formalizar a reconciliação é matéria de interesse público e se depreende do comando constitucional previsto no art. 226, §3°, inclusive cabe perquirir sobre a possibilidade de ser formalizada a reconciliação (restabelecimento da sociedade conjugal) por escritura pública, cabendo, ainda, indagar, qual o estado civil do separado por escritura pública, como outros importantes aspectos do direito pessoal do casamento.

Lado outro, não se podem ignorar os relevantes reflexos dessa regulamentação, no âmbito da verificação de sua aplicabilidade ou não à união estável, por analogia.

Contudo, sem reduzir a importância dessas novidades, é preciso pôr em evidência o conteúdo do casamento, que institui a comunhão plena de vida entre marido e mulher, com base na igualdade de direitos e deveres conjugais.⁴

Desde o fim do século XVIII e começo do século XIX, assinala Foucault que se desenvolve uma enorme produção de instituições destinada à vigilância e controle permanente das pessoas, através de um conjunto de pequenos poderes, inferiores ao Estado, criando-se uma espécie de rede institucional de *normalização* dos homens.⁵

No entanto, a partir da segunda metade do século XX, como explica Malaurie, ocorreram grandes mudanças e a posmodernidade pôs em crise (pelo menos aparentemente) o modelo da família conjugal. Produziu-se a denominada *democratização* da família com a progressiva redução da *potestas* do *pater familias* até se retirar do marido a chefia da sociedade conjugal.⁶

Em pleno século XXI, o casamento não é mais a instituição imutável, indissolúvel e de natureza sagrada, de antigamente, sem que, por isso se possa concluir pela sua degradação.

O casamento posmoderno é marcado pelo afeto, pela necessidade de um consentimento permanente, fundados na comunhão plena de vida. Sob essa nova visão de *entidade familiar*, as situações fáticas, como a ruptura da vida em comum e a possibilidade de ser constituída uma união estável (art. 1.723, §1º, CC),

⁴ Art. 226, § 5º, da Constituição e art. 1.511 do Código Civil de 2002.

⁵ FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. México: Gedisa Mexicana, 1986, p. 91 e segs.

⁶ MALAURIE, Philippe. *Cours de droit civil*. Paris: Cujas, 1989, p. 47.

produzem conseqüências para os cônjuges, tanto na esfera pessoal, quanto na patrimonial.⁷

A relevância emprestada à vontade demonstra uma tendência a se priorizar o conteúdo da relação, seu aspecto real, sobre os aspectos meramente formais, com amparo nos princípios da eticidade e da dignidade da pessoa humana.

A família, então, passa a ser vista e regulada como espaço e instrumento para a realização da dignidade da pessoa humana.

⁷ Sobre os efeitos da separação de fato, *vide* COLTRO, Antonio Carlos Mathias, TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. *Comentários ao Novo Código Civil: Do Direito Pessoal – Arts. 1.511 a 1.590*. (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Rio de Janeiro: Forense, 2. ed., 2005, v. 17, p. 73-80.

3 OBJETIVOS

O tema proposto enquadra-se na linha de pesquisa relativa ao *Estado Democrático de Direito em face da Pessoa Natural e Jurídica*, tendo em vista que, embora não circunscrito ao Direito de Família, dirige-se à análise de matéria relativa à possibilidade de os cônjuges separarem-se consensualmente por escritura pública.

O projeto se destina a comprovar se esse enquadramento se fundamenta na *liberdade de planejamento familiar* e na *igualdade*, como elementos de eficácia da *dignidade da pessoa humana*.

GERAIS:

Avaliar o impacto da nova lei no ordenamento pátrio, tendo em vista os paradigmas do Direito de Família contemporâneo, com ênfase na liberdade de planejamento familiar (inclusive na escolha do meio de pôr fim à entidade familiar), nas diretrizes teóricas do Código Civil de 2002 e nas normas constitucionais e processuais relativas aos aspectos instrumentais;

Propor um modelo de natureza contratual do casamento e uma possível analogia com o instituto da união estável.

ESPECÍFICOS:

Identificar, em outros países, regulamentações gerais ou específicas semelhantes, sobre o término do casamento pela via notarial e seus efeitos;

Analisar a evolução histórica do término do casamento no direito brasileiro;

Levantar dados estatísticos sobre separação e divórcio consensuais no Brasil, como também as informações do Colégio Notarial do Brasil, para se avaliar a importância e volume de separações e divórcios consensuais;

Avaliar a correlação entre a nova legislação e as questões relativas à celeridade, eficiência e diminuição do trauma do fim do casamento;

Discutir questões decorrentes da nova lei, como as relativas ao estado civil de quem se separa extrajudicialmente, restabelecimento da sociedade conjugal, renúncia a alimentos, partilha entre as partes e perante terceiros, sobrenome, entre outras.

4. METODOLOGIA

A metodologia empregada no trabalho atém-se à natureza dos objetos de indagação e aos fins visados, para alcançar uma plena e rigorosa compreensão da realidade que se propõe analisar, mesmo porque, a escolha do método parte da definição dos objetivos.

Para proceder-se a uma fiel apresentação do corpo metodológico que se pretende imprimir ao trabalho, cumpre esclarecer que a todo tempo recorrer-se-á a conceitos já assentados dos diversos institutos a serem enfocados. É conveniente tal abordagem, na medida em que os conceitos sempre necessitam ser continuamente reformulados para se adequarem melhor à evolução e exigências sociais.

No presente projeto, a necessidade de uma análise sistemática deve-se à quase inexistência de bibliografia específica, daí porque os recursos ao direito comparado e à analogia certamente utilizados.

Assim sendo, além da análise conceitual, promover-se-á um estudo da legislação alienígena, sobretudo a italiana e a francesa buscando, mediante o direito comparado, examinar problemas, questões e deficiências semelhantes, bem como as soluções propostas.

5 MARCO TEÓRICO

O marco teórico se desenvolve, por um lado, a partir da obra de Xavier Labbé, que discute a contratualização das relações familiares formadas por um casal, resguardando, no Brasil, semelhança com o ponto de vista de todos os autores que adotam a natureza contratual do casamento, como Caio Mário da Silva Pereira e Antonio Carlos Mathias Coltro *et alii*.

De outro lado, retomando a distinção percebida por Emilio Betti, com suporte em Cicu, entre *negócios familiares* de *negócios patrimoniais*, será estudada a autonomia privada no Direito de Família, a fim de avaliar se o fenômeno de simplificação das formas de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal representa uma contratualização do casamento e redução da interferência estatal.

6 CRONOGRAMA

O presente projeto de pesquisa obedecerá ao seguinte plano de trabalho:

Ano/semestre	2008	2009
1º	Revisão bibliográfica e desenvolvimento da primeira e segunda fases.	Desenvolvimento da terceira fase e apresentação de relatório final.
2º	Aprofundamento das pesquisas e apresentação de relatório parcial na Semana de Iniciação Científica da Faculdade de Direito Milton Campos	

Esse plano de trabalho sofrerá adaptações ao longo do curso de acordo com as necessidades e mudanças que se imponham.

7 REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da Família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 5. ed., 1933.

BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. (trad. Ricardo Rodrigues Gama) Campinas: LZN Editora, 2003.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*. São Paulo: RT, 11ª ed., 2005.

CASTRO FILHO, José Olympio de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. (atual. José Rubens Costa). Rio de Janeiro: Forense, v. 10, 2004.

COLANI, Camilo. *Casamento: Conceito e Natureza Jurídica no Novo Código Civil (in Temas Atuais de Direito e Processo de Família*. Coord. FARIAS, Cristiano Chaves de.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COLTRO, Antonio Carlos Mathias, TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. *Comentários ao Novo Código Civil: Do Direito Pessoal – Arts. 1.511 a 1.590*. (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Rio de Janeiro: Forense, 2. ed., 2005, v. 17.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. México: Gedisa Mexicana, 1986.

<http://www.notarialnet.org.br/>

<http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/getHTML.asp?t=8898>

LABBÉE, Xavier. *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?* Paris: Presses universitaires du Septentrion, 1996.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Tocantins: Intelecto, v. 1, 2003.

MALAURIE, Philippe. *Cours de droit civil*. Paris: Cujas, 1989.

MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. (atual. Ovídio Rocha Barros Sandoval). Campinas: Millennium, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil – Teoria Geral do Direito Civil*. (atual. por Maria Celina Bodin de Moraes) 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1.

8 PROPOSTAS DE TEMAS PARA TCC

- 1) Separação e divórcio extrajudiciais: aspectos notariais e registrais
- 2) A irretroatividade do acordo ratificado na separação e divórcio extrajudiciais
- 3) As hipóteses de recusa de lavratura do acordo de separação e divórcio extrajudiciais
- 4) Autonomia privada *versus* estatização no Direito de Família conjugal
- 5) Os direitos da personalidade nas relações conjugais *versus* contratualização do casamento
- 6) Hipóteses de invalidade da separação e do divórcio por escritura pública
- 7) Cindibilidade do acordo de separação e divórcio extrajudiciais
- 8) Revisão e modificação do acordo de separação e divórcio extrajudiciais
- 9) Abrangência, limites e eficácia da reconciliação por escritura pública
- 10) Inventário e partilha por escritura pública

PROJETO DE PESQUISA: CONTRATUALIZAÇÃO DO CASAMENTO

Nova Lima, 15 de setembro de 2008.

TEREZA CRISTINA MONTEIRO MAFRA

DANIELA FÁVERO