

**UNIJIÚ — UNIVERSIDADE REGIONAL DO NOROESTE DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL**

ROMÁRIO BECKER ALCÂNTARA

**ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO APLICADA AO DIREITO DE FAMÍLIA: OU
“COMO TORNAR O DIVÓRCIO MENOS ONEROSO”**

Ijuí (RS)
2016

ROMÁRIO BECKER ALCÂNTARA

**ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO APLICADA AO DIREITO DE FAMÍLIA:
OU “COMO TORNAR O DIVÓRCIO MENOS ONEROSO”**

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito, objetivando a aprovação no componente curricular Monografia. UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul.
DCJS – Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais

Orientador (a): Professor Msc. João Delciomar Gatelli

Ijuí (RS)
2016

Dedico esta monografia à mãe Roselma, ao pai Romário, à Tia Tânia, à minha namorada Laura, bem como demais parentes da minha família e da família de minha namorada. A todos, meu muito obrigado!

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer a Deus pela família que tenho, pelas conquistas que obtive, pelas derrotas que sofri – cujas quais me legaram aprendizado – e pela oportunidade de poder hodiernamente concluir a graduação em Direito. A todos vocês: meu muito obrigado!

*Eu quero que risque meu nome da sua agenda
Esqueça o meu telefone não me ligue mais
Porque já estou cansado de ser o remédio
Pra curar o seu tédio
Quando seus amores não lhe satisfaz...*

*Cansei de ser o seu palhaço
Fazer o que sempre quis
Cansei de curar sua fossa
Quando você não se sentia feliz...*

*Por isso é que decidi
O meu telefone cortar
Você vai discar várias vezes
Telefone mudo não pode chamar...*

(Telefone Mudo – “Trio Parada Dura”)

RESUMO

O presente trabalho traz como discussão a dificuldade de deslinde dos processos judiciais de divórcio litigioso, e para tal se faz a análise da legislação equivocada, da jurisprudência dissonante e da doutrina não unificada acerca do tema. Primeiramente, é apontado a natureza dos conceitos a serem aqui estudados. Após, estuda-se o porquê de o divórcio ser penoso no Brasil. Por fim, traça-se as possibilidades de tornar a situação de divórcio menos oneroso aos cônjuges, com a exploração de oportunidades que vão além da mediação familiar em juízo. Válido lembrar que todo este conjunto é estudado sob a ótica da *Law & Economics*.

Palavras-Chave: Direito de Família. Análise Econômica do Direito. Divórcio.

ABSTRACT

This work brings to discussion the difficulty of disentangling the lawsuits litigious divorce, and this is done the analysis of misguided legislation, dissonant jurisprudence and no unified doctrine concerning the subject. First, it is pointed out the nature of the concepts to be studied here. After, it is studied why divorce is painful in Brazil. Finally, the possibilities draws up to make the situation less costly divorce the spouses, with the exploration of opportunities that go beyond family mediation in court. Worth remembering that all this set is studied from the perspective of Law & Economics.

Keywords: Family Law. Economic Analysis of Law. Divorce.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 “DANDO NOME AOS FILHOS”: CONCEITUAÇÃO, DIFERENÇAS, FINALIDADES, E ONTOLOGIA	10
2.1. Conceituação de “o que é família” e o porquê de sua regulamentação.....	10
2.2. Natureza jurídica do matrimônio: as correntes de contrato, de instituição, e mista.....	15
2.3. Dessemelhança entre casamento e união estável: “além das escovas de dente”.....	17
2.4. A Análise Econômica do Direito como metodologia ao direito familista.....	21
3 “NÃO APRENDI DIZER ADEUS”: Teorema de Coase e o porquê o divórcio no Brasil sai caro para os divorciantes	26
3.1. Leis equivocadas, jurisprudências não pacificadas e doutrinas díspares: como isto tudo contribui para o não deslinde das ações de divórcio litigiosas no Brasil.....	28
3.2. Reflexos e repercussões fático-jurídicas do atual divórcio litigioso no Brasil.....	30
4 “PORQUE HOMEM NÃO CHORA”: MEDIDAS ALÉM DA MEDIAÇÃO FAMILIAR EM JUÍZO PARA MITIGAR OS EFEITOS DO DIVÓRCIO E TORNÁ-LO MENOS ONEROSO	34
4.1. O pacto antenupcial como ferramenta para ser usada quando da ruptura do matrimônio: evitando morosidade judicial e rancores.....	34
4.2. Você já ouvir falar sobre <i>holdings familiares</i> ?.....	39
5 “EVIDÊNCIAS”: A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O DIVÓRCIO	44
5.1 “A Grande Família”, ou por quê a Análise Econômica do Direito foi aqui escolhida como metodologia nesta monografia?.....	44
5.2 “Todo Carnaval tem seu fim”, ou a necessidade de também ser abordada a Teoria Econômica do Divórcio.....	47
5.3 “Desse Jeito É Ruim Pra Mim”, ou o porquê de as pessoas se divorciarem no Brasil.....	48
6 CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS	52

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata sobre questões atuais em Direito de Família e Sucessões. De modo mais específico, está a se desenvolver sobre o sensível momento do divórcio – ou, melhor dizendo, como torna-lo menos oneroso, seja em sentido financeiro, seja em sentido temporal (menos tempo gasto com este processo), seja em sentido psicológico-emocional.

Abordar sobre divórcio foi o tema escolhido, uma vez que é o assunto, em direito civil, que mais gera discórdia social, dissonância cognitiva e divergências jurídicas nas cortes superiores brasileiras. Pacificar o Direito de Família e Sucessões é pacificar a família brasileira e promover, por conseguinte, o bem-estar da sociedade civil organizada.

No primeiro capítulo, abordar-se-á os conceitos de o quê seria família, a natureza jurídica do casamento, as diferenças entre casamento e união civil, bem como as diferenças entre casamento, união estável, e o novíço “contrato de namoro”; além de, também, ser abordado sobre a metodologia utilizada: a *Law & Economics* (Análise Econômica do Direito) aplicada ao Direito de Família e Sucessões para compreender o divórcio.

Em segundo instante, observar-se-á sobre as divergências jurídicas atuais perpetradas pelas mais variadas fontes jurídicas dos operadores de Direito. Utilizando-se de exemplos, ver-se-á que as cortes superiores não estão julgando conforme as leis federais dispostas, assim como o Congresso Nacional Brasileiro tem rechaçado – mediante parte de seus parlamentares, que tem apresentado projetos de lei retrógrados – posições já consolidadas na doutrina familista.

Em terceiro momento, discorrer-se-á sobre as atuais medidas – além da mediação familiar em juízo – que existem para contornar muitos dos dilemas vigentes ao momento do divórcio, tais como pacto antenupcial e formação de *holdings familiares*. Medidas estas que podem ser tomadas já antes de contrair núpcias, por exemplo.

Por fim, o quarto e último capítulo demonstrará como a Análise Econômica do Direito é aplicável à seara familista-sucessória, bem como a Teoria Econômica do Divórcio, e também – mediante estudo feito com dados agregados – o porquê de as pessoas, no Brasil, divorciam-se – assim como os motivos alegados para tal.

2 “DANDO NOME AOS FILHOS”: CONCEITUAÇÃO, DIFERENÇAS, FINALIDADES, E ONTOLOGIA.

Neste primeiro capítulo, abordar-se-á a conceituação de cada um dos termos envolvidos no presente estudo. É impossível falar em Direito de Família e Sucessões, assim como nos utilizarmos da metodologia da Análise Econômica do Direito, sem primeiro delinear o que seria família, o que seria o matrimônio, qual sua natureza jurídica, as diferenças do casamento para com a união estável, e por fim, o porquê de se usar a Análise Econômica do Direito como metodologia para analisar o direito familista.

2.1. Conceituação de “o que é família” e o porquê de sua regulamentação

O Direito Civil foi, certamente, o primeiro ramo do direito submetido a codificação pelo legislador pátrio. Mas, dentro do direito civilista, qual foi o primeiro assunto a ser objeto de regulamentação?

Para tanto, dever-se-á ater à primeira compilação que houve no Brasil, com ares e ideais advindos do direito francês: o (revogado) Código Civil de 1.916 tratava como primeiro assunto da “Parte Especial” o Direito de Família (Livro I), e como primeiro subitem o casamento (Título I).

Aliás, todos os códigos de inspiração francesa tratam como primeiro objeto fim de regulamentação jurídica (por intermédio de diplomas legais) o casamento, bem como seus reflexos (filiação, sucessão, alimentos, entre outros).

A prioridade destacada ao casamento, que pode-se ver pelo local de disposição em que se encontra na suplantada compilação civilista, denota que não há muito tempo o direito familista tinha importância tão magna a ponto de preceder os (f)atos jurídicos de mercancia, e isto reflete costumes e valores sociais imbuídos nas decisões dos legisladores.

Tal influência decorre de um silogismo puro e simples: o código civil francês havia incorporado para sua regulamentação o matrimônio, e assim o fez ao incorporar as noções de casamento estabelecidas no Direito Canônico da Igreja Católica Apostólica Romana.

O autor do presente estudo ousa dizer que todas as regulamentações inerentes ao casamento foram ‘transplantadas’ do direito canônico ao direito francês – bem como em outras legislações romano-germânicas (leia-se: civilistas).

O Código de 1.916 permaneceu no cenário jurídico até ser substituído pelo Código Civil de 2.002. Antes de 2.002, houve a promulgação da Constituição Federal de 1.988. E até hoje, no Capítulo VII (Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso) do Título VIII (Da Ordem Social), a família é definida como “base da sociedade”, digna de “proteção especial do Estado” (art. 226, caput, CF/88). (BRASIL, 2.016).

No art. 226, §5º, CF/88, está disposto que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Isto demonstra de modo nítido a influência do Código de 1.916 à época: entidade familiar é entre “homem e mulher”, que formam a “base da sociedade” brasileira por meio da formação da sociedade conjugal entre ambos, mediante “casamento civil” (art. 226, §1º, CF/88) ou “casamento religioso” que “tem efeito civil, nos termos da lei” (art. 226, §2º, CF/88). (BRASIL, 2.016).

Isto reflete, também, o aspecto estrito que a legislação constitucional sobre o que seria entendido, juridicamente, como família: “entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”; ou seja: só é considerado “entidade familiar” a formada por “homem e mulher”, ou ainda, “por qualquer dos pais e seus descendentes”, seja este pai viúvo, solteiro ou divorciado. (BRASIL, 2.016).

Diante de panorama tão engessado, foi somente com o ajuizamento das Ações Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.277/2.011 e de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 132/2.011 que foi possível “flexibilizar” a noção restrita de entidade familiar, assim oportunizando a extensão de direitos aos casais homoafetivos – que simplesmente estavam à margem da lei, sendo oportuno ressaltar que mais de 100 direitos civis foram finalmente estendidos aos mesmos (ZAMPIER, 2.011).

Percebe-se nitidamente, assim, a falta de técnica jurídica da assembleia nacional constituinte em estabelecer diferenças entre os parâmetros de união civil e casamento, assim como do legislador pátrio da assembleia nacional derivada, que até o presente instante não se deu o trabalho de reformar a legislação nisto.

Diante disso, faz-se necessário, ao presente estudo, resgatar a ontologia do que seria família (ou, sendo mais axiologicamente preciso, “entidade familiar”), união civil e do que seria casamento.

Primeiramente, é importante delinear o que seria casamento, pois se registra a existência deste instituto desde os mais remotos tempos, sendo que já foi compreendido de várias maneiras distintas: diante da ideia de “um ritual de passagem, pelo meio do qual se transferia a propriedade da mulher das mãos do pai para o marido” (OMENA, 1.989 apud JATOBÁ, 2.014); ou, o “evento religioso que garantia a continuidade dos cultos domésticos aos deuses ancestrais do marido” (COULANGES, 2.005 apud JATOBÁ, 2.014); ou ainda, “um sacramento religioso que ligava homem e mulher em uma só carne, numa aliança perante Deus”. (JATOBÁ, 2.014).

Isto é: o casamento sempre teve conotação religiosa, mas começou a perder esta essência quando o Estado Francês (em 1.767) optou por romper com a Igreja e oficializar apenas o Casamento Civil (WALD, 2004 apud JATOBÁ, 2.014).

Ou seja: o casamento sempre foi religioso – tanto o é que foi o direito canônico que, no ocidente, primeiro o regulamentou; e depois este foi trazido ao código civil francês no séc. XVIII – assim como todos os códigos civis de inspiração francesa seguiram esta mesma concepção (tais como o código civil brasileiro de 1.916).

O que ocorreu por muitos séculos é que não havia a celebração de união civil, sendo o casamento o único meio autorizado ao homem e a mulher para constituir – perante eles mesmos e a sociedade – a formação da família (e todos seus direitos e deveres decorrentes). Como visto, foi somente na França (em 1.767, como citado antes) que surgiu a figura do “casamento civil”.

Desde já o autor do presente trabalho repudia tal terminologia, pois seria muito mais adequado dizer “união civil”, assim destacando a separação entre Estado e religião(ões), dando caráter mais laico à união civil – e possibilitando que esta pudesse ser celebrada entre casais homoafetivos –, e, concomitantemente, assim preservando o caráter puritano do casamento – de natureza eminentemente *interna corporis* à seita religiosa, que, no entanto, o

Estado deve reconhecer como forma válida (“nos termos da lei”) de constituição de sociedade conjugal.

Todavia, não foi o que se observou: casamento sempre foi ‘confundido’ com união civil, a ponto de que no Direito Civil Brasileiro, a única maneira de celebrar a união civil era observando as formalidades do casamento religioso, pois o Estado brasileiro, ao invés de delimitar as diferenças entre os conceitos (união civil de um lado, e casamento de outro), aproximou-os: os nubentes não precisavam estar casados pelo rito religioso, entretanto contrairiam união civil nos moldes impostos exigidos pelo rito religioso predominante.

Ademais, nota-se que a grande maioria das religiões impede que casais homoafetivos celebrem casamento em seus estabelecimentos religiosos. Vale ressaltar: aqui não se está criticando o posicionamento de religião alguma – pois o autor do presente trabalho inclusive defende que, como extensão do direito de propriedade privada, a liberdade de expressão (propriedade privada do pensamento de cada ser humano) é inerente a cada religião, que tem o direito de defender os costumes morais e/ou familiares que considerar mais adequados à busca do *religare* para com o divino.

Apenas se constata que não se pode impor que as seitas religiosas sejam obrigadas a celebrar ‘casamentos homoafetivos’ (sic) dentro de seus estabelecimentos de fé, ao compasso que não se poderiam deixar à margem da lei os referidos casais homoafetivos impedidos de constituírem união civil mediante procedimento em cartório perante o Estado.

Constata-se que nem com a promulgação da Lei nº. 10.406/2.002 (vulgo Código Civil de 2002) tal vício ontológico foi afastado. No art. 1.514 do referido diploma, observa-se novamente a expressão “o homem e a mulher”. Uma reforma legislativa que trocasse todos os termos de “homem e mulher” para “pessoas” seria bem-vindo e teria economizado anos de processos judiciais em que casais homoafetivos pleitearam direitos que recentemente foram estendidos com as ADIn 4.722/2.011 e ADPF 132/2.011 – lembrando que a ADPF 132 teve seu conteúdo englobado pela ADIn 4.722/2011, tendo parecer igualmente favorável. (BRASIL, 2.016).

Válido retomar que entidade familiar, segundo a CF/88, em seu art. 226, §4º, é a sociedade conjugal formada por homem e mulher, bem como seus descendentes, ou ainda,

quando por um só homem e mulher e sua filiação, isto é, um pai/uma mãe que seja solteiro(a), divorciado(a) ou viúvo(a) e tenha sob sua guarda (ou compartilhada) filhos(as). Foi mediante as ações constitucionais mencionadas supra que foi possível “flexibilizar” tal conotação (BRASIL, 2.016).

Quando muito a CF/88, em seu art. 226, §3º, concedeu às uniões estáveis o caráter de entidade familiar – todavia, ainda sob o entendimento de ser “entre o homem e a mulher”. Válido lembrar que enquanto não revogado o Código de 1.916 até 2.002, era-se tido mediante roupagem de “concubinas” as relações conjugais não-matrimonializadas. (BRASIL, 2.016).

Destarte, vê-se um critério um tanto patrimonialista (digno da “sociedade açucareira” do séc. XVI no Brasil), pois com este critério restritivo estar-se-á excluindo como “entidade familiar” as demais tipologias familiares que vêm se formando (dado que o atual critério não leva em conta o *affectio familiae* – liame subjetivo à formação das entidades familiares), tais como:

- a) Os casais homoafetivos;
- b) Os casais adeptos do poliamor;
- c) As famílias reconstituídas (ou “mosaico”, ou ainda “pluriparental”) (GRISARD FILHO, 2.008 apud FERREIRA, 2.015);
- d) Famílias simultâneas (ou ainda, “uniões paralelas”, que não se confundem com as “uniões estáveis putativas”) (FERRARINI, 2.010 apud FERREIRA, 2.015);
- e) E a noviça “iFamily” (ROSA, 2.013 apud FERREIRA, 2.015).

Assim sendo, pode-se concluir preliminarmente que o Direito Civil fracassa ao pretender estipular um único molde de tipologia de formação de entidade familiar. Os tempos mudam, e com isso, a maneira de as pessoas se relacionarem também – e a maneira destas influi diretamente na forma como elas se agrupam afetivamente quando desejosas de formar laços mais íntimos (sejam apenas de amizade, cortesia e parceria, sejam laços familiares).

Por fim, o mais adequado seria o Direito Civil Brasileiro estipulasse que “pessoas físicas podem constituir laços afetivos familiares” e que “pessoas físicas podem se casar”. Um conceito que é, ao mesmo tempo, fluído e adaptável, e que oferece um marco sólido não só às pessoas comuns e seus relacionamentos interpessoais, mas também aos operadores jurídicos *lato sensu* – que, assim, poderiam oferecer soluções mais ágeis e cabíveis ao caso concreto se a atual legislação familista não fosse tão retrógrada e engessada.

2.2. Natureza jurídica do matrimônio: as correntes de contrato, de instituição, e mista

Abordado os conceitos de união civil, casamento e entidade familiar, e feitas as devidas ressalvas ontológicas, passa-se agora a discorrer sobre qual seria a real natureza jurídica do matrimônio.

Existem, até o presente instante no Brasil, três correntes históricas sobre a temática: (i) contratualista – que vê o casamento apenas como um contrato bilateral, fruto da vontade manifestada e liberalizada pelos nubentes; (ii) institucionalista – que nota o casamento como um ato regulamentado pelo Estado, em que o aceite dos noivos é apenas uma etapa do processo; e (iii) a eclética – corrente a qual o presente autor deste trabalho se filia desde já, e que entende o casamento como ato complexo: é tanto, de um lado, um contrato em que os contraentes manifestam sua vontade de constituir uma família via o matrimônio civil (ou religioso com efeitos de civil), quanto, de outro lado, um ato regulamentado pelo Estado por um procedimento muito específico, onde não existe a aplicação do princípio do “aproveitamento das formas” previsto no processo civil.

A presença destas três correntes é fruto de uma omissão comissiva do legislador pátrio civilista, pois enquanto no Brasil este mister foi deixado à doutrina, o Código Civil Português de 1.966, em seu art. 1.577, terminou com esta discussão ao dar um conceito claro do que seria casamento (segundo a noção propalada pelo legislativo português): “*Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código*”. (PORTUGAL, 2.016, grifo nosso).

A corrente (i), segundo Jatobá (.2014), entende que:

o casamento é um negócio jurídico que depende da livre manifestação de vontade das partes para sua realização, de modo a produzir seus efeitos patrimoniais regulados pelo regime de bens, assim, o matrimônio seria um “contrato” a ser apreciado diante do plano da existência, validade e eficácia.

Oferecendo contraponto, Madaleno (2.013 apud Jatobá 2.014) demonstra que a corrente (ii) identifica o casamento no seguinte molde:

uma instituição, pois o mesmo é regido por normas de ordem pública, que define de forma pormenorizada seus efeitos jurídicos, impondo deveres e estabelecendo os direitos dos cônjuges, não podendo ser mitigados pela livre vontade das partes. Outrossim, não poderia se subsumir à condição de um contrato pois o casamento não regula apenas efeitos patrimoniais, mas, também, acarreta efeitos pessoais que não são objetos de um contrato.

Por fim, em mesmo artigo, pode-se observar o resultado da discussão acadêmica provinda da tese (i) com a antítese (ii), formando a síntese talhada na corrente (iii), ao Jatobá (2.014, grifo nosso) definir casamento nos seguintes termos: “*um ato complexo de natureza mista, híbrida ou eclética, pois reconhece no mesmo a coexistência de características contratuais com as institucionais*”.

Ainda sobre esta corrente (iii), o referido autor (Jatobá, 2.014) observa:

a autonomia da vontade das partes se resume apenas à liberdade de escolher o parceiro, o regime de bens e a permanência ou não da relação familiar. Por seu turno, efeitos pessoais como alteração do estado civil, surgimento dos vínculos de parentesco, alteração do nome, deveres de fidelidade e coabitação, entre outros, retiram do casamento sua essência contratualista, já que efeitos pessoais não podem ser regulados por contrato. Assim, esta terceira corrente sustenta que o casamento é um contrato na sua formação, mas no seu curso é uma instituição, de modo que toma uma feição mista, híbrida e eclética que mescla, de forma mais ponderada, as duas correntes anteriores.

Assim sendo, observa-se que a corrente mais ponderada é a corrente (iii), visto que é nítido que o casamento no Brasil é a contrato-instituição mais regulamentado dentro do Direito Civil: seu caráter contratual existe dado que uma pessoa, *a priori*, pode-se casar com qualquer outra pessoa desimpedida; ao compasso que seu caráter institucional também existe porque, uma vez casados (não importando qual seja o regime de bens), os contraentes do matrimônio possuem uma ampla gama de direitos decorrentes deste (isto é, bônus), enquanto igualmente possuem, em proporção equivalente, uma ampla gama de deveres (ou seja, ônus) impostas por lei e não possíveis de serem afastadas por liberalidade contratual entre os cônjuges.

Portanto, para conseguir compreender posteriormente as diferenças entre o contrato-instituição casamento e as relações afetivas decorrentes da união estável, o autor do presente trabalho se filia à corrente (iii), para fins de obter parâmetros confiáveis de estudo jurídico.

Por fim, enxergar o casamento como contrato-instituição permite que ele se amolde às problemáticas do caso concreto (a saber: cotidiano forense em ações de divórcio, guarda, alimentos e/ou sucessões) de modo flexível, ao compasso que seu caráter plúrimo (de ser, concomitantemente, contrato e instituição) oferece diferentes razões e respostas ao se observar as discriminações existentes entre casamento e união estável.

2.3. Dessemelhança entre casamento e união estável: “além das escovas de dente”

Visto supra quais as possíveis naturezas jurídicas do matrimônio – bem como a corrente na qual o autor se filia para poder obter parâmetros de base visando obter os meios para constituir e consolidar seu estudo –, passar-se-á ao estudo das diferenças entre casamento e união estável – assim como de sua síntese: o “contrato de namoro”.

Casamento é, conforme a corrente doutrinária aqui adotada, ato privado em que, de comum acordo, os nubentes declaram, perante um terceiro, habilitado com fé pública pelo Estado, que contraem direitos e obrigações sinalagmáticas.

Este terceiro pode ser: ou (i) um sacerdote de entidade religiosa regularmente constituída, no qual este levará (em prazo definido em lei) o termo de casamento até o cartório de registro civil competente daquele domicílio, ou (ii) perante um juiz de paz, que exerce função pública indelegável em fóruns e/ou cartórios de registro de pessoas, e que juntamente com o escrivão de paz (geralmente o oficial de registro), lavra o termo de casamento; inteligência do intervalo dos artigos 1.511 ao 1.516 do Código Civil de 2.002 (BRASIL, 2.016).

Válido ressaltar que o casamento, no Direito Civil Brasileiro, ainda é a única forma de legalmente contrair matrimônio; e, de publicamente e de forma plenamente assegurada em lei, poder contrair direitos e obrigações, assim como de poder modificar o regime de bens que rege o mesmo, bem como de melhor dispor de seus bens quando da sucessão destes.

A discórdia surge quando se verifica que grande parte dos relacionamentos afetivos, e com propósito de formar família (em suas mais variadas tipologias e formas), não está assegurado pelo contrato-instituto de casamento, tanto porque este exige forma estrita e específica de concepção, quanto o fato de se notar que não foi ainda devidamente regulado (seja por leis, seja por jurisprudência) e assegurado acerca do que os casais quiseram deixar de oficializar (e, por tabela, regulamentar; a saber: o matrimônio).

Isto ocorre a tal ponto de que alguns casais têm se utilizado de “contrato de namoro” para evitar a formação de união estável (visto que este, até hoje, ainda é inseguro; e a “síntese” – este contrato – tem sido tanto ou mais inseguro que a própria união estável).

A insegurança com relação a união estável surge quando se vê que esta não altera o estado civil dos integrantes do casal, mas suas relações são, em maior ou menor grau, regidas pelo direito familista. Isso oferece uma margem de erro em âmbito jurídico ao patamar de oferecer insegurança tanto dos operados jurídicos quanto dos cidadãos leigos (STRAZZI, 2014).

Em tempo: importante ressaltar que a união estável não se confunde com a figura do concubinato. Este se dá quando ocorre relacionamento entre duas pessoas impedidas (por lei) de casar, enquanto que aquela ocorre entre duas pessoas não-impedidas de casar; ou seja, a qualquer tempo, lugar e modo, estas pessoas poderiam contrair casamento.

Aliás, a insegurança do que seria união estável também perpassa o fato de seus requisitos constitutivos – que, novamente, possuem margem de erro muito discutível, a altura de minar os relacionamentos que se encontram nesta esfera, e de gerar erros jurídicos crassos mediante informações (e conhecimento jurídico) imprecisos.

Pois veja que os requisitos constitutivos da união estável são: (i) união pública – isto é, não clandestina; (ii) contínua – seria aquela “sem interrupção”; e (iii) duradoura – a (revogada tacitamente pelo CC/02) Lei 8.971/1.994 trazia um prazo específico para se constituir legalmente a união estável, contudo atualmente se entende que a existência fática de uma família já é prova sumária da união estável, mesmo que ambos não residam sob o mesmo teto (Súmula 382, STF) (STRAZZI, 2014).

Agora, ao se verificar item por item, observa-se: (i) mas quão pública assim? Então os desimpedidos de contraírem matrimônio mas que optassem por uma relação oculta (às escondidas, evitando intrigas e inveja decorrentes do fato de estarem se relacionando), não teria este casal formado direito nem dever algum pelo simples fato de não quererem não se esconder?; (ii) se até os que são casados, às vezes, separam-se faticamente por algum tempo ‘para dar um tempo e resolver algumas coisas’ (conforme senso comum), como isto seria aplicado à união estável?; e (iii) a falta de um parâmetro objetivo simplesmente mina qualquer tentativa de consenso de quando, exatamente, é concebida a união estável, isto é: simplesmente uma “zona cinzenta” pouco palpável.

Aqui não se pretende responder extenuadamente cada um dos itens deste tópico sobre união (não muito) estável – pois aqui se vislumbra oferecer delineações e dessemelhanças básicas acerca disto, e isto está longe de ser o cerne do estudo.

O que se pretende demonstrar com estas argumentações é que, até o presente instante, a união estável é um “limbo jurídico”: sem parâmetros, fica difícil de regular; estando difícil de regular, fica difícil de obter uma base jurídica mínima para delinear os direitos e deveres intrinsecamente e extrinsecamente decorrentes deste tipo de entidade familiar; e, finalmente, estando difícil de delinear obrigações e direitos decorrentes da união estável, fica mais difícil ainda oferecer uma resposta satisfatória, por parte do Poder Judiciário, à sociedade civil que reiteradamente pleiteia seus interesses advindos das relações afetivas e/ou familiares.

Como exemplos, pode-se citar uma série de situações, tais como (STRAZZI, 2014):

- a) a pensão por morte, que é um direito automaticamente estendido ao cônjuge sobrevivente, já no caso do companheiro isso deve ser provado para este poder receber;

- b) o direito real de habitação, que é plenamente assegurado ao cônjuge supérstite, não é assegurado de forma alguma na compilação civilista – embora haja alguns julgados assim permitindo;

c) em matéria de sucessão de bens do *de cuius*, o companheiro herda somente os bens que de comum esforço adquiriu com o finado, a título oneroso, durante a união estável – nada antes e nada depois é dado ao companheiro vivo; entre outros casos.

Portanto, *in maxima data venia*, pode-se afirmar que a união estável é todo aquele relacionamento afetivo com fins de formação familiar que se assemelha faticamente a um casamento, entretanto está juridicamente a descoberto, com proteção jurídica mínima (ou seja: não suficiente), em que todo e qualquer direito (ou ainda, obrigação) tem que ser provado para poder ser pleiteado, o que gera desgastes emocionais à ordem moral dos companheiros.

A “proteção jurídica mínima (e não suficiente)” pode ser retratada em um recente julgado na seara trabalhista, em que desembargadores entenderam por dar como emancipada uma menor de idade que trabalhava e já vivia em união estável (CONJUR, 2.016).

Sucessivamente, um último tema seria interessante de a cá abordar: recentemente (no Brasil) vem se formando a pactuação de “contrato de namoro”: um instrumento particular (“de gaveta”) em que os namorados se comprometem reciprocamente não gerar efeitos jurídicos de constituição de união estável.

O “contrato de namoro” se ampara em legislação civilista análoga em matéria de direitos e obrigações (em termos doutrinários, poderia ser comparado às antigas “sociedades de fato” – Súmula 380, STF), pois este “contrato” não está regulado em lei brasileira alguma. (TEIXEIRA, 2016).

A principal diferença seria o fato de que no “contrato de namoro” os namorados declaram não querer constituir família (principal elemento caracterizador da união estável), assim não incorrendo em riscos jurídicos, e por conseguinte, patrimoniais.

No entanto, já há casos em que o “contrato de namoro” serviria como uma espécie de contrato preliminar com cláusula de preferência: se tudo transcorrer conforme acordado, assim como haver *animus familiae* conjunto para prosseguimento da ‘execução’ do contrato, existe a possibilidade de futuramente o casal de namorados converter este contrato em união estável – e, quem sabe, casamento.

Enfim, válido ressaltar: não existe, ainda, uma posição dos tribunais pacífica sobre este tema (isto é: está longe de poder haver consolidação jurisprudencial em algum sentido), justamente por ser noviço, e também justamente por haver forte divergência doutrinária.

Finalmente, juristas entendem pela invalidade deste contrato, uma vez que pode ser uma fonte de enriquecimento ilícito por um dos contraentes; enquanto há outros pensadores que defendem que o contrato é plenamente válido; outros, ainda, entendem que este contrato serviria, no máximo, como uma “declaração de inexistência de união estável”, assim regulando os direitos e deveres decorrentes desta relação como se “sociedade de fato” fosse.

2.4. A Análise Econômica do Direito como metodologia ao direito familista

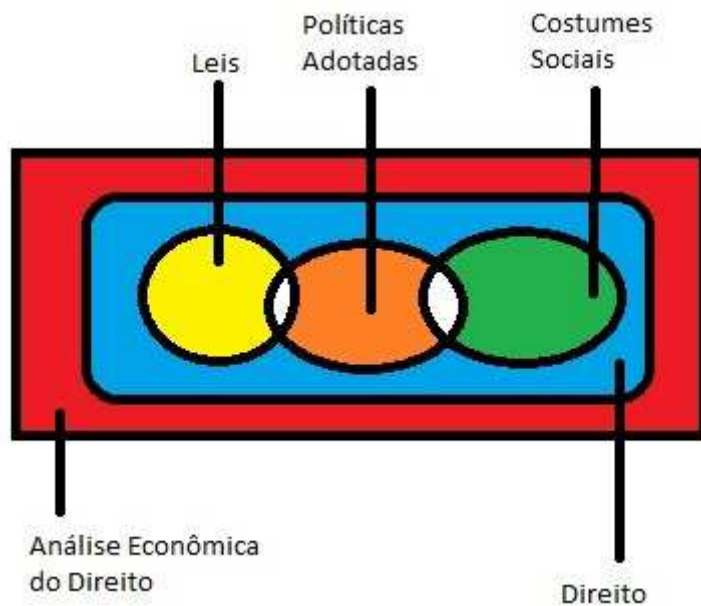
Após se analisar as diferenças da união civil para com o casamento, as diferenças das diversas correntes doutrinárias que concebem o matrimônio de modos diversos, e a diferença deste para com a união estável (e o “contrato de namoro” como síntese desta dialética tipicamente hegeliana), mister se faz, ao fim deste primeiro capítulo, conceituar a metodologia adotada.

A *Lae & Economics* (em tradução livre: “Análise Econômica do Direito”) é o ramo de ciência humana interdisciplinar que coaduna os (f)atos jurídicos – seja o que ocorreu, ou ainda, seja o que ocorrerá – a uma interpretação econômica, externa.

Pode-se tomar emprestado a concepção de Vaz (2000) que diz: “*há de corresponder a uma atividade intelectual de busca de elementos de natureza econômica que inspiraram determinada diretriz normativa às entidades produtoras do Direito*” (grifo nosso).

Ou seja: averiguar os resultados decorrentes de uma política adotada (ou que será adotada) por meio de lei – e seu costume decorrente quando de sua aplicação (dado que direito e costumes se intercomunicam bidireccionalmente e concomitantemente).

Graficamente, isto seria:



Então, o que se pretende neste trabalho é demonstrar os resultados decorrentes das políticas públicas (convertidas em lei, e adotadas pelos tribunais) na seara familista, assim como trazer luz acerca dos costumes – que influenciam as políticas adotadas – que se consolidam por meio de leis aprovadas.

Parece tautologia, contudo frisar nestes termos é demonstrar o caráter bidirecional e concomitante em que os sistemas (e seus sub-sistemas) se comunicam e se interinfluenciam, assim modificando, a mais ou menos tempo, alguns conceitos de sua própria essência.

Em termos práticos, isso acarrearía, por exemplo, analisar os impactos da aprovação da “Lei Maria da Penha” (Lei nº. 11.340/2.006), que de alguma forma coibiu a violência doméstica, assim como reforçou uma relação mais paritária entre os gêneros dentro da vida familiar de cada casal pelo Brasil a fora. (BRASIL, 2.016).

Ou ainda, analisar o costume enraizado pelo legislador pátrio de conferir ao casamento a única via plena de direitos e obrigações decorrentes das sociedades matrimoniais – relegando a união estável um subsistema que se mostra movediço às normas jurídicas (gerando, como síntese, o “contrato de namoro”, como referenciado anteriormente, visto o prolongado tempo que leva para os costumes modificarem um pouco).

O componente econômico como “estrutura externa” se desvela no seguinte modo: a economia não se resume a mercado financeiro, cotações de moedas correntes, precificação de

ativos, balanças comerciais, *et cetera*. Esta é apenas uma pequena parte da economia, e aplicada ao mercado financeiro – a que se mostra mais nítida nos noticiários, bem como (infelizmente) é a visão monopolizada que se tem da mesma.

A economia serve, também, para se analisar os resultados decorrentes de uma postura adotada; afinal, para se chegar a um fim, deve-se ter um meio – meio este que deve ser, preferencialmente, o mais eficiente e eficaz de almejar os resultados propostos.

E se analisa esta postura adotada pois a primeira regra de microeconomia que se há é que existem necessidades limitadas para recursos limitados, logo devemos racionar seus usos para maximizar a eficácia e eficiência operacionais decorrentes do bom manejo. E a política, já diria Thomas Sowell, “*a primeira regra da economia é a escassez; a primeira regra da política é ignorar a primeira regra da economia*”. (MARTINS, 2013).

As políticas adotadas (mediante influência dos costumes, ainda mais na seara familista) e que se convertem em leis, trazem efeitos que se constatarão por toda universalidade de pessoas por elas atingidas (a saber, neste caso: brasileiros e estrangeiros que venham a ter seu primeiro domicílio conjugal no Brasil).

E para constatar estes efeitos é que utilizar-se-á da Análise Econômica do Direito. Vale ressaltar que a *Law & Economics* já se desdobrou sobre os mais variados temas – e o ‘direito e mercado sexuais’ é apenas um destes.

A título de exemplo: “Economia do Crime”, de Gary Becker, analisa a fundo praticamente todas as variáveis que levam ao meliante entender se há sinais favoráveis ou desfavoráveis ao cometimento de ilícitos penais. Isto é: a *Law & Economics* há tempos ultrapassou de analisar somente contratos, propriedades e empresas, adentrando há muito tempo áreas não-negociais (família, crime, e inclusive direitos fundamentais).

Ademais, a família não pode estar de fora, pois conforme Vaz (2000, p. 08):

Posner afirma que análise econômica da família é baseada na percepção de que o grupo familiar não é apenas consumidor, mas uma importante unidade de produção na sociedade. Os alimentos, a roupa, a mobília, os medicamentos e outras mercadorias que o grupo domiciliar adquire são insumos usados na produção de comida, calor, afeição, crianças e outros bens tangíveis e intangíveis que constituem

a produção do lar. Um insumo crítico nesse processo produtivo não é uma mercadoria, é o tempo dos membros do grupo familiar, em particular - nas Famílias tradicionais - o tempo da mulher.

Portanto, analisar a instituição da família mediante o contrato de casamento (na visão de Posner), é observar o mais antigo fundamento que é a pilastra de toda e qualquer sociedade: as relações decorrentes de seus inúmeros núcleos familiares. Relações, estas, não só afetivas, mas também dotadas de efeitos jurídicos.

Existem correntes doutrinárias que entendem que a *Law & Economics* não poderia ser adotada, pois entendem que esta metodologia não poderá ser aplicada à família brasileira, visto esta estar submetida ao regime civilista que está a luz e ordem dos ditames constitucionais de bem-estar social – e que haveria “inúmeras influências e fatores que excluem a possibilidade desta análise”. Nos dizeres de Diniz (2009, pp. 151-152):

O recurso apresentado, contudo, não coaduna com a contextura constitucional. Primeiramente porque o Diploma Constitucional de 1988 não estabeleceu as formas familiares que deveriam ser adotadas pela sociedade brasileira, não excluindo, assim, quaisquer modelos de formação familiar. E, em segundo lugar, a resolução da dificuldade em apreço deve se pautar na interpretação constitucional. Conclusão elementar é de que o modelo de análise econômica do direito de família sugerido por Richard Posner não abarca as sociedades em que as mulheres não gozam da liberdade de escolha com relação à atividade sexual, tampouco em relação à opção de ter ou não filhos ou sobre o numerário da sua prole. Também não é condizente com as sociedades em que as mulheres são ainda agredidas por seus maridos e companheiros e que muitas destas não contam com o auxílio masculino na criação e educação dos filhos. Por fim, não agrega as sociedades em que proliferam as mais variadas formações familiares. Imperioso destacar que a formação da sociedade brasileira sofreu uma série de influências como a miscigenação da população, a diversidade das constituições familiares, a diversidade de diplomas legais, a escravidão, diferenças raciais, culturais e religiosas que certamente não colaboraram para o seu crescimento econômico. E os ditames pregados pela análise econômica do direito de que a melhor organização familiar é a que mais maximiza a riqueza, não faz sentido nesta peculiar conjuntura.

Ao ver do autor do presente estudo supra, a visão dos que não admitem a possibilidade de a Análise Econômica do Direito em Direito de Família (e, por tabela, em Direito de Sucessões) é equivocada, pois: (i) as análises perpetradas por Richard Posner e Gary Becker foram feitas à luz dos acontecimentos sociais da época na qual dissertaram sobre (a saber: entre os anos 1950 e 1970), portanto não se vinculam tão somente a uma época, ou ainda, é possível estender seu entendimento para todas as épocas, podendo se amoldar à situação na qual pretende se estudar; (ii) o fator – e vetor científico – mais importante é a metodologia

aplicada e o olhar imparcial acerca do assunto, o que permite analisar inclusive “os inúmeros fatores” variáveis que influem no resultado do que é hoje o direito familista.

Oferecendo contraponto, e já analisando como a família pode ser compreendida, Vaz (2.000, p.10), ao fagocitar os ensinamentos de Richard Posner, vê:

Posner reafirma a idéia de que o casamento é uma "parceria", apontando diferenças importantes entre negócio e organização familiar. Por exemplo, a divisão da renda familiar não pode ser determinada pelo valor relativo da contribuição de cada cônjuge, como seria numa parceria comercial. Um ponto significativo é que as tarefas específicas dentro do lar não são dirigidas e nem monitoradas de um modo hierárquico, burocrático ou contratual. Existe, diz Posner, no casamento, um substituto para os mecanismos de controle usados numa empresa comercial. Os economistas naturalmente não chamam esse fator de "amor", mas o descrevem como uma forma de altruísmo. O altruísmo é a condição na qual o bem-estar de uma pessoa é a função positiva do bem-estar de uma outra. [...] O altruísmo facilita a cooperação.

Assim sendo, diante de réplica e tréplica, a um só tempo pode-se ver: (a) a Economia pode ser utilizada como metodologia eficaz – por meio do uso de seus conceitos – para analisar outras áreas das ciências humanas; (b) uma análise mais “imparcial” – do ponto de vista de que não esteja imbuída dos ditames de leis, decretos ou costumes – permite ver os impactos que uma dada norma impinge aos mais diferentes setores sociais; e (c) a partir disto, é possível tracejar – ou seja, endereçar – o que poderia ser corrigido, em matéria legal e jurisprudencial, para proporcionar relações familiares mais harmônicas e dotadas de bem-estar.

Por fim, a metodologia da Análise Econômica do Direito é (à primeira vista) distante e “um tanto fria”, no entanto esta permite (como já dito) um enfoque distanciado e destituído das paixões quotidianas que move o *homo economicus* (não tão) “racional e maximizador de riqueza” (segundo o entendimento predominante da Escola de Economia de Chicago) a permanecer em seus costumes; e enquanto dotado de poder de legislar, a adotar estes tais (muitas vezes, de modo inconsciente) como base às futuras leis que atingirão uma massa disforme e desorganizada espalhada pela sociedade civil brasileira.

3 “NÃO APRENDI DIZER ADEUS”: TEOREMA DE COASE E O PORQUÊ DE O DIVÓRCIO NO BRASIL SER CARO PARA AMBOS DIVORCIANTES.

Primordialmente, faz-se necessário tecer alguns comentários sobre a dialética que se impinge à dinâmica dos relacionamentos conjugais na sociedade civil organizada. Para BECKER apud FERREIRA (op. cit., p. 119):

“O divórcio resulta, portanto, da ausência de recursos suficientes (tempo, energia e esforço emocional) e de comprometimento com o matrimônio. Para McKenzie e Tullock, tal pode ser reflexo tanto da falta de avaliação das partes quanto aos necessários investimentos conjugais ou mesmo da constatação de que os benefícios advindos da relação não compensam os possíveis investimentos”.

Desta maneira, entende os estudiosos da *Law & Economics* que a formação das sociedades conjugais, a exemplo de qualquer outro bem transacionável, tanto obedece aos princípios econômico de oferta e demanda, bem como margens de ganho e investimentos.

Outrossim, entende-se que para um dos consortes desejar resilir a sociedade conjugal, é porque esta se mostra sem possibilidades alguma de angariar ganhos pessoais em sociedade conjugal – a ponto de oferecer, nos casos mais extremos, tamanhas desvantagens tão onerosas que tornam o casamento um verdadeiro fardo (“melhor teria sido nunca me casar, se assim fosse” – apontam os insatisfeitos no senso comum).

Válido lembrar: o que muitas vezes impede de uma das partes envolvidas na sociedade conjugal de dissolvê-la é a sua burocracia e sua onerosidade. Não é raro encontrar casais mais antigos que deixaram de divorciarem por ambos alegarem que seria financeiramente oneroso além da conta.

Em bom tempo, FERREIRA (op. cit., p. 120) demonstra alguns entendimentos de COOTER e ULEN, ao explicar que a análise econômica conseguiu explicitar os possíveis efeitos das sanções (ou ainda, promoções) legais sobre o comportamento humano, bem como sua compreensão: “*Quanto mais clara for a legislação e mais disseminados os entendimentos jurisprudenciais, de forma eficaz poderão os agentes gerenciar seus comportamentos durante o casamento, visando à consecução de seus interesses e maximização de seu bem-estar*”.

Como se pode notar – e assim se demonstrará a seguir sobre isto –, tanto as leis quanto a jurisprudência brasileira em direito familista são contraproducentes e defasadas, tornando assim mais imprecisa a disseminação de informações e entendimentos aos consortes sobre como melhor pactuar seus vínculos conjugais.

Não bastasse a imprecisão na formação da sociedade conjugal, esta imprecisão se acentua quando de sua dissolução. FERREIRA (op. cit., p. 123), usando-se de entendimento de COOTER e ULEN, definiu: “*as circunstâncias especiais que definem os limites do direito são especificadas numa proposição notável chamada de Teorema de Coase*”.

O “Teorema de Coase” é o que permite visualizar o quão preciso, eficiente e eficaz pode ser uma norma jurídica – especialmente em esfera contratual (no plano econômico, a sociedade conjugal é entendida como contrato). Este teorema sugere: “... *sendo viável às partes chegar a um acordo, quando os custos de transação forem baixos, tal ocorrerá independentemente da forma como as regras jurídicas estão estruturadas*” (FERREIRA, op. cit., p. 124). Ou ainda, de modo mais esmiuçado (FERREIRA, op. cit., p. 123):

“1) quando os custos de transação são nulos, um uso eficiente dos recursos resulta da negociação privada, independentemente da atribuição jurídica dos direitos de propriedade; e, em contrapartida, quando 2) os custos de transação são suficientemente altos para impedir a negociação, o uso eficiente dos recursos dependerá da maneira como os direitos de propriedade são atribuídos”.

Destarte, conclui-se, preliminarmente, que quando ambos os consortes optam pelo divórcio consensual, este atinge rapidamente seus resultados pretendidos, independentemente como as regras jurídicas estão dispostas.

Mas como todos já devem saber, a realidade brasileira é pantanosa: a grande maioria dos divórcios no Brasil é de natureza litigiosa, e o deslinde do feito somente pode ser mensurado através da análise de como as leis, as doutrinas e as decisões judiciais, bem como a realidade, estão dispostas hodiernamente.

E, enfim, como será tratado no item a seguir, o conjunto fático-jurídico brasileiro se demonstra turvo e ininteligível, e quanto mais imprecisas estão as normais jurídicas, como avençado supra, mais difíceis se tornam os divórcios litigiosos de se resolverem.

Por fim, estuda-se especificamente o divórcio pois é de esta ação que resulta outras tantas na seara familista: alimentos, guarda, pensão, sucessões, entre outros (e a correta dissolução do divórcio poderia diminuir sensivelmente a quantidade de processos atravancados no poder judiciário).

3.1. Leis equivocadas, jurisprudência não pacificada, doutrinas díspares, projetos de lei sem fundamentos: como isto tudo contribui para o não deslinde das ações de divórcio litigiosas no Brasil

Nos últimos anos, tem-se observado infintos desentendimentos na seara familista sobre regras supostamente consolidadas. Neste tópico, não adentrar-se-á ao fundo no mérito de cada causa – de o porquê de tal fato ter sido julgado, ou ainda, proposto, de tal modo –, mas sim demonstrar-se-á, ao final, que tudo isto corrobora para o óbvio ululante: quanto mais frágeis as regras matrimoniais, mais conflitos desnecessários entre os consortes, e mais desunidas ficam as famílias brasileiras, provocando a falta de “paz social” – tão almejada.

Primeiramente, a jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça (doravante “STJ”; em processo que se encontra em segredo de justiça – por isto não foi colacionado aqui a decisão com a ementa) entendeu que as cotas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (doravante “FGTS”) que foram depositadas na constância da sociedade conjugal devem ser colacionadas à partilha de bens quando do divórcio. (CONJUR, 2016).

O entendimento da 2ª Seção do STJ firmado em março de 2016 foi no sentido de que “os valores recebidos mensalmente durante o relacionamento integram o patrimônio comum do casal”. (grifo nosso).

Enquanto a Ministra Isabel Galotti “posicionou-se favoravelmente à divisão de valores sacados por ambos os cônjuges durante o casamento”, o Ministro Luís Felipe Salomão entendeu que “os valores recebidos pelo trabalhador mensalmente durante a constância do relacionamento integram o patrimônio comum do casal”, e que devido a este fato são “objeto de partilha, havendo ou não o saque de valores do fundo durante o casamento”. (grifo nosso)

In máxima data vênia aos eminentes e doutos ministros, tal decisão afronta literalmente as próprias leis federais que o STJ diz manter e defender, pois dispõe o art. 2º, §2º da Lei do FGTS (Lei Federal nº. 8.036/1.990): “*As contas vinculadas em nome dos trabalhadores são absolutamente impenhoráveis*” (BRASIL, 2.016).

Esta recente decisão é a típica demonstração do que tem se falado aqui: nas últimas decisões dos tribunais superiores, a jurisprudência tem se mostrado um tanto mais do que díspar das leis promulgadas. Jurisprudência esta que simplesmente tem ignorado o literal disposto em leis federais, e isto causa justamente o que mais se teme aos operadores do Direito: insegurança jurídica.

Tal fato ocorrido recentemente não é exclusividade. Enquanto a jurisprudência passa ao largo do disposto em lei, alguns projetos de lei do Congresso Nacional simplesmente desprezam o que a grande maioria dos doutrinadores em direito familista há tempos já haviam discutido e chegado a algum consenso.

Um dos exemplos mais recentes é o Projeto de Lei nº. 2.387 de 2.015, proposto pelo deputado federal Pastor Franklin (PTB – MG) quer “ressuscitar” a averiguação de culpa de um dos consortes quando do momento do divórcio (LONDRES, 2.016).

Tal tentativa, via projeto de lei ordinária, é uma verdadeira afronta aos progressos em direito familista. Há algum considerado tempo entendem que, por uma questão de adequação social, o divórcio litigioso é momento tão sensível que discutir a averiguação de culpa é simplesmente tornar o que já é difícil em feito hercúleo e quase impossível de deslindar.

Acompanha o entendimento a cá proposto FERREIRA (op. cit., p. 62), ao ver:

“... referida Emenda [Constitucional nº. 66/2010] aboliu a discussão da culpa pelo fim da conjugalidade. Rodrigo da Cunha Pereira aduz que a nova redação conferida ao artigo 226, §6º, da Constituição Federal somente veio a consolidar a evolução doutrinária e jurisprudencial no sentido de eliminar a possibilidade de discussão pelo fim do matrimônio”.

Também assim entende SIMÃO apud FERREIRA (op. cit., pp. 62-63): “*esta [discussão sobre a culpa] somente gera uma inadmissível morosidade processual para se*

colocar o almejado fim ao vínculo conjugal”. Bem como, na mesma via, DIAS apud FERREIRA (op. cit., p. 63):

“A perquirição da causa da separação acabou perdendo prestígio. O fim do casamento passou a ser chancelado independentemente da indicação de um responsável pelo insucesso da relação, seja porque é difícil atribuir a apenas um dos cônjuges a responsabilidade pelo fim do vínculo afetivo, seja porque é absolutamente indevida a intromissão do Estado na intimidade da vida das pessoas. Ao Estado, só cabe dizer amém e dar por findo o casamento”. (grifo nosso)

Assim sendo, vê-se que embora haja alguns doutrinadores e algumas jurisprudências no sentido de quererem promover a discussão da culpa quando do momento do divórcio, entende-se a cá que é muito mais razoável (atendendo, então, ao princípio da proporcionalidade) primeiro promover o deslinde do divórcio litigioso, e após, em ação própria, discutir se houve culpa (por parte ou recíproca) dos consortes (por ex.: em ação autônoma de alimentos, ou ainda, em ação de danos morais em relação ao outro cônjuge).

Consequentemente, nítido está demonstrado que as fontes de direito familista (leis, doutrinas, jurisprudências, Congresso Nacional, costumes) não estão se comunicando adequadamente. E isto tem gerado situações esdrúxulas como as colacionadas supra.

Finalmente, tudo mais se mantendo constante, as ações de divórcio litigioso mal resolvidas (devido à má comunicação das fontes de direito familista, como dito acima) vão repercutir em outras ações da seara familista (tais como guarda, alimentos e sucessão), como se verá no item a seguir.

3.2. Reflexos e repercussões fático-jurídicas do atual divórcio litigioso no Brasil

Como dito no tópico anterior, cá se estuda o divórcio – principalmente o seu procedimento –, pois este reflete diretamente em outras ações jurídicas. Diante disto, quanto mais atravancado for o procedimento de divórcio, isto é, quanto menos claro e mais passível de litigiosidade estiver contida em suas regras, menor é a possibilidade de haver divórcio consensual entre os consortes.

Para ser franco, há de se admitir: o noviço digesto processual civil de 2.015 (doravante “Novo CPC”) abarcou muitas propostas sugeridas pelo Instituto Brasileiro de Direito de

Família (doravante “IBDFAM”), e isto se demonstra em um procedimento próprio às ações da seara familista (Capítulo X, artigos 693 a 699), bem como o correto tratamento transdisciplinar à disciplina (PEREIRA, 2.016).

As propostas do IBDFAM acopladas ao Novo CPC execram a cultura da litigiosidade, ranço remanescente do antigo sistema material e processual em matéria de Direito de Família e Sucessões, bem como prevê expressamente no art. 694 que a prioridade sempre será a mediação para fins de conciliação do litígio familista.

Contudo, os avanços foram atardados: muito mais sensato seria ter sido aprovado o Projeto de Lei do Senado Federal nº. 470, de 2.013, proposta pela senadora Lídice da Mata (PSB-BA), que prevê a criação de um “Estatuto das Famílias”: o Direito de Família, tão vinculado ao Direito Civil, ganharia corpo e estatuto próprios, e seus procedimentos seriam definitivamente particularizados.

Enquanto tal projeto não é aprovado, considera-se aqui que os avanços do Novo CPC são válidos – justamente por promoverem a mediação familiar e um procedimento que priorize a dignidade da pessoa humana em momento tão ímpar e sensível tanto aos consortes quanto a prole envolvida.

Reitera-se: embora tenha havido significativo avanço com o Novo CPC em seara familista, principalmente por tratar esta seara conjuntamente com outras áreas (especialmente a Psicologia), e por tratar sobre o procedimento de alienação parental (bem como o de guarda compartilhada), os avanços terão que ser consolidados mediante atribulada prática forense.

Afinal, a própria Psicologia, que muitas vezes ampara e permite o correto discernimento jurídico em uma causa envolvendo Direito de Família, e a mesma que adverte que pode ocorrer litigância de má-fé no procedimento de averiguação de alienação parental; e o ordenamento jurídico pátrio (ainda) não se precaveu neste sentido.

Fato supra foi observado por Giselle Câmara Groeninga, que em entrevista sobre guarda compartilhada nos relacionamentos familiares, disse (MARTINES, 2.016):

O fenômeno da alienação parental foi identificado em uma época em que a guarda era unilateral, em geral atribuída às mães, e que, no caso, utilizavam a lei em sentido perverso com finalidade diferente da que estava prevista. *O Poder Judiciário era provocado pelos pais, para afastar, excluir e alienar. Assim, a alienação ocorria com o 'aval' da lei e do Poder Judiciário, em um verdadeiro abuso de poder afetivo materno.* (grifo nosso).

A citada anteriormente destacou positivamente a “Lei da Guarda Compartilhada” (Lei Federal nº. 13.058, de 22 de Dezembro de 2.014):

A lei trouxe a necessária visibilidade. As mudanças ocorreram nem tanto nas famílias funcionais, mas sim naquelas em que as relações entre os pais, e destes com os filhos, estavam desequilibradas pelo divórcio ou dissolução da união estável, e mesmo naquelas famílias em que o casal conjugal nem chegou a se formar. (...). A lei diminuiu o medo dos pais em divorciar-se e “perder” os filhos, inclusive com uma mudança de domicílio. E, por parte das mães, diminuiu o medo de que os filhos fossem “abandonados” afetivamente por parte dos pais. Em suma, a guarda compartilhada trouxe mais segurança para a continuidade das relações entre pais e filhos e também é um dispositivo que previne a alienação parental.

Em suas observações, a psicanalista rechaça uma atribuição objetiva de culpa durante o processo de divórcio (como defendido supra), uma vez que muitos comportamentos humanos possuem raiz inconsciente:

...admitir que os comportamentos também têm componentes inconscientes diminui os erros dos juízos e a atribuição de culpas. Estes atrapalham a compreensão e a solução das lides judiciais. A identificação dos aspectos subjetivos permite que se busque a necessária objetividade que deve pautar os encaminhamentos e as decisões judiciais

Apesar de todo esforço legislativo em prover uma moderna legislação para coibir os abusos por parte de um dos consortes durante o divórcio litigioso – especialmente quando envolve a guarda de menores e/ou incapazes –, finalmente a psicanalista admite que é necessário sensibilidade por parte de quem media e quem julga processos na seara familista:

A legislação é bastante avançada, sobretudo com o detalhamento de como devem ser realizadas as perícias. No entanto, *a questão maior reside na identificação da alienação parental, que não se resume a um ou vários atos, mas é uma dinâmica de relacionamentos, com aspectos inconscientes. As decisões judiciais costumam ser ineficazes quando se tratam de fenômenos inconscientes (...).*

A alienação parental pôs à mostra e é um alerta para o uso perverso que pode ser feito do próprio processo judicial com fins de alienação, à semelhança da uma litigância de má-fé, mesmo que inconsciente. E, paradoxalmente, *o que se observa atualmente é também o mau uso da lei, em que a acusação de alienação parental é uma forma de pressão como, por exemplo, com relação aos alimentos.* (grifo nosso)

Diante de todo este exposto, constata-se ao fim que as últimas inovações legislativas, de algum modo, permitem auxiliar e ajudar os operadores jurídicos nas causas em Direito de Família, bem como suas causas derivadas deste ramo (alimentos, guarda, sucessões, etc).

Porém, por mais avançada que seja a legislação, o fator humano – leia-se: uma correta preparação acadêmica, tanto dos operadores jurídicos bacharelados quanto dos técnicos que auxiliam o poder judiciário, que priorize o vetor dignidade da pessoa humana durante a mediação familiar – ainda é o fator preponderante para haver mais probabilidades de o divórcio poder ser efetuado de modo consensual, bem como suas causas derivadas se originem de justos motivos (não chantagens indevidas, como pode ocorrer durante a alienação parental alertada pela psicanalista já citada: chantagens estas de raiz, muitas vezes, inconsciente).

Enfim, este capítulo voltou-se a explorar o que já é, nos dias de hoje, popularmente conhecido para lenificar os danos provocados em famílias desestruturadas acometidas pelo divórcio litigioso moroso.

No próximo capítulo, explorar-se-á outras possibilidades jurídicas para tornar os vínculos (bem como sua eventual posterior dissolução) da sociedade conjugal menos onerosos, seja em sentido financeiro, seja em sentido temporal, seja em sentido psicológico-emocional.

4 “PORQUE HOMEM NÃO CHORA”: MEDIDAS ALÉM DA MEDIAÇÃO FAMILIAR EM JUÍZO PARA MITIGAR OS EFEITOS DO DIVÓRCIO E TORNÁ-LO MENOS ONEROSO

No capítulo supra, foi comentado que as atuais e mais conhecidas ferramentas servem tão somente para suavizar os efeitos do divórcio. O autor da presente monografia entende que existem outros caminhos que podem ser usados seja à formação quanto à (eventual e posterior) dissolução menos dolorosa aos consortes – em sentido amplo.

Primeiramente, falar-se-á sobre um velho, mas não usado, negócio jurídico de direito familista: o pacto antenupcial. Entende-se que há uma espécie de “tabu” em se falar nisto: o senso comum vê como ‘desfeita’ pensar em divórcio antes mesmo de haver a contração de núpcias matrimoniais – bem como uma sensação (falsa) de que “se ocorrer a dissolução, eu vou sair ganhando mais que a outra pessoa”.

Após, abordar-se-á sobre as holdings familiares. Se o pacto antenupcial é muito pouco utilizado, as holdings familiares menos ainda: apenas grandes famílias empresariais têm costumeiramente se utilizado desta ferramenta. Entretanto, considerando que a grande maioria das empresas no Brasil são familiares, aqui se vê que este caminho poderia sim ser melhor explorado por famílias detentoras de pequenas empresas.

Depois, será pinçado vários tópicos sobre práticas e procedimentos forenses que o procurador jurídico pode se munir para poder oferecer um melhor serviço de casamento (ou divórcio) ao casal.

Enfim: este capítulo tem os nobres fins de, como já dito acima, explorar caminhos alternativos que tornam o direito familista algo menos desgastante – seja para um dos litigantes, seja para os próprios advogados e demais operadores do Direito.

4.1. O pacto antenupcial como ferramenta para ser usada quando da ruptura do matrimônio: evitando morosidade judicial e rancores

O pacto antenupcial ainda é compreendido como um acordo pré-nupcial em que os nubentes dispõem, dentro de sua autonomia privada, sobre o regime de bens, regimentos

patrimoniais, algum regime de bens além da comunhão parcial – ou ainda, a combinação de regimes (denominado “regime híbrido”), ou ainda (também) um regime próprio.

Este entendimento é visto através de uma leitura exegética do art. 1.639 do Código Civil de 2.002, bem como o posicionamento doutrinário de Antônio Borges de Figueiredo (pp. 119-120):

Além da liberdade de escolha de um dos regimes previstos na lei (...), é possível fundir regimes, respeitadas as restrições legais. Em virtude do princípio da autonomia de vontade e da liberdade de escolha, os contraentes "podem optar por um dos regimes disciplinados no Código Civil, como podem combinar regras de um com regras de outro, ou ainda estabelecer um regime peculiar" (Rodrigues, 2004, p. 174). Em outras palavras, "podem contratar a incomunicabilidade de um ou alguns bens e a divisão dos demais" (Coelho, 2010, p. 77).

Depreende-se que os regimes de bens estabelecidos no Código Civil não são taxativos e que os nubentes têm a liberdade para criar o regime de bens que quiserem, dentro, logicamente, das licitudes estabelecidas no ordenamento jurídico (Pereira, 2009, p. 116). Segundo outro autor, os nubentes "podem até criar outro regime não previsto na lei, desde que não constitua expropriação disfarçada de bens por um contra outro, ou ameaça a crédito de terceiro, ou fraude à lei, ou contrariedade aos bons costumes" (Lôbo, 2009, p. 295). (grifo nosso).

Antes de abordar sobre a possibilidade de conteúdo não-patrimonial no pacto antenupcial, analisa-se as possibilidades patrimoniais, lícitas e não fraudatórias, dentro de tal negócio jurídico. Como já foi dito a cá: não somente o regime de bens pode ser tratado em tal pacto.

Em primeiro tópico, vê-se que os alimentos, sejam presentes, sejam futuros, constituem crédito irrenunciável, como dispõe o art. 1.707 do CC/02. Mas nada impede de que no pacto antenupcial o casal disponha que, quando da dissolução do vínculo conjugal, uma parte pague a outra uma quantia certa (ou determinável) a título de alimentos por tempo determinado (ou, novamente, determinável).

Embora haja possibilidade de assim ser acordado, entretanto (e com infeliz resignação) o autor deste presente estudo sente a necessidade de fazer ressalvas realistas: os ajustes pactuados acerca de alimentos apenas se, e somente se, tornarão efetivos se houver manifesta maturidade do casal.

Pois veja-se: este tipo de ajuste é passível de ação declaratória de nulidade de cláusula pactuada com fundamento na (possível) coação que um dos cônjuges sofrera para poder

contrair núpcias – apesar de ser (no mínimo) estranho alegar coação em cláusula de pacto antenupcial, sabendo que este pacto somente possuirá plenos efeitos após a união civil mediante um “sim!” perante o juiz de paz.

Feita esta necessária ressalva, e ainda comentando sobre a possibilidade de estipular alimentos pós-divorciais em pacto antenupcial, observa-se: a vinculação em salários mínimos de valores é controversa e vedada, seja pelo inciso IV do art. 7º da Constituição Federal de 1.988, seja pela Súmula Vinculante nº. 4 do Supremo Tribunal Federal; no entanto, nada impediria de ser vinculado em valores de cestas básicas – o que evitaria ter de ser discutido em juízo sobre correção monetária, juros legais de mora e correção inflacionária de tais valores a título de revisional de alimentos.

Ademais, ao contar com tal cláusula suspensiva de alimentos pós-divorciais, o pacto antenupcial se reveste de verdadeiro título executivo extrajudicial – já que modelado em sede cartorial –, assim permitindo ser ajuizada ação de título executivo extrajudicial (art. 911, NCPC/2.015).

Isto posto, em segundo tópico, observa-se que seria possível, mediante analogia de leis e jurisprudências, a adoção de uma cláusula temporária de mudança de regimes. Em outras palavras: por um tempo certo, vigora entre o casal um certo regime de bens, e a partir de um determinado fato ou data, começa a vigorar outro regime de bens; esta posição ainda é minoritária (e quase que esquecida), dado que a corrente majoritária argui que a lei expressamente requer um procedimento de jurisdição voluntária para mudança de regime de bens, sob pena de nulidade (SIMÃO, 2014).

Ainda discorrendo sobre esta possibilidade de estipular cláusulas temporárias acerca de regime de bens, ressalta-se: salvo melhor juízo e entendimentos jurisprudencial e doutrinário (manifestamente presentes, *in máxima data vênia*, na corrente majoritária sobre este tema), o autor da presente monografia vê que isto poderia ser consectário lógico: se a norma permite até a criação de um regime de bens totalmente peculiar (desde que não faça óbice às leis brasileiras, nem haja fins de fraude), o que impediria que o casal estipulasse uma cláusula nupcial na qual, após determinado tempo ou fato, o regime de bens muda automaticamente com a ciência e concordância de ambos?

Ou ainda, utilizando-se de outra pergunta para melhor esclarecer a tensão que envolve este tema: se o próprio divórcio, existindo filhos menores ou incapazes, fica fora da alçada do Poder Judiciário – podendo ser feita em sede cartorial, como bem dispõe a Emenda Constitucional nº. 66 de 2.010 –, por que a simples mudança de regime (ainda) passa por este crivo judicial? (SIMÃO, 2.014).

Convenha-se: deveria ser nada. Para se evitar dissabores e uma complexificação de um ato jurídico que deveria ser simples, entende a doutrina que a lei familista deveria ser reformada neste sentido de permitir que tal cláusula pudesse ser pactuada (SIMÃO, 2.014)

Não obstante, como dito supra, seria possível haver o regramento de cláusulas não-patrimoniais no pacto antenupcial – desde que relacionadas com o conteúdo do negócio jurídico, que é tutelar direitos e obrigações (livremente dispostos pela autonomia privada) dos consortes.

Um exemplo poderia ser o reconhecimento de filiação por meio do pacto antenupcial. As normas dos artigos 1.607 e do inciso II do art. 1.609 permitem que qualquer documento escrito (tanto público quanto particular) seja hábil como prova de filiação – e o pacto antenupcial é documento cartorial hábil para tanto.

Tal possibilidade pode ser bem explorada pelas “famílias mosaico”: organizações familiares em que (a título de exemplo) cada um dos consortes já possui a guarda de menores advindos de uniões anteriores, e que no atual conjunto ambos consortes reúnem em um mesmo lar filhos frutos de relacionamentos passados (FERREIRA, op. cit., p. 24).

Esta possibilidade é assentada por FIGUEIREDO (p. 121), *in verbis*:

Segundo outro posicionamento doutrinário, nada impede a disciplina de questões não patrimoniais, como, por exemplo, quem irá ao supermercado, proibição de fumar no quarto ou de deixar roupas pelo chão, admitindo o reconhecimento de filhos no pacto como prova escrita da filiação (Dias, 2010, p. 228/229). Segundo o entendimento engenhoso de Paulo Lôbo, devem ser destacados os conteúdos próprios do pacto antenupcial (regime de bens) daqueles que lhes são alheios (direito das obrigações), ainda que estipulados por meio da mesma escritura pública: *“Se um cônjuge assume a obrigação de vender um bem a outro, no pacto antenupcial, após o casamento, não se a tem como integrada ao regime de bens escolhido. Do mesmo modo, se houver reconhecimento de filho, essa declaração receberá a incidência das normas respectivas, mas não constitui materialmente conteúdo do pacto antenupcial”*. (Lôbo, 2009, p. 312)

O reconhecimento de paternidade ou de maternidade não constitui direito patrimonial, mas constando de qualquer documento, inclusive do pacto antenupcial, o reconhecimento deve ser considerado válido, irrevogável, incondicional e independente (arts. 1.609 e 1.610 do Código Civil) (grifo nosso).

Outro exemplo trazido por corrente minoritária é de poder utilizar o pacto antenupcial como planejamento sucessório. Entende melhor doutrina minoritária que o pacto antenupcial poderia sim conter regras típicas de testamento (como se o pacto antenupcial fosse um testamento particular), e estipular regramentos sobre a dotação de bens em caso de a união civil ser extinta devido a morte de um dos consortes (legados, codicilos, e até fideicomisso, por exemplo – desde que, é claro, ressaltando: não haja fins de fraude ou que venha a confrontar lei (por exemplo: cláusula que exclui herdeiro necessário da sucessão). (grifo nosso)

Novamente, Antônio Figueiredo (p. 121) comenta acerca deste exemplo *sui generis*:

Na vigência do Código Civil de 2002, há posicionamento doutrinário peculiar admitindo o planejamento sucessório por meio do pacto antenupcial: “Em face das terríveis limitações impostas pela lei em sede de direito sucessório, alterando, por completo o desejo dos cônjuges, vem se alastrando o uso do pacto antenupcial como forma de contornar as incongruências da lei. Assim, possível fazer o planejamento sucessório para definir questões de ordem patrimonial, para a hipótese de dissolução do casamento pela morte”. (Dias, 2010, p. 228) (grifo nosso).

Embora haja crítica de que tal planejamento constitui *pacta corvina*, que – de fato e de direito – é vedado pelo art. 426 do Código Civil de 2002 (“Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”), há quem entende que o pacto antenupcial não se enquadra como contrato típico civilista (uma vez que o CC/02 é compilação residual e generalista), sujeitando-se a regramento próprio do direito familista, portanto admitindo tratamento diferente – o que o pacto antenupcial não pode fazer, sobreleva-se, é alterar a ordem de vocação hereditária, excluir herdeiros necessários, estabelecer pactos sucessórios, afrontar a legislação, entre outros relacionados (FIGUEIREDO, 2012). (grifo nosso)

Até o atual instante, foi demonstrado as inúmeras possibilidades que o pacto antenupcial poderia dispor. Embora sejam infinitos os desdobramentos, estes encontram óbice quando, novamente salientando, a finalidade é de fraudar direitos sucessórios de herdeiros necessários, ou ainda, quando afrontam “*disposição absoluta de lei*” (art. 1.655, CC/02).

Em nenhum instante o pacto antenupcial pode afastar qualquer disposição de direito, seja qual ramo for – pode, apenas e no máximo, tracejar contornos dentro das possibilidades que a lei dispõe, permite e restringe.

Diante de todo o exposto neste tópico, vê-se que um pacto antenupcial (muito) bem elaborado – concomitantemente conjunto da maturidade necessária ao casal para dispor e tratar de tão sensível assunto – pode tornar a relação matrimonial mais clara para ambos consortes, ao deixar explícito quais as vantagens, desvantagens, direitos e obrigações que cada qual arcará na constância do relacionamento, bem como possíveis direitos e obrigações após o término deste.

Por fim, um bom pacto antenupcial permite, pela ótica da Análise Econômica do Direito, não só uma melhor distribuição de informações dentro da autonomia privada do casal (ressalvada as disposições normativas cogentes – por óbvio), mas também evita que chegue ao Poder Judiciário conflitos que poderiam ter sido elididos – tais como os de filiação, alimentos e alguns conflitos em sucessões – mediante tal acordo pré-nupcial.

4.2. Você já ouviu falar sobre *holdings familiares*?

Holding familiar, em suma, seria a formação de uma empresa formada pelos integrantes do mesmo seio familiar que investem quotas de participação no capital social de outras empresas – mas também pode ser *holding* para proteção patrimonial, ou administração de parte do patrimônio (imóveis, por exemplo); o conceito é extensível e adaptável conforme o caso concreto.

Define Marcello Terto e Silva:

... sociedade com personalidade jurídica própria e cujo capital social é integralizado com cotas ou ações de participação em outras sociedades. Seu fundamento legal se encontra na Lei 6.404/1976 (Lei de Sociedade por Ações), artigo 2º, parágrafos 1º e 3º. Pode ter a forma pura, quando tem por objeto único titularizar a participação no capital social e normalmente o controle de outras pessoas jurídicas; ou mista, quando também explora empresa de fim lucrativo.

A holding pode ser do tipo familiar ou patrimonial, quando objetiva a concentração e proteção do patrimônio familiar através de pessoa jurídica para facilitar a gestão financeira dos imóveis e bens móveis, como obras de artes e títulos, com a diminuição de impostos e contribuições federais, imposto de transmissão causa mortis, além de definir a sucessão familiar; ou financeira, quando se caracteriza

exclusivamente por sua forma de sociedade de participação em outras empresas, sem necessidade de controle, com fins meramente. (grifo nosso)

Também dá contornos Guilherme Aita:

Este consiste da criação de uma pessoa jurídica na qual se incorporam os bens de uma ou mais pessoas físicas, ou seja, a *holding* concentra parte ou totalidade dos bens de que são proprietários alguns membros de uma mesma família. Uma vez integralizado os bens a *holding*, os cedentes do patrimônio se tornam sócios no âmbito da pessoa jurídica.

A utilização da formação das holdings familiares tem-se tornado mais comum, principalmente em empresas familiares – aliás, considerável boa parte das empresas no Brasil são formadas pelos integrantes da própria família; porém, a constituição de holdings (ainda) é exceção, exceção esta utilizada ainda somente por grandes famílias detentores de monopólios, oligopólios e grandes corporações, empresas de grande porte, entre outros.

A formação de holding familiar possui evidentes vantagens em praticamente todos os aspectos. Primeiramente: a correta formação de uma holding familiar evita, ao menos em boa parte, a formação de conflitos familiares quando da sucessão do comando da empresa.

Assim é o entendimento de TERTO E SILVA (2.016):

As holdings têm se mostrado especialmente importantes em estratégias de controle de patrimônio e empresas familiares, com a vantagem de permitir por várias gerações (i) o controle centralizado e administração descentralizada de todos os ativos familiares; (ii) gestão financeira unificada de todo ou parte do grupo familiar; (iii) controle sobre um grupo societário com o mínimo de investimento necessário; (iv) proteção da gestão patrimonial do grupo familiar por holdings operacionais contra litígios familiares ou indefinições para o encerramento de espólios; e (v) desoneração da carga tributária sobre os ativos e rendimentos do patrimônio familiar.

Além do mais, como já repetido, esta empresa que participa de outras empresas possui nítidas vantagens tributárias, contando com uma menor tributação (enquanto pessoa jurídica) se comparada quando a tributação é feita sob pessoa física. Passar-se-á, agora, ao detalhamento de como ocorrem estas vantagens.

Sobre evitar conflitos familiares quando da sucessão empresarial, entende Renato de Mello Almada e Marcello Maurício dos Santos que o planejamento sucessório adequado evita

não só os conflitos familiares desnecessários, como também uma maior tributação sobre o patrimônio:

... aquele que não se mobilizar e buscar conhecer as alternativas para já reestruturar seus negócios, pavimentando a continuidade e administração pelas próximas gerações, poderá no futuro, além de sofrer as consequências que os desgastes que um processo de sucessão, através de inventário judicial, por exemplo, pode trazer para a condução dos negócios, arcar ainda com uma redução do seu patrimônio devido a uma tributação maior. Isso sem falar na perda de competitividade, se comparada com o concorrente que optou por planejar a sucessão. (grifo nosso)

Tributação menor esta que se constata quando do falecimento de algum membro familiar participante da holding: esta empresa simplesmente dispensa a formação de inventário; em questão de semanas as quotas são transmitidas aos demais herdeiros – se o inventário fosse aberto, levaria de anos a décadas –, além de contar com a não-tributação do ITCMD (Imposto de Transmissão Causa Mortis e de Doações).

Ainda TERTO E SILVA (2.016) esmiúça as claríssimas vantagens deste instrumento ao tempo do falecimento de algum ente querido pela empresa familiar:

De fato, com o menor custo possível, “esse instrumento tem solucionado problemas referentes à herança, substituindo em parte, e muitas vezes de forma mais eficiente, disposições testamentárias. Nesse sentido, um contrato social de limitada ou um acordo de acionistas ou cotistas pode, por exemplo, regular formas de alienação de participações societárias entre os sócios, definir o procedimento que deve ser adotado no caso da morte de algum deles, ou regular como deverá ser equacionada a entrada de novos herdeiros no conselho de administração ou na gestão executiva da sociedade operacional” (PRADO, Roberta Nioac, et all, idem, p. 268). (grifo nosso)

Um exemplo de menor tributação, também, pode ser encontrado em Bruno Carneiro:

Por fim, um exemplo de vantagem tributária bastante divulgada é a de constituição de holding patrimonial, também conhecida como holding familiar, para a administração e locação de imóveis. Enquanto que somente a tributação incidente na receita de aluguéis por uma pessoa física é de 27,5%, se a mesma contratação ocorrer por meio desta holding, apresentará um impacto tributário final de aproximadamente 11%, ou seja, uma economia de 16,5%.

AITA (2.015) esclarece outros aspectos fiscais e de tributação sobre este instrumento:

Para que garantir a "blindagem" deste patrimônio, delimita-se a entrada de novos sócios, impedindo-se desta forma a intervenção de terceiros e ainda acrescenta-se ao contrato social cláusulas que impeçam a entrada de novos sócios, sem a autorização dos demais, restringindo a entrada de pessoas estranhas à família na empresa.

Com a aplicação de cláusulas de incomunicabilidade, impenhorabilidade e inalienabilidade dos bens, cláusulas estas que podem ser inclusive vitalícias, no contrato social da "holding familiar" os bens que estão com estes gravame não entrarão na comunhão em virtude de casamento, independente do regime de bens convencionado; haverá a impossibilidade dos bens sofrerem medidas como sequestro, busca e apreensão e penhora, protegendo os bens desta forma a qualquer tipo de dívida contraída pelo sucessor, assim como, estes estarão protegidos da dilapidação dos herdeiros.

A "holding familiar" possibilita a diminuição na tributação dos bens incorporados, onde os titulares do patrimônio escolhem o regime de tributação da empresa, ou seja, lucro presumido ou lucro real, abrindo desta forma a possibilidade dos sócios terem a redução dos tributos sobre seus lucros e bens. (grifo nosso)

Ou seja, repete-se: a um só tempo, a formação de holdings familiares promove: (i) a desnecessidade de abertura de inventário, o que, por conseguinte evita tributação de ITCMD, bem como morosidade judiciária; (ii) ilide conflitos de sucessão familiar e empresarial, dado que na constituição da holding fica determinado qual tipo societário será adotado, assim como procedimentos quando da cessão das quotas, bem como quem, quando e como o sucessor dos negócios vai assumir as empreitadas do *de cujus*; e (iii) com exceção dos incidentes de desconsideração de personalidade jurídica, há nítidas vantagens fiscais para haver blindagem patrimonial.

Novamente se destaca o entendimento de TERTO E SILVA (2016), uma vez que a formação de holdings familiares talvez seja dos únicos instrumentos hábeis a evitar ao máximo a penhorabilidade das quotas testamentárias. Exemplos que ilustram isso seriam:

No planejamento sucessório, quando utilizado para o adiantamento de legítima por parte do empreendedor, a holding pode, dependendo do caso, reduzir a carga tributária que normalmente incide quando da abertura da sucessão por falecimento. Em alguns casos, o controlador poderá doar as suas quotas aos herdeiros, devidamente gravadas com cláusula de usufruto vitalício em seu próprio favor, além de inserir cláusulas de impenhorabilidade, incomunicabilidade, reversão e inalienabilidade.

Essas cláusulas são importantes, porque impedem que os bens sejam gravados e integrados ao acervo dos cônjuges dos herdeiros, bem como possibilitam o retorno dos bens ao patrimônio do doador, em situações específicas.

Logo, para além das vantagens fiscais, a holding proporciona a divisão do patrimônio em cotas, impedindo que fique bloqueado ou comprometido em eventual disputa entre herdeiros. Isso ocorre porque o patrimônio familiar fica protegido pela pessoa jurídica, cujas cotas podem ser distribuídas, mediante doação, com reserva de usufruto, em benefício do líder familiar. A integralização do capital social com o patrimônio imobiliário, a depender do caso, não sofre a incidência imediata do imposto sobre transmissão causa mortis e doações (ITCMD), no caso de não haver a distribuição imediata das cotas, nem sobre transmissão de bens imóveis intervivos (ITBI). (grifo nosso)

Visto tudo isto supra, é impossível não notar as evidentes vantagens da promoção de holdings familiares pois a morte de um dos consortes também é uma das formas de dissolução da sociedade conjugal; e mesmo em caso de divórcio, as quotas da ex-companheira podem ser cessionadas de modo mais tranquilo e menos oneroso, seja financeiramente, emocionalmente e temporalmente.

Ainda sobre a desnecessidade de inventário, comenta AITA (2.015):

Outro aspecto relevante da "holding familiar" é a desnecessidade de a abertura de inventário e partilha para a transferência dos bens deixados pelo "de cujus", uma vez que, todos os bens estão integralizados a empresa, ou seja, os anos gastos num inventário para se utilizar dos bens herdados da forma que se deseja se tornam apenas, em média, dois meses, já que para a transferência das cotas da holding é somente necessário informar a junta de comércio.

Outrossim, uma outra nítida vantagem das holdings familiares é de evitar desgastes em matrimônios realizados com forte interesse financeiro pela outra parte: como dito supra, a aplicação de restrições às cláusulas impede de que estas sejam passíveis de medidas liminares e cautelares – justamente pelo fato de a holding familiar proteger as quotas que ele detém enquanto associado.

Enfim, a formação de holdings familiares ainda é uma prática restrita a algumas grandes famílias empresariais do Brasil, entretanto com o tempo tem recebido adeptos; e o autor da presente monografia entende que tal formação deve ser incentivada, pois além das nítidas vantagens aos consortes (bem como para toda família), o Poder Judiciário agradece menos processos morosos de abertura de inventário e dissolução parcial de sociedades empresariais familiares.

5 “EVIDÊNCIAS”: A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O DIVÓRCIO

No primeiro capítulo, fora conceituado os institutos e objetos de contrato do presente estudo – afinal, imperioso é definir limites entre cada material de estudo para uma melhor compreensão de cada tema, pois nítidas são as diferenças entre casamento e união estável, por exemplo.

Já no segundo capítulo, foi discutido a falta de diálogo entre as mais diversas fontes jurídicas – seja a lei, a jurisprudência, a doutrina, ou ainda, os projetos de lei do Congresso Nacional –, assim como os reflexos disto tudo no atual cenário da seara familista.

E no terceiro capítulo, foi abordado as possibilidades ainda pouco exploradas, no atual cenário fático-jurídico, para ao menos tornar o matrimônio e o divórcio menos oneroso, tanto no sentido financeiro quanto no sentido emocional, psicológico e temporal para ambos os consortes.

Neste quarto capítulo, observar-se-á a análise econômica do direito de família, divórcio e sucessões na prática – um capítulo um pouco mais desconectado diretamente das leis em vigor no Brasil, todavia demonstrando *in praxis* as consequências das decisões dos agentes econômicos, seja criando leis, seja obedecendo-as.

5.1. “A Grande Família”, ou por quê a Análise Econômica do Direito foi aqui escolhida como metodologia nesta monografia?

Por uma razão bem simples: a partir de meados do século XX, houve grandessíssimas transformações na sociedade ocidental – em especial, no modo como as pessoas se comunicam, relacionam-se, quando não na maneira como as pessoas formam famílias.

Conforme NETO (1.992, pp. 125-126):

A análise econômica do casamento e do divórcio surge e se desenvolve principalmente a partir da primeira metade dos anos 70, em tomo dos trabalhos pioneiros de Becker (1.973, 1.974), quando os economistas passam a utilizar a análise econômica para explicar a família,' procurando analisar, a partir de um enfoque essencialmente econômico, por que as pessoas se casam, com quem se casam, quando se casam, se vale a pena casar-se, quando e por que se separam, os

aspectos econômicos do namoro, do noivado e do amor, as formas de casamento, bem como as implicações de tais fatos sobre o crescimento populacional, as taxas de crescimento econômico, a demanda por bebês, por exemplo.

Segundo Becker (1973, p.814; 1988, p. 1), a abordagem econômica da família contribui para explicar uma série de fatos que se observaram recentemente, como o declínio das taxas de nascimento, a rápida expansão da participação da força de trabalho feminina no mercado de trabalho, o explosivo avanço nas taxas de divórcio e as implicações sobre o crescimento econômico. Além disso, este novo enfoque, também chamado a nova economia da família (cf. Blaug, 1980, p.297 e Ekelund e Hebert, 1990, p.612), não seria apenas uma aplicação da teoria microeconômica tradicional a questões antes vistas principalmente pela sociologia, antropologia e psicologia social, mas também um novo enfoque sobre o comportamento do consumidor.

Por consectário lógico, com as mudanças mencionadas supra, a *Law & Economics* se demonstra instrumento viável para compreender toda a (nova) situação no “mercado” de casamento e divórcio que se desenvolve ininterruptamente – bem como explicita que legislações antigas e retrógradas não possuem capacidade plena de abraçar situações cada vez mais novas e recentes.

Como ressalta NETO (1.992, p. 131), a *Law & Economics* não analisa somente as transações financeiras que ocorrem entre indivíduos e grupos, mas também as motivações destes e daqueles para satisfazer suas necessidades e desejos, isto é, o comportamento humano em suas esferas mais básicas:

Segundo Becker (1981,p. 10-11), a abordagem econômica não se limita apenas à análise dos bens e os desejos materiais ou do mercado, em que se efetuam transações monetárias e que, conceptualmente, não se pode distinguir entre transações de máximo interesse e decisões emocionais. Para ele, a abordagem econômica proporciona um marco teórico que pode ser aplicado a todo o comportamento humano. Assim, visto que a análise foi aplicada com relativo sucesso para explicar o comportamento humano fora do setor mercado na análise da demanda por filhos (cf. Becker, 1981 e Mckenzie e Tullock, 1980), crime (cf. Ehrlich 197.5) e suicídio (cf. Hammermesh e Soss, 1974), ele procurou aplicar a análise econômica ao comportamento dos indivíduos na formação e dissolução da família e, mais especificamente, ao casamento, divórcio, procura do cônjuge e formas de casamento.

Portanto, a Análise Econômica do Direito aplicada à formação e dissolução das sociedades conjugais permite a formação de uma interessante abordagem sobre a “Teoria Econômica do Casamento”, como delineia a seguir NETO (1.992, p. 135-136):

O casamento é visto como uma atitude racional que tomam os indivíduos no sentido de maximizarem sua renda e utilidade. Segundo Becker (1973, p. 816), o casamento ocorre se, e somente se, ambos os cônjuges estiverem numa situação melhor do que permanecerem solteiros, isto é, se ambos aumentarem sua renda como mesmo.

O conceito de renda adotado por Becker é bastante amplo, não se limitando apenas a renda monetária obtida no setor mercado, ela abrange todo um estilo de vida, incluindo os filhos, a produção de bens e serviços domésticos e uma vida social agradável; neste sentido, como observou Stigler (1991, p. 197), - "a renda é muito mais que dólares". Contudo deve-se ressaltar, que tal decisão deve-se basear na utilidade esperada, visto que o futuro não é conhecido com certeza.

O que se está na realidade procurando fazer na análise econômica do casamento é ir além das explicações óbvias para o casamento, tais como a atração física e sexual e o desejo de ter filhos. Para isto, deve-se comparar os custos e os benefícios do casamento. Entre os custos podemos destacar os seguintes:

(i) a perda de independência. Segundo McKenzie e Tullock (1980, p. 143), este seria um dos mais importantes custos do casamento, visto que, depois dele, não se está mais completamente livre para fazer o que se deseja, pois deve-se considerar os efeitos que as ações de um dos cônjuges acarretaria sobre os demais membros da família;

(ii) os custos da tomada de decisão. Visto que uma família é composta por mais de um membro, há o custo das tomadas de decisão referentes ao tempo e ao desgaste requerido para chegar a elas. Some-se a isto, o fato de que tais custos aumentam significativamente quando o número de pessoas na família aumenta. Contudo, embora possam ser estabelecidos alguns dispositivos que visem reduzir tais custos, os mesmos não deixam de existir;

(iii) ao custo de oportunidade referente as oportunidades perdidas de casar-se com outra pessoa que não se conhece até o momento, mas que teria proporcionado um nível de satisfação mais elevado da satisfação;

(iv) os custos de não conseguirmos bens e serviços que melhor satisfaçam suas preferências em quantidade e qualidade.

No que diz respeito aos benefícios do casamento, eles referem-se principalmente a capacidade que tem a família de produzir os bens e serviços desejados pelos cônjuges e pela redução dos custos proporcionados pelo casamento e pela convivência. Entre estes podemos destacar os seguintes:

(i) a produção de bens e serviços que, em situações diferentes do casamento, não têm um substituto perfeito, tais como bebês, o prestígio e o "status" proporcionado por ele, a vida sexual no "plano familiar", etc. Entretanto, como salientaram McKenzie e Tullock (1980, p. 146), estes bens, embora possam ser produzidos fora do casamento, sugere-se que, no ambiente familiar, eles adquirem características especiais que passam a ser valorizados por isto;

(ii) as economias de escala que são obtidas na produção familiar, isto é, é possível produzir uma maior quantidade de bens e serviços ao nível familiar do que várias unidades familiares compostas de uma só pessoa;

(iii) ao intercâmbio e especialização obtido na produção na unidade familiar, de modo que cada membro possa maximizar o uso de seus recursos e aptidões.

Além destes, há ainda outros fatores não econômicos que afetam os ganhos do casamento. Segundo Becker (1980, p. 822), a beleza, inteligência e educação afetariam a produtividade e as oportunidades de mercado. Isto explicaria, segundo ele, por que as pessoas menos atraentes, inteligentes e educadas têm menos probabilidade de se casar. Assim, quanto maiores forem os ganhos do casamento, em relação aos custos, maior tenderá a ser a fração das pessoas que estarão dispostas a casar.

Destarte, assim se vê que, independente do gênero biológico, ambos os consortes buscarão no matrimônio uma situação em que se encontrem melhor do que quando estão solteiros. E quando a situação se inverte – a união civil conjugal começa a ter resultados muito aquém do esperado, ou ainda, estar só se revela muito mais vantajoso que estar junto de alguém, com certeza as chances de haver divórcio aumentam consideravelmente.

Enfim, tudo o mais constante se mantendo (utilizando-se deste conceito de economia: *ceteris paribus*), vê-se que é a Análise Econômica do Direito é metodologia válida para explicar os fenômenos fático-jurídicos na seara familista (bem como suas derivadas) e é o que erige o presente estudo no seu todo.

5.2. “Todo Carnaval tem seu fim”, ou a necessidade de também ser abordada a Teoria Econômica do Divórcio

Os mesmos autores que antes desenvolveram a “Teoria Econômica do Casamento” (relatada no tópico supra), também desenvolveram o que dá cabo ao seu fim – ou, como costumam mencionar, a “Teoria Econômica do Divórcio”.

Não bastam meras insatisfações para que um casal decida dissolver a sociedade conjugal. Há muito mais fatores endógenos (dentro do relacionamento) e exógenos (fora do relacionamento) que precisam ser analisados antes de querer definir com precisão quando uma sociedade conjugal irá à bancarrota.

Como cita FERREIRA (2.012, p. 44):

A teoria afirma, de forma bastante objetiva, que um indivíduo somente se divorciará quando o nível de utilidade esperado a partir do divórcio superar a utilidade obtida com aquele parceiro. Deste modo, o indivíduo orienta sua tomada racional de decisão pelo divórcio.

Fundamenta-se a teoria econômica do divórcio nos fatores “incerteza” e “informações imperfeitas” quanto ao casamento ou ao cônjuge. Ainda, a noção de “informações assimétricas” entre os parceiros conduz, igualmente, ao divórcio, quando alça determinadas proporções, porquanto gera um desequilíbrio na vida das partes ao momento em que se deparam com uma realidade inimaginada antes do casamento quanto às decorrências e custos atinentes ao período pós-divórcio.

Por isto supra que durante toda esta monografia foi desenvolvido e abordado os mecanismos atuais para tornar o divórcio menos custoso em todos os sentidos. Muitas vezes

um consorte não possui informações necessárias o suficiente do outro – e quando contraem matrimônio, depara-se com outra situação diferente demais da previamente estipulada.

Há situações em que um dos consortes até possui algum bom estado de informações suficientes sobre o companheiro, porém durante o relacionamento a dois o fator “incerteza” mencionado acima se desvela cruel: os estilos de cada um dos consortes mudam drasticamente a ponto de poder romper a relação.

Como bem menciona FERREIRA (*in* “Análise Econômica dos Institutos do Casamento e do Divórcio”, 2.012, p. 45):

Pesquisa empírica (*U.S Department of Health, Education and Welfare, 1979*) constatou que, ao final dos anos 1970, 40% dos divórcios nos Estados Unidos ocorriam antes do quinto ano de casamento. Tal ocorre, seguramente, ainda nos dias de hoje, uma vez que o acúmulo de informações adicionais acerca do cônjuge geralmente se dá nos primeiros anos de vida a dois. É neste momento que características anteriormente ocultas quanto à personalidade dos parceiros, incompatibilidade sexual ou mesmo quanto ao ingresso monetário e produtos específicos matrimoniais, tornam-se claras. Após alguns anos de casamento, todavia, perpassado o período inicial do matrimônio, os cônjuges já estarão hábeis a lidar com as idiosincrasias um do outro de modo que suas peculiares e mais particulares características não serão mais o pivô de um divórcio.

Deste modo, assim pode se concluir que os primeiros anos de matrimônio são cruciais para que haja ou o sucesso na empreitada conjugal, ou a falência da união civil. Vendo por outra banda, talvez assim seja possível explicar o porquê de o divórcio (no Brasil e em boa parte dos demais países) ser algo demorado e custoso: existe um claro desincentivo no aparato legal para que haja rompimento das sociedades conjugais durante seus primeiros anos de formação.

Finalmente, enquanto o casamento é civil e gratuita sua celebração (art. 226, §1º, CF/88), o divórcio geralmente é judicial e onerosa sua resilição. Por esta, bem como outras razões a cá alegadas, que foi explorado as atuais ferramentas jurídicas que tornam, ao menos em parte, o sensível momento de rompimento menos traumático aos outrora cônjuges.

5.3. “Desse Jeito É Ruim Pra Mim”, ou o porquê de as pessoas se divorciarem no Brasil

Em estudo praticamente inédito em 2.008, uma equipe de economistas da Fundação Getúlio Vargas usou econometria para estipular quais seriam as causas do divórcio no Brasil,

usando dados agregados extraídos da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio e das Estatísticas do Registro Civil, ambas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

Em sede de conclusão, CÂNEDO-PINHEIRO, DE MOURA e LIMA (2.008) constataram:

... encontram-se evidências de que o aumento na taxa de divórcios nos últimos anos é em grande medida resultado da erosão dos ganhos obtidos com a especialização dentro do casamento, resultado da diminuição da diferença entre a renda de homens e mulheres, e não da maior independência financeira destas últimas. Ademais, mostra-se que o ambiente urbano e metropolitano favorece a dissolução dos matrimônios, bem como o desemprego masculino e maior educação da mulher. Por outro lado, filhos pequenos e a divisão de trabalho entre os cônjuges tendem a estabilizar a relação conjugal. Diferenças raciais e a idade da mulher aparentemente não tem impacto significativo.

A maior participação do gênero feminino no mercado de trabalho a partir da década de 1.970 desvinculou a mulher brasileira do único papel que lhe estipulava a compilação civilista de 1.916 – de, com o respeito da palavra, ser “bela, recatada e do lar”. Não é estranho imaginar que a Lei nº. 6.515 (“Lei do Divórcio”) foi justamente criada em 1.977.

Com a desvinculação, houve menos motivações para a mulher ainda ocupar lugar secundário na formação matrimonial. Uma menor diferença de renda entre homens e mulheres (independente dos motivos que motivam esta diferença) torna, obviamente, os relacionamentos mais paritários no aspecto financeiro – um dos aspectos que mais impactam as decisões tomadas em sede domiciliar –, e isto implica em maior poder de decisão por parte da consorte antes relegada ao papel de “cuidadora do lar”.

Maior poder este que estabiliza as “forças” de tomadas de decisão de ambos consortes, e ao assim estar estabilizada e horizontal as relações desempenhadas pelos cônjuges, existe então uma perda menor de qualquer das partes em caso de divórcio.

Sendo assim, ainda se utilizando das conclusões deste estudo, vê-se que além dos elementos internos, os elementos externos exercem grande pressão aos cônjuges. O desemprego masculino ainda é fator preponderante para a dissolução dos vínculos conjugais, seja porque a consorte dependa dele, seja porque a consorte possui renda própria e não possui obrigações morais (a seu ver) de sustenta-lo dentro de casa – renda própria esta advinda de

uma maior educação da mulher, e educação esta que está em crescente nas últimas décadas da sociedade brasileira.

Outrossim, as regiões metropolitanas favorecem a dissolução: afinal, quando mais pessoas em volta, mais possibilidades de busca – e menos interessante se torna estar estável, bem como o matrimônio tende a ser adiado –, e mais imprecisas se tornam as informações trocadas pelos agentes econômicos no mercado de casamentos e divórcios.

Além de, é claro, o senso comum apontar que o estresse social é maior nestas regiões, bem como os casos extramaritais – advindas de maiores possibilidades de busca por haver mais pessoas disponíveis no mercado formado por pessoas solteiras e casadas infieis.

Por outro lado, a presença de filhos pequenos é um dos freios que impedem um divórcio de imediato por ambos cônjuges – afinal, é do senso comum preferir se relegar a um segundo plano em nome dos filhos, prioridade primeira em muitas formações familiares até o presente instante.

E a divisão do trabalho é outro elemento que permite uma menor incidência de divórcios: embora uma maior educação da mulher permita uma melhor renda, e por conseguinte, um poder maior de decisão nas questões domiciliares – o que permite, como dito supra, haver menos custos para a mulher requerer divórcio –, a divisão do trabalho desenvolvido à manutenção do lar permite uma relação mais justa e paritária, bem como menos desgastante – afinal, se as funções são divididas, nenhuma das partes fica sobrecarregada, e dissabores são diluídos –, e assim o matrimônio se torna mais estável, saudável e prazeroso a ambos consortes.

Finalmente, o aspecto mais interessante deste estudo desenvolvido é que, ao menos *a priori*, a idade da mulher e os aspectos raciais pouco influem no divórcio. Isto é resultado da etnografia heterogênea brasileira – visível e notório a todos e ao mundo –, que permite de modo desimpedido a formação de sociedades conjugais das mais diversas matizes culturais, assim como o enlace matrimonial de diferentes faixas etárias desimpedidas.

6 CONCLUSÃO

Ao final deste estudo, várias conclusões podem ser feitas. Primeiramente, que os estudos jurídicos devem mudar do enfoque da proposta para o enfoque da análise: não basta haver o reconhecimento de um direito ou obrigação, este deve ser não só sumariamente efetivado como também deve ser analisado se suas proposições iniciais estão surtindo os devidos efeitos propostos. Caso não, certamente deve haver reformas. Por isto que se utilizou da *Law & Economics* como comparativo metodológico para esta monografia.

Não obstante, outra conclusão que se depreende é que uma maior distinção dos objetos de estudo impediria a confusão de diferentes princípios e regras inerentes à casuística forense. Além disto, entende-se a cá que mais ferramentas, ainda pouco utilizadas, podem ser manejadas na seara familista para contornar os desconfortos inerentes ao divórcio. Por esta razão que se estudou a fundo o pacto antenupcial e a formação de *holdings familiares*.

Sobre o pacto antenupcial, várias discussões podem ser postas, principalmente a que se refere sobre o seu conteúdo: há quem entenda que o pacto pré-nupcial deve dispor somente de cláusulas patrimoniais conjugais, e há outros (corrente minoritária) que cláusulas não-patrimoniais, bem como cláusulas referentes a alimentos compensatórios e sucessões, poderiam compor tal pacto.

O autor deste trabalho se filia a corrente minoritária, pois as atuais leis que dispõem sobre o pacto antenupcial não devem ser interpretadas restritivamente, porém de modo exemplificativo – isto é, extensivo. Além disto, uma interpretação extensiva corroboraria com o poder judiciário na medida que as ações de divórcio seriam ações de execução de título extrajudicial, dispensando a análise cognitiva do processo de conhecimento.

Uma interpretação restritiva impõe ao casal ter de arcar com: escritura de pacto antenupcial, escritura pública de filiação, outra dispendo sobre alimentos, e outra (também) dispendo sobre testamento; o que certamente gera mais valores a títulos de emolumentos para os cartórios – principais interessados em manter uma interpretação restrita e inflexível.

Outrossim, já sobre as *holdings*, estas fornecem a segurança jurídica necessária para blindagem patrimonial, e o autor desta pesquisa vê que uma maior disseminação de formação destas sociedades familiares de proteção patrimonial auxiliaria bastante o poder judiciário na medida que diminuiria sensivelmente o número de inventários abertos.

Por fim, por mais que não haja reformas legislativas a frente, já existem instrumentos hábeis a promover um melhor bem-estar ao cidadão brasileiro leigo, desde que estes sejam corretamente utilizados pelos operadores jurídicos judiciais e extrajudiciais.

REFERÊNCIAS

AITA, Guilherme. "Holding familiar" gera economia tributária e judicial e protege herdeiros. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-28/guilhermo-aita-holding-familiar-gera-economia-tributaria>>. Acesso em: 17 ago. 2.016.

ALMADA, Renato de Mello; DOS SANTOS, Marcello Maurício. Planejar sucessão é antecipar saída para questões inevitáveis. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-08/planejar-sucessao-antecipar-saida-questoes-inevitaveis>>. Acesso em: 17 ago. 2016.

BRASIL. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2.002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 03 jun. 2.016.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 31 mai. 2.016.

_____. Lei “Maria da Penha”, nº. 11.343, de 07 de Agosto de 2.006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 04 jun. 2.016.

_____. Lei Federal nº. 8.036, de 11 de Maio de 1.990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8036compilada.htm>. Acesso em 11 ago. 2.016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Plenário na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4277/2011. Relator: BRITTO, Ayres. Publicado no DJ de 14-10-2011, p. 611 e ss. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 03 jun. 2.016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº. 380. “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=380.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 02 jun. 2.016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº. 382. “A vida em comum sob o mesmo teto, "more uxorio", não é indispensável à caracterização do concubinato”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=382.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 02 jun. 2.016.

CANÊDO-PINHEIRO, Maurício; DE MOURA, Rodrigo Leandro; LIMA, Luiz Renato. Fatores Econômicos e Incidência de Divórcios: Evidências com Dados Agregados Brasileiros. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br/encontro2008/artigos/200807101810570-.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2.016.

CONJUR (2016), “Adolescente que trabalha e vive em união estável é equiparado a emancipado”. Revista Consultor Jurídico, 23 de maio de 2016, 9h17. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2016-mai-23/trt-18-considera-emancipada-adolescente-uniao-estavel>>. Acesso em: 03 jun. 2.016.

_____. FGTS entra na partilha de bens em caso de divórcio, define STJ. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-11/fgts-entra-partilha-bens-divorcio>>. Acesso em: 09 ago. 2.016.

DINIZ, Carine Silva. A (im)possibilidade da Análise Econômica do Direito de Família Brasileiro na perspectiva Civil-Constitucional. Pós-graduação stricto sensu em Direito Privado. Disponível em: < http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_DinizCS_1.pdf >. Acesso em: 11 set. 2.016.

FERREIRA, Cristina Gomes Sanchez. Análise Econômica dos Institutos do Casamento e do Divórcio. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/49558/analise_economica_dos_ferreira.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2.016.

_____. Análise Econômica do Divórcio: contributos da economia ao direito de família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2.015.

FIGUEIREDO, Antônio Borges. Conteúdo do Pacto Antenupcial. RDF N° 70 - Fev-Mar/2012. Disponível em: <<http://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/15662/Conte%FAdo%20do%20pacto%20antenupcial.pdf?sequence=1> >. Acesso em: 17 ago. 2.016.

GARNEIRO, Bruno. ITCMD pressiona contribuintes para planejamento sucessório e patrimonial. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-07/bruno-gameiro-itcmd-pressiona-planejamento-sucessorio>>. Acesso em: 17 ago. 2.016.

JATOBÁ, Cléver. Casamento – Parte 1: A compreensão do casamento no Direito Civil Brasileiro: Conceito e Natureza Jurídica. Disponível em: <<http://cleverjatoba.blogspot.com.br/2014/03/casamento-parte-1.html>>. Acesso em 02 jun. 2.016.

LONDRES, Mariana. Projeto que prevê indenização em caso de traição tramita no Congresso Nacional: Lei que está em análise pretende regulamentar punições para quem viola deveres do casamento. R7 Notícias. 20 mar. 2016. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/brasil/projeto-que-preve-indenizacao-em-caso-de-traicao-tramita-no-congresso-nacional-20032016>>. Acesso em: 11 ago. 2.016.

MARTINES, Fernando. Processo de alienação parental pode ser litigância de má-fé, afirma psicanalista. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-04/processo-alienacao-parental-litigancia-ma-fe>>. Acesso em 09 ago. 2.016.

MARTINS, Elisa Lucena. A lei mais elementar da economia. Disponível em: <<http://ordemlivre.org/posts/a-lei-mais-elementar-da-economia>>. Acesso em: 04 jun 2.016.

NETO, Giácomo Balbinotto. Teoria Econômica do Casamento e do Divórcio. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/AnaliseEconomica/article/view/10434/6114>>. Acesso em: 23 ago 2.016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Novo CPC traz impactos significativos no Direito de Família. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-06/processo-familiar-cpc-traz-impactos-significativos-direito-familia>>. Acesso em: 09 ago. 2016.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº. 47.344, de 25 de Novembro de 1.966 (atualizado até à Lei 59/99, de 30/06). Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugal_codigocivil.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2.016.

SIMÃO, José Fernando. Mudança de regime de bens e pacto antenupcial: um diálogo necessário. Disponível em: <<http://www.carteforense.com.br/conteudo/colunas/mudanca-de-regime-de-bens-e-pacto-antenupcial-um-dialogo-necessario/13184>>. Acesso em: 08 set. 2.016.

STRAZZI, Alessandra. União estável e casamento: semelhanças e diferenças (Parte 2). Disponível em: <<http://alestrazzi.jusbrasil.com.br/artigos/112413853/uniao-estavel-e-casamento-semelhancas-e-diferencas-parte-2>>. Acesso em: 05 jun. 2.016.

_____. União estável e casamento: semelhanças e diferenças (Parte 3 – final). Disponível em: <<http://alestrazzi.jusbrasil.com.br/artigos/112483006/uniao-estavel-e-casamento-semelhancas-e-diferencas-parte-3-final>>. Acesso em: 05 jun. 2.016.

TEIXEIRA, Ivana. Contrato de namoro: considerações sobre o Contrato de Namoro. Disponível em: <<http://ivanateixeira.jusbrasil.com.br/artigos/314761196/contrato-de-namoro>>. Acesso em: 02 de jun. 2.016.

TERTO E SILVA, Marcello. Aumento de impostos sobre doação reforça importância de planejamento sucessório. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-16/marcello-silva-necessario-planejamento-preservar-heranca>>. Acesso em: 17 ago. 2.016.

VAZ, Maria Isabel Vianna de Oliveira. Análise econômica aplicada ao direito de família. (*in*, A Família na Travessia do Milênio, Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM, Belo Horizonte, 2000, págs. 365/379). Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Maria_isabel/AnaliseEcono.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2.016.

ZAMPIER, Débora. União homoafetiva: decisão favorável no STF pode reverter restrição de 111 direitos. *Agência Brasil*. Brasília, 04/05/2011. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2011-05-04/uniao-homoafetiva-decisao-favoravel-no-stf-pode-reverter-restricao-de-111-direitos>>. Acesso em 01 jun. 2.016.