

A Necessidade de uma Abordagem Econômica para Alinhar a Lei e as Decisões Judiciais: entre o Direito Positivado e a Realidade Social

MARIA FERNANDA VAIANO DOS SANTOS

*Mestranda em Direito dos Negócios na Fundação Getúlio Vargas (FGV). Especialista em Direito de Família e Sucessões. MBA em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Membro do Instituto de Advogados de São Paulo (IASP). Advogada.
E-mail: vaiano@vaianoadvogados.com.br.*

RESUMO: O presente artigo pretende analisar a legislação brasileira referente à prestação alimentícia sob a ótica da análise econômica do direito, evidenciando a desconexão entre o direito positivado e a realidade social. A legislação atual, ao focar na proteção da entidade familiar, frequentemente negligencia as necessidades individuais dos seus membros, especialmente no que tange à disparidade econômica resultante da dissolução conjugal. A pesquisa aborda a autonomia da vontade no direito de família, os alimentos compensatórios como mecanismo de equidade e a necessidade de uma reforma legislativa para garantir maior segurança jurídica e previsibilidade. Conclui-se que a harmonização entre a legislação e as necessidades sociais requer abordagem mais pragmática, visando assegurar a dignidade e o equilíbrio econômico entre os cônjuges e familiares.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de família. Alimentos compensatórios. Análise econômica do direito. Autonomia da vontade. Igualdade de gênero.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Análise econômica do direito: indispensabilidade à efetividade das garantias constitucionais. Conclusão. Referências.

Introdução

A família é considerada pela Constituição Federal de 1988 como base da sociedade brasileira que provê a ela especial proteção do Estado, implicitamente definindo família como a entidade advinda do casamento formal,

estendendo seus beneplácitos às uniões estáveis¹, bem como outros formatos de unidade familiar. A partir daí, a legislação infraconstitucional, à guisa de defender a entidade familiar, por muitas vezes deixa de atender seus entes, que são quem merece tal amparo (deixando de lado a discussão sobre a conveniência do paternalismo legal).

O Código Civil prevê que o regime legal para os casamentos no Brasil é o regime da comunhão parcial de bens, mas prevê também outros regimes (comunhão universal, separação total convencional e obrigatória, participação final nos aquestos) ou mesmo um regime híbrido individualizado para cada casal². Quanto à união estável, por sua natureza de sociedade de fato³, aplica-se automaticamente também o regime de comunhão parcial de bens, admitindo a lei igualmente a pactuação de qualquer outro, de acordo com a autonomia dos companheiros⁴. A lei também autoriza a modificação do regime de bens ao longo da sociedade conjugal (e, portanto, da união estável)⁵, ressalvadas as hipóteses de imposição do regime de separação total obrigatória de bens⁶.

Portanto, a lei brasileira é significativamente profícua em garantir o pleno exercício da autonomia da vontade para as formações familiares, os casamentos e uniões estáveis, especialmente do ponto de vista do direito patrimonial, o que certamente transparece ser o maior efeito econômico para a sociedade conjugal e para a análise econômica do direito, lembrando que o regime de bens tem influência direta do direito sucessório entre os cônjuges⁷. E mais: a Carta Magna também estabelece a igualdade entre homens e mulheres⁸,

-
- 1 CF: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.
 - 2 CC: “Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver [...]”.
 - 3 CC: “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.
 - 4 CC: “Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens [...]”.
 - 5 CC: “Art. 1.639. [...] § 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”.
 - 6 CC: “Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial”.
 - 7 CC “Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III – ao cônjuge sobrevivente; IV – aos colaterais”.
 - 8 CF: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição [...]”.

anotando-se desde já que as referências neste artigo a casamentos e uniões estáveis apenas entre homens e mulheres se dá pela simplificação do debate, pela concisão do texto e pela eloquência do exemplo de efetiva desigualdade entre homens e mulheres, que não deixa de representar a desigualdade nas relações homoafetivas, quando existente⁹.

Ocorre que, a escolha entre casamento ou união estável e seu respectivo regime de bens não vem sozinha. Junto a ela, segue-se uma série de outras decisões e escolhas patrimoniais, jurídicas, financeiras, pessoais e emocionais, explícitas e implícitas, conhecidas ou desconhecidas, extremamente duradouras e paradoxalmente variáveis ao longo da vida. Nesse ponto, a análise econômica do direito parece imprescindível para uma melhor compreensão do sistema legal, porquanto o Direito Brasileiro vive uma distopia entre o direito positivado e a realidade social. Para empiorar, o Poder Judiciário, com honrosas exceções, tem preferido aplicar de maneira curta e rasa a letra fria da lei em vez de analisar o fato social que lhe chega, mesmo sabendo que a lei existe para regular um reclamo da sociedade e não é um fim em si mesma. E mais: parece ignorar que a lei, por essência, está sempre atrasada em relação à vida em sociedade, especialmente no Brasil, onde o processo legislativo é extremamente moroso.

1. Análise econômica do direito: indispensabilidade à efetividade das garantias constitucionais

Cass R. Sunstein¹⁰ avalia decisão e escolha, e a relevância do estudo desses temas, para muitos campos dentro da economia e outras ciências sociais. Segundo o autor, “o futuro da análise econômica do direito reside em novos e melhores entendimentos de decisão e escolha” (trad. livre)¹¹. Identifica, em apertadíssimo resumo, três linhas de análise: positiva (que identifica o que ocorre), prescritiva (que sugere comportamentos) e normativa (que sugere regulações legais). Sobre as análises normativas, aponta que muitos trabalhos em busca da “compreensão do comportamento humano, afetam bastante certos argumentos contra o paternalismo legal. Eles certamente não favorecem o paternalismo; mas eles apoiam uma forma de anti-antipaternalismo”

9 O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em maio de 2011, equiparou as relações entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis entre homens e mulheres, reconhecendo, assim, a união homoafetiva como um núcleo familiar, o que abriu posteriormente as portas para o casamento homoafetivo (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132).

10 SUNSTEIN, Cass R. *Behavioral analysis of law*. University of Chicago Law Review, 1997. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12215&context=journal_articles. Acesso em: 10 fev. 2025.

11 Texto original: “The future of economic analysis of law lies in new and better understandings of decision and choice”.

(trad. livre)¹². No Brasil, onde a educação é precária e o conhecimento jurídico da população quase nulo, o paternalismo pode ser nefasto por não estimular o crescimento e o desenvolvimento, mas há que se convir que o *anti-antipaternalismo* pode ser bastante conveniente à carência intelectual de nossa sociedade e estagnação.

Como visto, o Código Civil autoriza aos cônjuges eleger qualquer forma de regime de bens. E, a partir daí, a presunção é de que ambos assumem as responsabilidades pelos encargos da família¹³, mútua assistência e sustento dos filhos¹⁴, forte na premissa de que são igualmente obrigados a concorrer com o sustento da sociedade conjugal e dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial¹⁵. Todavia, a lei não prevê forma de contratação para o que ocorrerá ao término da sociedade conjugal acerca dessa assistência material entre cônjuges e de pais aos filhos, limitando-se a dispor que “podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação e que os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”¹⁶.

Portanto, a assistência material entre cônjuges e de pais aos filhos após o término da sociedade conjugal dependerá da vontade das partes naquele momento (ocasião em que a experiência mostra que o ânimo consensual tende a ser nenhum a depender das causas do fim do enlace) ou de decisão judicial em moroso e inseguro procedimento de médio ou longo prazo, em que até mesmo regras processuais são voláteis, apesar das previsões também constitucionais de ampla defesa, contraditório e devido processo legal. Isso é de especial relevância econômica ao cônjuge ou companheiro que aderiu ao regime de separação total de bens e também optou pela dedicação exclusiva ao casamento ou união estável, ao apoio incondicional e exclusivo à carreira do outro e aos filhos, deixando de trabalhar fora de casa, de seguir

12 Texto original: “Recent revisions in understanding human behavior greatly unsettle certain arguments against paternalism in law. They certainly do not make an affirmative case for paternalism; but they support a form of anti-antipaternalism”.

13 CC: “Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”.

14 CC: “Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:[...] III – mútua assistência; IV – sustento, guarda e educação dos filhos [...]”.

15 CC: “Art. 1.568. Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial”.

16 CC: “Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação; § 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada [...]”.

sua própria profissão e de ter suas economias e sua força de gerar a própria renda, prover sua subsistência e contribuir com a manutenção da prole: ao término do casamento ou união estável não possui bens, não tem direito à meação e o direito à sua manutenção é absolutamente incerto e indeterminado. Há questões econômicas e financeiras por todos os lados sem que a lei – ou melhor, o legislador – se debruce sobre a análise econômica do direito para editá-las. E, pior, sem sequer sistematizá-las, o que seria absolutamente fundamental dado ao impacto de um comando em outro e de todos no conjunto legislativo.

Maria Isabel Vianna de Oliveira Vaz¹⁷, citando Richard Posner e também Engels, analisa realmente que:

[...] o trabalho doméstico é uma atividade econômica, mesmo que a dona de casa não receba nenhuma compensação pecuniária; ele envolve custos, principalmente o custo de oportunidade do tempo da dona de casa. [...] Educar filhos requer, especialmente nos primeiros anos, uma enorme quantidade de tempo dos pais (tradicionalmente da mãe), e a mulher que está ocupada criando um filho não terá tempo de trabalhar no mercado para ganhar o dinheiro de que precisa para adquirir os insumos necessários (alimento, roupa, abrigo etc.). Então ela “troca” seu trabalho no lar pelo trabalho do homem no mercado; ele “compra” seu cuidado com os filhos, que são tão dela quanto dele. Essa situação não passou despercebida a Engels, que afirmou a respeito: “[...] se a mulher cumpre os seus deveres domésticos no seio da família, fica excluída do trabalho social e nada pode ganhar; e se quer tomar parte na indústria social e ganhar a sua vida de maneira independente, lhe é impossível cumprir com as obrigações domésticas.

Se isso parece óbvio, é papel da lei corrigir essa desigualdade? Qual seria esse papel? Ou não há desigualdade, mas livre-arbítrio na opção por uma “profissão” insegura de dedicação ao lar e à família, por um meio de vida de futuro incerto? Ou mesmo uma opção consciente de uma vida luxuosa e tranquila nos casamentos de alta renda, em que se aposta, no sentido literal da palavra, na incerteza futura em troca dos benefícios presentes? A lei teria ou deveria ter um papel nesses casos?

Rolf Madaleno¹⁸, citando Renata Vilela Multedo, diz que ela:

[...] reconhece que o espaço da autonomia privada vem sendo ampliado no sistema jurídico brasileiro, mas ressalta que no campo da autonomia existencial devem ser considerados os

17 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. p. 365-379.

18 MADALENO, Rolf. *Alimentos compensatórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 232.

princípios informadores de legalidade constitucional, para conciliar a liberdade individual com a tutela dos valores existenciais, os quais, especialmente na comunidade familiar, devem ser preservados e privilegiados. Logo, há liberdade no tocante aos interesses patrimoniais dessa liberdade, tendo como norte a Constituição Federal, em face dos interesses existenciais, como sucede, por exemplo, no campo dos alimentos compensatórios, textualmente lembrados pela autora, que neles enxerga, e com razão, a nítida e pertinente intervenção estatal, fundamentada no princípio da solidariedade, e com o intuito de diminuir o desequilíbrio entre as partes ao fim da sociedade conjugal regida pelo regime da separação convencional de bens.

Em outro artigo¹⁹, Cass R. Sunstein, em coautoria com Christine Jolls e Richard Thaler, é mais enfático ao definir que “a tarefa positiva, talvez a mais central para a análise econômica do direito e nossa principal ênfase aqui, é explicar tanto os efeitos e conteúdo da lei. Como a lei afetará o comportamento humano? Qual será a resposta provável dos indivíduos às mudanças nas regras? Por que a lei é formatada como é? Uma compreensão superior do comportamento humano irá melhorar respostas a tais perguntas”²⁰. A partir daí, os autores se propõem a explorar “como a lei pode ser melhor estruturada para atingir fins específicos – dissuadir comportamentos socialmente indesejáveis através do sistema de responsabilidade civil, encorajando medidas que melhorem a saúde humana, e assim por diante”. E afirmam buscar “melhorar a capacidade da lei de mover a sociedade em direção aos resultados desejados” (trad. livre)²¹. Portanto, longe de um papel exclusivamente paternalista ou protecionista, a lei deveria ter um papel regrador que permitisse, senão a ampla liberdade, tomadas de decisões mais conscientes e alicerçadas em previsões e consequência práticas.

Carine Silva Diniz²² sustenta a impossibilidade da análise econômica do direito de família brasileiro na perspectiva civil-constitucional. E mais: a

19 SUNSTEIN, Cass R.; JOLLS, Christine; THALER, Richard H. *A behavioral approach to law and economics*. University of Chicago Law School, 1998. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12172&context=journal_articles. Acesso em: 10 fev. 2025.

20 Texto original: “The positive task, perhaps most central to economic analysis of law and our principal emphasis here, is to explain both the effects and content of law. How will law affect human behavior? What will individuals’ likely response to changes in the rules be? Why does law take the form that it does? A superior understanding of human behavior will improve answers to such questions”.

21 Texto original: “[...] how law might be used to achieve specified ends, such as deterring socially undesirable behavior. Much of conventional economic analysis is concerned with this sort of question. Explicit consideration of behavioral factors can improve the prescriptions offered by the analyst. For instance, instead of focusing only on the actual probability of detecting criminal behavior in considering whether offenders will be deterred, the analyst might also want to consider the perceived probability of detection and how it might differ in systematic and predictable ways from the actual probability. The normative task is to assess more broadly the ends of the legal system”.

22 DINIZ, Carine Silva. *A (im)possibilidade da análise econômica do direito de família brasileira na perspectiva civil-constitucional*. Tese (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2009. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_DinizCS_1.pdf. Acesso em: 10 fev. 2025.

incompatibilidade entre os preceitos da Constituição Republicana de 1988 e a análise econômica do direito. No entanto, em que pese a amplitude, a profundidade e o valor dos temas defendidos pela autora, a conclusão lógica entre o trabalho e a observação do cotidiano social e judicial é a urgência de a legislação brasileira de curvar-se à análise econômica do direito. Essa é a conclusão que também emerge Dóris Ghilardi²³:

Entre reformas e outras alternativas, as leis são um dos instrumentos na tentativa de contribuir para a redução do número de demandas. Uma lei considerada Eficiente é aquela que evita ou reduz o volume de ações judiciais, ou até mesmo, aquela que facilita o trâmite, suprimindo ou reduzindo atos judiciais, simplificando a análise do conteúdo, o que contribui para a redução do dispêndio de tempo, mão de obra envolvida e diminuição dos custos do processo (estes custos compreendem a soma de tudo que é necessário nos variados estágios da disputa, sejam relativas ao âmbito judicial ou das partes). Alcançadas essas expectativas, não somente os litígios específicos são alcançados, mas também todos os demais. De modo em geral, as normas jurídicas sob as lentes do Direito devem ser pensadas como instrumentos para a realização de direitos substantivos, já para a AED devem ser Eficientes. Em um mundo de escassez, não se pode negar de que a preocupação com a minimização do desperdício de recursos é salutar, só não é possível infringir os Direitos Fundamentais. O que se busca, portanto, no presente trabalho é harmonizar os objetivos econômicos e sociais, emoldurando a Eficiência dentro do quadro do Estado Constitucional de Direito. Para exemplificar a análise sob a ótica estatal/judicial de uma lei que reduza a complexidade dos processos jurídicos, diminuindo o ingresso de demandas judiciais e fazendo com que as que sejam ajuizadas não requeiram muito dispêndio de tempo em sua análise, atingindo assim a lógica do custo/benefício, pode-se mencionar o reconhecimento das uniões estáveis como Família, primeiro pelo artigo 226 da CFRB/1988 e depois pelas Leis ns. 8.971, de dezembro de 1994 e 9.278, de maio de 1996, seguidas pelo CC/2002, evitando uma série de ações com o objetivo de discutir se dita união fática é ou não Família. As reformas acabam com a dúvida de que o casal faz jus a todos os direitos inerentes a uma entidade familiar. É também o caso da decisão judicial do Supremo Tribunal Federal reconhecendo as uniões homoafetivas, evitando um grande número de pedidos autorizadores de união estável ou casamento.

Em análise simplista voltada ao direito de família, a legislação brasileira poderia, forte na Análise Econômica do Direito, consolidar a legislação de família em um único estatuto conexo e harmônico. Hoje vigoram, por exemplo:

23 GHILARDI, Dóris. *Afeto e economia: reflexões sobre o duplo discurso no direito de família e a aplicação da análise econômica*. Tese (Doutorado) – Universidade do Vale do Itajaí, 2015. Disponível em: <https://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/61/TESE%20Doris%20VERSA%C3%8C%C6%92O%20CAPA%20DURA%20PDF.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2025.

- a) Lei de Alimentos²⁴;
- b) Lei do Divórcio²⁵;
- c) Código Civil²⁶;
- d) Código de Processo Civil²⁷.

O tema alimentos é previsto em todas elas. São normas editadas separadamente ao longo de 50 anos (duas gerações), com a promulgação de uma Constituição Federal no meio do caminho. Coexistem, desafinadas, trazendo a um só tempo previsões de direito material e processual.

E sem atentar para temas nevrálgicos em 2025 (e há muito tempo): por exemplo, investigação das possibilidades maternas e não apenas paternas, em consonância com a igualdade de gênero insculpida na Constituição Federal, responsabilidade parental idêntica e atendimento ao trinômio do Código Civil: como se pode abordar possibilidade e proporcionalidade em uma equação sem aclarar uma das variáveis da expressão matemática adotada pela lei? Não se pode.

Mas não é só: há regras de (des)organização judiciária. Em São Paulo, Capital, por exemplo, o juiz que aprecia o pleito de alimentos da mulher pode não ser o mesmo que apreciará o pedido de pensão dos filhos, tampouco o juiz do divórcio ou união estável e da partilha (que, curiosamente, será o juiz da guarda e convivência dos filhos). Como citou Dóris Ghilardi²⁸, a mera reorganização judiciária já traria benefícios incalculáveis aos jurisdicionados. A economia processual também é fator relevante para as famílias em litígio.

A doutrina vem se ocupando de eliminar essas disparidades econômicas ao término do casamento por meio do instituto dos alimentos compensatórios, tal como citado acima²⁹. O instituto surgiu como uma forma de equilibrar certas situações ou eventos que afetam a vida dos cônjuges ou ex-cônjuges e seu objetivo é proporcionar uma compensação financeira para aquele que sofreu uma desvantagem econômica significativa em decorrência do casamento ou do divórcio (ou união estável e sua dissolução). Geralmente, essa desvantagem é atribuída a fatores como a dedicação à família, a renúncia a

24 Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968.

25 Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.

26 Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

27 Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

28 GHILARDI, Dóris. *Afeto e economia: reflexões sobre o duplo discurso no direito de família e a aplicação da análise econômica*. Tese (Doutorado) – Universidade do Vale do Itajaí, 2015. Disponível em: <https://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/61/TESE%20Doris%20VERSA%C3%8C%C6%92O%20CAPA%20DURA%20PDF.pdf>.

29 Maria Berenice Dias, Zeno Veloso, Rolf Madaleno, Nelson Rosenvald e Rodrigo da Cunha Pereira, por exemplo.

oportunidades profissionais ou educacionais, ou a contribuição para o sucesso profissional do outro cônjuge.

A jurisprudência já absorveu o conceito e o Superior Tribunal de Justiça chancela que:

os chamados alimentos compensatórios, ou prestação compensatória, não têm por finalidade suprir as necessidades de subsistência do credor, tal como ocorre com a pensão alimentícia regulada pelo art. 1.694 do CC/2002, senão corrigir ou atenuar grave desequilíbrio econômico-financeiro ou abrupta alteração do padrão de vida do cônjuge desprovido de bens e de meação (REsp 1.290.313/AL, Rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 12/11/2013, DJe de 07/11/2014)³⁰.

A ideia por trás dos alimentos compensatórios é reconhecer e compensar as contribuições indiretas que um cônjuge fez para o sucesso financeiro do outro durante o casamento. Por exemplo, se um dos cônjuges abdicou de sua carreira para cuidar dos filhos e da casa, enquanto o outro cônjuge construiu uma carreira bem-sucedida, os alimentos compensatórios podem ser concedidos para ajudar a atenuar a disparidade econômica resultante do divórcio e dissolução de união estável, quando a legislação poderia prever a mitigação contratual dessas hipóteses.

Novamente citando Rolf Madaleno, ele, dessa feita, evoca Luigi Ferri³¹ para apontar ser:

[...] fácil perceber essa luta que ainda se desenvolve acerca do reconhecimento e da aplicação judicial da efetiva liberdade de cônjuges e conviventes contratarem e que possam fazer suas próprias opções em contratos patrimoniais de família, sem mais a exagerada ingerência estatal, lembrando e consignando que ordem pública é aquela voltada ao interesses de todos, e não aos de duas pessoas, que simplesmente ajustam entre elas um negócio jurídico qualquer, mesmo que as partes contratantes estejam vinculadas por sentimentos afetivos que não necessariamente as tornam pessoas vulneráveis, eis que há longo tempo o direito de família vem se afastando daquelas relações jurídicas disciplinadas por normas legais imperativas e que excluam qualquer intervenção proveniente da autonomia privada, pois dizia-se que para ela não havia lugar no direito de família³².

Até porque, tal a ingerência do Estado pressupõe, ou deveria pressupor, o efetivo acolhimento pelo poder público das demandas e dos jurisdicionados: não se reconhece a liberdade de contratar, mas se disponibiliza à sociedade a

30 STJ, AgInt no REsp 1.922.307, Rel. Min. Raul Araújo, j. 11.10.2021.

31 *La autonomia privada*. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, 2018. p. 254.

32 Madaleno, ob. cit., p. 234.

estrutura para efetiva e eficiente solução de conflitos, resolução de disputas e amparo às pretensões resistidas, o que bem se sabe não corresponde à realidade do Poder Judiciário. Negar o exercício da plena liberdade de contratar sem contrapartida da proteção do Estado quando essa mesma ausência de pactuação coloca a pessoa em situação de vulnerabilidade é uma incongruência.

Nesse aspecto, Silva Felipe Marzagão³³ em sua obra “Contrato Paraconjugual” sustenta que:

Partindo da premissa acadêmica que os deveres conjugais passaram a ser meras recomendações e não deveres exigíveis de ‘per si’, podemos considerar a ausência de força coercitiva no disposto no art. 1566 do CC, não decorrendo da lei a possibilidade de aplicação de sanções ou desdobramentos em razão da pura e simples infração dos deveres matrimoniais.

Diante desse cenário, servirá o contrato paraconjugual como instrumento para transformar um valor jurídico originário (de caráter recomendatório apenas) em uma obrigação contratual derivada (lastreada em coercibilidade).

Assim, ainda que compreendamos que os deveres conjugais deixaram de ser obrigações passíveis de responsabilização por descumprimento, defendemos que a obrigação derivativa deles, ajustada livremente pelo casal em contrato, passa a integrar o ordenamento como negócio jurídico que gere obrigação eficaz e exigível.

Importante que se pontue que a proposição acima é incorporada no ordenamento de *lege lata*, mormente se levarmos em consideração a autonomia privada negocial prevista no art. 421 do CC. Não se trata, portanto, de propositura que dependa de novo texto legal ou mesmo de alteração legislativa para subsistir: a possibilidade de modulação dos deveres originários, via contrato, está contemplada pelo texto legal já vigente.

Ora, são inegáveis os efeitos econômicos para mulheres que renunciam à carreira profissional em prol da família. A ficção sobre a qual se pautam muitas decisões judiciais acerca da plena capacidade feminina de manter-se, e contribuir em igualdade de condições com o homem, com o sustento da prole ao fim do matrimônio por simplesmente ser capaz e “bem formada” em profissão na qual nunca atuou ou que exerceu por pouquíssimo tempo, seria facilmente desarticulada com a análise econômica do direito. Prossegue a autora afirmando que:

A princípio, a negociabilidade das questões relativas à conjugalidade será ligada aos elementos existenciais, por vezes com consequências patrimoniais, e que tenham vinculação com a

33 MARZAGÃO, Silvia Felipe. *Contrato paraconjugual*. São Paulo: Foco, 2023. p. 61 e 66.

autonomia dos cônjuges, ficando afastados do ajuste aqueles direitos inerentes à inegociável solidariedade familiar [...].

Ampliando um pouco mais o conceito das autoras indicadas – Ana Carla Karmatiuk Matos e Ana Carolina Brochado Teixeira – esta autora compreende possível também ajustar a ‘modulação’ (e não afastamento ou desobrigação) relativa à solidariedade e cuidados e deveres com os filhos

De fato, dentro de um ambiente de plena autonomia, observada a dignidade e a licitude do avençado, entende-se possível ajustar como, de fato a solidariedade será prestada de parte a parte ou, ainda como cada um dos cônjuges exercerá o seu dever de cuidado com relação à prole comum. Afinal: o que é solidariedade para cada casal? E, ainda, como cada casal dividirá entre si a responsabilidade com os cuidados e deveres perante os filhos?

E para aquelas mulheres que sequer ouvirão falar sobre pactos ou contratos paraconjugais e que ao fim do vínculo conjugal fatalmente seguirão custeando a si próprias e à prole, é imperioso enxergar que a elas caberá, também, o cuidado direto e indireto com o lar e com os filhos, sendo indispensável o reequilíbrio da disparidade econômica criada, ainda que por meio de políticas públicas.

Conclusão

A análise realizada demonstra de forma clara que a legislação brasileira de direito de família enfrenta uma significativa defasagem em relação à realidade social contemporânea, evidenciando uma lacuna entre o direito positivado e as necessidades concretas dos indivíduos. A ausência de dispositivos legais que contemplem uma abordagem mais pragmática e alinhada à autonomia da vontade das partes revela a necessidade de uma reforma legislativa que reconheça expressamente a possibilidade de pactuação não apenas sobre regimes de bens, mas também sobre aspectos fundamentais da vida familiar, como os alimentos, a guarda e a convivência de filhos.

A aplicação estrita e formalista da legislação vigente pelo Poder Judiciário muitas vezes desconsidera as nuances das relações familiares e os impactos econômicos desproporcionais que recaem, em sua maioria, sobre as mulheres que se dedicam exclusivamente à família. A introdução de conceitos da Análise Econômica do Direito pode contribuir para uma maior racionalidade e previsibilidade das decisões judiciais, permitindo que o ordenamento jurídico atue de forma mais eficiente e justa na distribuição dos encargos decorrentes do término da sociedade conjugal.

Ademais, o reconhecimento de alimentos compensatórios como instrumento para mitigar o desequilíbrio econômico gerado pelo divórcio ou

dissolução de união estável é um avanço, mas ainda carece de regulamentação mais clara e de critérios objetivos que possibilitem a sua aplicação de forma uniforme. A legislação deveria assegurar a proteção de todas as partes envolvidas, promovendo o equilíbrio econômico e incentivando soluções consensuais e preventivas, reduzindo a litigiosidade excessiva no âmbito do direito de família.

Outro aspecto relevante é a necessidade de adaptação do ordenamento jurídico à evolução das estruturas familiares modernas, contemplando não apenas as relações tradicionais, mas também as novas configurações familiares, como as uniões homoafetivas, as famílias monoparentais e as multiparentais. A fragmentação legislativa existente, com normas dispersas em diversas leis como o Código Civil, a Lei de Alimentos e o Código de Processo Civil, gera insegurança jurídica e dificulta a efetiva proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos. Uma abordagem mais integrada e sistematizada, por meio da criação de um Estatuto de Direito de Família, poderia trazer maior coerência e eficiência ao tratamento jurídico da matéria.

Por fim, é imprescindível que o direito de família se alinhe à realidade social e às novas demandas da sociedade, promovendo uma legislação mais clara, acessível e flexível, que assegure a dignidade da pessoa humana e o equilíbrio nas relações familiares. O fortalecimento da autonomia privada e a garantia da segurança jurídica devem caminhar lado a lado, permitindo que os indivíduos tomem decisões informadas e responsáveis sobre sua vida conjugal e patrimonial. Dessa forma, o direito não apenas acompanhará a evolução da sociedade, mas também se tornará um instrumento eficaz de promoção da justiça e do bem-estar social.

TITLE: The need for an economic approach to align law and judicial decisions: between positized law and social reality

ABSTRACT: This article analyzes Brazilian alimony and child support legislation through the lens of Economic Analysis of Law, highlighting the disconnection between codified law and social reality. Current legislation, by focusing on the protection of the family entity, often neglects the individual needs of its members, particularly regarding the economic disparity resulting from marital dissolution. The research addresses autonomy of will in family law, compensatory alimony as an equity mechanism, and the need for legislative reform to ensure greater legal certainty and predictability. It concludes that harmonizing legislation with social needs requires a more pragmatic approach, aiming to ensure dignity and economic balance among spouses and family members.

Keywords: Family law. Compensatory alimony. Economic analysis of law. Autonomy of will. Gender equality.

Referências

DINIZ, Carine Silva. *A (im)possibilidade da análise econômica do direito de família brasileira na perspectiva civil-constitucional*. Tese (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2009. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_DinizCS_1.pdf. Acesso em: 10 fev. 2025.

FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, 2018 *apud* MADALENO, Rolf. *Alimentos compensatórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

GHILARDI, Dóris. *Afeto e economia: reflexões sobre o duplo discurso no direito de família e a aplicação da análise econômica*. Tese (Doutorado) – Universidade do Vale do Itajaí, 2015. Disponível em: <https://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/61/TESE%20Doris%20VERSA%C3%8C%C6%92O%20CAPA%20DURA%20PDF.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2025.

MADALENO, Rolf. *Alimentos compensatórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

MARZAGÃO, Silvia Felipe. *Contrato paraconjugal*. São Paulo: Foco, 2023.

SUNSTEIN, Cass R. *Behavioral analysis of law*. University of Chicago Law Review, 1997. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12215&context=journal_articles. Acesso em: 10 fev. 2025.

SUNSTEIN, Cass R.; JOLLS, Christine; THALER, Richard H. *A behavioral approach to law and economics*. University of Chicago Law School, 1998. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12172&context=journal_articles. Acesso em: 10 fev. 2025.

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.

Recebido em: 07.03.2025

Aprovado em: 26.03.2025