

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL**

ELOI RODRIGUES BARRETO PETHECHUST

**A RESSIGNIFICAÇÃO DA SUCESSÃO LEGÍTIMA
À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

**CURITIBA
2020**

ELOI RODRIGUES BARRETO PETHECHUST

**A RESSIGNIFICAÇÃO DA SUCESSÃO LEGÍTIMA
À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Tese de Doutorado apresentada como requisito parcial para obtenção de título de Doutor em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná na área de concentração Direito Econômico e Desenvolvimento e linha de pesquisa Estado, Economia e Desenvolvimento.

Orientador: Prof. Dr. Oksandro Osdival Gonçalves

**CURITIBA
2020**

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central
Edilene de Oliveira dos Santos CRB/9 - 1636

P486r
2019
Petechust, Eloi Rodrigues Barreto
A resignificação da sucessão legítima à luz da análise econômica do direito
/ Eloi Rodrigues Barreto Petechust ; orientador, Oksandro Osdival Gonçalves.
– 2019.

267 f. : il. ; 30 cm

Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba,
2019.

Bibliografia: p. 252-267

1. Direito econômico. 2. Herança e sucessão. 3. Relações humanas.
I. Gonçalves, Oksandro Osdival. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Doris 4. ed. – 341.378

*À família, que sempre dedicou a mim todo o amor
que existe nessa vida.*

AGRADECIMENTOS

A Deus, pai amado e provedor.

Ao Daniel Wunder Hachem, seja pelo apoio pessoal, seja pelas orientações e auxílio imprescindíveis ao desenvolvimento da presente pesquisa.

Aos meus pais Valdecir Rodrigues Pethechust e Claudenice Fernandes de Souza Pethechust, pelo amor, incentivo e apoio. De modo especial à minha mãe socioafetiva Claudenice, que sempre esteve ao meu lado, oferecendo cuidado e suporte para as horas de aula, estudo e pesquisa.

À minha mãe Elenice Alves Barreto, que mesmo vivendo distante sempre esteve presente, comemorando as vitórias e rezando por mim nos momentos de dificuldade.

Ao Prof. Dr. Oksandro Osdival Gonçalves, pela primorosa orientação, tanto desta investigação científica, quanto das pesquisas desenvolvidas ao longo do mestrado e, agora, do doutorado.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PPGD/PUCPR, em especial aos mentores Marcia Carla Pereira Ribeiro, Emerson Gabardo e Jussara Maria Leal de Meirelles. Graças ao exemplo e às lições de vocês, esta pesquisa foi concluída.

Aos amigos do doutorado, de modo especial ao Gilberto Andreassa Junior, Lara Bonemer Azevedo da Rocha, Antonio Bazilio Floriani Neto, Vítor Hugo, Gladimir Adriani Poletto, Anna Luisa Walter de Santana Daniele, Ricardo Bazzaneze, Luciano Reis, Andressa Jarletti, Guilherme Helfenberger Galino Cassi, Ana Olsen, Camila Salgueiro da Purificação Marques, Maria Helena Faller e aos demais companheiros dessa jornada acadêmica.

À Secretaria do PPGD/PUCPR, na pessoa das secretárias Eva Curelo e Nerissa Sulin.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), pela bolsa de estudos obtida através do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares (PROSUP), que permitiu o desenvolvimento da presente pesquisa.

¿no es un reflejo del más recalcitrante individualismo que el legitimario pueda esperar tranquilamente al fallecimiento del causante, sin preocuparse para nada de sus necesidades o transmitirle un mínimo de afecto en sus últimos días, para recibir una parte de la herencia? ¿De qué protección de la familia estamos hablando, si se recibe una parte de la herencia incluso si no se contribuye en nada al bienestar de sus miembros?

Antoni Vaquer Aloy

RESUMO

Na atualidade, os laços familiares e as relações afetivas estão cada vez mais fragilizados, uma vez que os sujeitos, de um modo geral, diante de qualquer adversidade que lhes faça já não encontrar uma vantagem satisfatória em uma relação familiar, passam a buscá-la em outra, sem maiores empecilhos econômicos, patrimoniais ou sociais, muitas vezes deixando sem arrimo material ou moral os membros do seu núcleo familiar. É o caso de filhos que abandonam seus pais na velhice; pais que ignoram os deveres de zelo e cuidado devidos aos filhos ao constituírem uma nova relação conjugal; irmãos que ao alcançarem a maioridade e constituírem suas próprias famílias deixam de ter qualquer relação solidária entre si. Diante dessa problemática, a tese parte da premissa da Análise Econômica do Direito segundo a qual as normas jurídicas podem produzir incentivos à adoção de determinados comportamentos humanos desejáveis. Considerando a necessidade de estimular comportamentos de cuidado entre as pessoas, a tese defende, como uma das possíveis soluções jurídicas à questão, atribuir ao regime jurídico da sucessão *causa mortis* a função de atuar como um mecanismo de incentivo aos sujeitos a guardarem entre si um “comportamento afetivo”. Tal comportamento se consubstancia, em linhas gerais, por atos de entreatajuda, assistência, solidariedade, relações de cuidado, comunhão de vida, convivência mútua, manutenção alheia, proteção recíproca, convivência pública e ostensiva e congêneres. Para tanto, a tese propõe, com arrimo na construção teórica da Análise Econômica do Direito, que a existência desse denominado “*comportamento afetivo*” entre sucessor e sucedido seja adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro como uma condicionante à outorga de direitos sucessórios. Ao final, conclui-se que uma das formas de induzir os indivíduos a travarem relações afetivas na sociedade contemporânea, em especial nas relações familiares, pode ocorrer por meio do Direito das Sucessões, condicionando a atribuição de direitos hereditários na sucessão *causa mortis* à existência, em vida, de um “*comportamento afetivo*” entre sucessor e sucedido, a qual poderia ocorrer por três vias, sendo elas: (a) *fraca* - a incorporação de colaterais ou terceiros na condição de herdeiros necessários via comportamento afetivo, bem como a inversão da ordem de vocação hereditária; (b) *média* - a inclusão da inexistência de comportamento afetivo como hipótese de deserdação de herdeiros necessários; (c) *forte* - a manutenção da ordem de vocação hereditária e a adoção da previsão de que: (c.1) a ausência de comportamento afetivo seja um elemento passível de afastar herdeiros necessários e facultativos, e (c.2) a presença de comportamento afetivo seja um elemento para: (i) incluir colaterais ou terceiros na condição de herdeiros necessários na sucessão *causa mortis*; (ii) incluir na sucessão herdeiros necessários preteridos na ordem de vocação hereditária.

Palavras-chave: Sucessão legítima. Legítima. Comportamento afetivo. Análise Econômica do Direito. Incentivos.

ABSTRACT

Nowadays, family ties and affective relationships are increasingly weakened, since when individuals in general face any kind of adversity that makes them no longer find a satisfactory advantage in a family relationship, they start to seek it in another, without major economic, patrimonial or social obstacles, often leaving members of their family nucleus without material or moral support. It is the case of children who abandon their parents in old age; parents who ignore the duties of zeal and care due to their children when forming a new conjugal relationship; brothers who, when reaching adulthood and forming their own families, no longer have any solidary relationship with each other. In view of this problem, the thesis adopts the premise of the Economic Analysis of Law according to which legal norms can produce incentives for the adoption of certain desirable human behaviors. Considering the need to encourage care behaviors among people, the thesis defends, as one of the possible legal solutions to the question, to attribute to the legal regime of succession *causa mortis* the function of acting as a mechanism of incentive to the individuals to keep among themselves an "affective behavior". Such behavior is consubstantiated, in general lines, by acts of mutual assistance, solidarity, care relationships, communion of life, mutual coexistence, maintenance of others, reciprocal protection, public and ostensive coexistence and other similar behaviors. To this end, this PhD dissertation proposes, with support in the theoretical construction of Economic Analysis of Law, that the existence of this so-called "affective behavior" between deceased and successor should be adopted by the Brazilian legal system as a condition for granting of inheritance rights. In the end, it concludes that one of the ways to induce individuals to engage in affective relationships in contemporary society, especially in family relationships, can occur through Succession Law, conditioning the granting of hereditary rights in the succession *causa mortis* to the existence, in life, of an "affective behavior" between deceased and successor, which could occur in three ways, which are: (a) *weak* - the incorporation of collaterals or third parties as necessary heirs via affective behavior; (b) *medium* - the inclusion of the lack of affective behavior as a hypothesis for disinheriting necessary heirs; (c) *strong* - the maintenance of the order of hereditary vocation and the adoption of the rule according to which: (c.1) the absence of affective behavior is an element capable to remove necessary and optional heirs, and (c.2) the presence of affective behavior is an element capable to: (i) include third parties as necessary heirs in the *causa mortis* succession; (ii) include in the succession necessary heirs passed over in the order of hereditary vocation.

Keywords: Legitimate succession. Forced estate. Affective behavior. Economic Analysis of Law. Incentives.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 A TEORIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	16
1.1 APONTAMENTOS SOBRE DIREITO E ECONOMIA	16
1.1.1 Análise Econômica do Direito	16
1.1.2 Premissas fundamentais para a aplicação da Análise Econômica do Direito	23
1.1.3 Metodologia da Análise Econômica do Direito	37
1.2 ALGUNS APORTES TEÓRICOS NECESSÁRIOS	50
1.2.1 Teoria dos incentivos	50
1.2.2 Eficiência e justiça na perspectiva da Análise Econômica do Direito	56
1.2.3 Paternalismo libertário	72
2 A RESSIGNIFICAÇÃO DA SUCESSÃO LEGÍTIMA À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	84
2.1 TRANSFORMAÇÕES SOCIOECONÔMICAS NA FAMÍLIA E SEUS REFLEXOS NA SUCESSÃO CAUSA MORTIS	84
2.1.1 Apontamentos acerca das mudanças socioeconômicas e sociológicas da família	84
2.1.2 Surgimento e desenvolvimento do Direito das Sucessões: identificação de seus fundamentos	98
2.1.3 O esvaziamento da função e dos fundamentos tradicionais da sucessão legítima na sociedade contemporânea	111
2.2 A FUNCIONALIZAÇÃO DA SUCESSÃO LEGÍTIMA ANTE A NOVA REALIDADE SOCIOECONÔMICA E SOCIOLÓGICA DA FAMÍLIA	124
2.2.1 Análise da disciplina sucessória a partir da perspectiva da Análise Econômica do Direito	124
2.2.2 O fundamento e a função da sucessão legítima a partir da perspectiva da Análise Econômica do Direito: o estímulo a manutenção de relações de entreajuda, convivência, assistência material e congêneres	135
2.2.3 Enfrentando algumas críticas à tese	147
3 VIABILIDADE JURÍDICA E INSTRUMENTALIZAÇÃO DA INCORPORAÇÃO DO COMPORTAMENTO COMO CONDICIONANTE À SUCESSÃO LEGÍTIMA	158
3.1 A VIABILIDADE JURÍDICA DA INTRODUÇÃO DO COMPORTAMENTO COMO ELEMENTO CONDICIONANTE À SUCESSÃO LEGÍTIMA	158
3.1.1 Autonomia privada x racionalidade limitada, paternalismo libertário e constitucionalização do direito civil: a quem cabe a decisão?	158
3.1.2 Adequação da proposta ao princípio constitucional da função social da propriedade (art. 5º, inciso XXIII, da CF/88) e ao direito fundamental à herança (art. 5º, inciso XXX, da CF/1988)	170

3.1.3 O comportamento gerador de direitos sucessório: perfil, conteúdo e natureza jurídica (fato jurídico).....	181
3.2 PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DE <i>LEGE FERENDA</i> DA SUCESSÃO LEGÍTIMA NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO	197
3.2.1 A incorporação do herdeiro via comportamento afetivo	197
3.2.2 Inclusão da inexistência de comportamento afetivo como hipótese de deserdação de herdeiro necessário	210
3.2.3 A ausência de comportamento afetivo como elemento passível de afastar herdeiros necessários e facultativos e a presença do comportamento afetivo como hipótese de inclusão de colaterais e terceiros como herdeiros necessários ou inclusão na sucessão de herdeiros necessários preteridos na ordem de vocação hereditária.....	227
4 CONCLUSÃO	239
5 REFERÊNCIAS	252

INTRODUÇÃO

“Com efeito, é suficiente perguntar ‘por que devo fazer isso? Que benefício me trará?’ para sentir o absurdo da exigência de amar o próximo – qualquer próximo – simplesmente por ser um próximo. Se eu amo alguém, ela ou ele deve ter merecido de alguma forma [...]”
Zygmunt Bauman

A família ao longo da história sofreu inúmeras transformações, de unidade com finalidade econômica, procracional, política e religiosa, fundada na desigualdade e na autoridade do homem – *pater familiae*¹ – sobre seus membros (mulher, filhos, filhas, escravos, netos etc.), passando gradativamente a ser o lócus de coordenação e comunhão de interesses da vida.²

Na atualidade, embora a família tenha perdido, em boa parte, sua função econômica (não é mais uma unidade produtiva) e procracional (v.g., grande número de casais sem filhos ou com poucos filhos),³ ela se tornou um importante espaço de desenvolvimento da personalidade e realização existencial dos seus integrantes.⁴ Nesse sentido, Paulo Lôbo sustenta que “a realização pessoal da afetividade, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família da nossa época”.⁵

Ocorre que, ao longo do séc. XX, em especial na última década, a sociedade passou por profundas, rápidas e extensas alterações, as quais influenciaram profundamente a estrutura familiar. Surgiu uma ideia nova de felicidade: ser nós mesmos, escolher nossa profissão, nossos amores, o rumo das nossas vidas.⁶ Contudo, essa maior liberdade veio acompanhada de uma crescente fragilidade dos vínculos familiares.

Zygmunt Bauman e Gilles Lipovetsky analisaram tais transformações e procuraram explicar sua gênese. Segundo os autores, o período atual pode ser denominado, respectivamente, de *modernidade líquida* e de *hipermodernidade*. Isso porque a sociedade contemporânea se encontra assentada na fragmentalidade, fluidez e complexidade, pelo que não possui mais a capacidade de manter uma mesma forma. As instituições, costumes, estilos de vida, crenças e convicções mudam rapidamente, sem que tenham tempo de se solidificar

¹ O termo advém do Direito Romano, em que a família era organizada a partir do princípio da autoridade do pai sobre seus membros.

² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 15-18.

³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 17.

⁴ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. O valor jurídico do cuidado: família, vida humana e transindividualidade. *In*: JORNADA INTERDISCIPLINAR DE PESQUISA EM TEOLOGIA E HUMANIDADES, 3., 2013, Curitiba-PR. **Anais [...]**. Curitiba, PR: PUC-PR, 2013. v. 3. p. 41-51. p. 43.

⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 18.

⁶ PERROT, Michelle. “O nó e o ninho”. **Veja 25: reflexões para o futuro**. São Paulo: Abril, 1993. p. 75.

em hábitos, costumes e tradições.⁷ Uma das consequências desses novos tempos é que as relações sociais, inclusive familiares, estabelecidas nesse espaço, dificilmente oferecem laços duradouros a seus membros.⁸

Segundo Bauman, a liberdade nos últimos tempos passou a ser exercida, cada vez mais, de forma efetiva. Além da “liberdade objetiva”, já atingida anteriormente, alcançou-se de maneira significativa a “liberdade subjetiva”, ou seja, a possibilidade de os indivíduos se autodeterminarem, tendo autonomia e possibilidade de escolha. A “libertação” (alcance da liberdade objetiva + subjetiva) seria, portanto, a “pedra de toque” da modernidade líquida. Ela que acarretou boa parte das mudanças dos tempos atuais.⁹

Ocorre que a autonomia, aliada à constante possibilidade de escolha, tornou os indivíduos “hiperconsumidores”, sempre abertos à escolha das opções que lhe ofereçam maior satisfação individual. As pessoas sempre possuem a possibilidade de uma escolha melhor ou que lhe traga um maior bem-estar. Padrões sociais, culturais ou religiosos já não imperam com a mesma força de outrora no comando da vida privada, o que permite aos sujeitos buscarem constantemente, sem maiores agruras, sua satisfação pessoal, seu próprio bem-estar, ou seja, uma escolha “melhor”.¹⁰

Com isso, instalou-se a era do descartável, do instantâneo e do digital. Vive-se a cultura de comprar tudo com a maior agilidade e logo em seguida descartar, pois algo novo surge, melhor e mais “moderno”. E esse novo *modus operandi* acaba repercutindo nas relações sociais. Os relacionamentos passam a ser breves, instantâneos, fugazes e sem tempo para criar raízes. A era digital, ao mesmo tempo em que facilitou a aproximação das pessoas, acabou banalizando o contato. O número expressivo de aplicativos de relacionamento, que vão desde amizade (v.g., Facebook) até relacionamento amoroso (v.g., Tinder), elevou o nível de opções pessoais de relacionamento a um patamar nunca antes visto, transformando os indivíduos em verdadeiros “itens” dentro de um cardápio infinito de opções. Relacionamentos são iniciados, sem qualquer razão, e terminados, sem a menor consideração, na velocidade de um *click*.¹¹ Na modernidade líquida, as pessoas são tratadas

⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001; LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 25 e ss.

¹⁰ LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 98 e ss; BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 98 e ss; LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade pós-moralista**: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. Trad. Armando Braio Ara. Barueri: Manole, 2005. p. 141.

¹¹ Um dos primeiros autores a escrever sobre a interferência da realidade cibernética nas relações amorosas foi Aaron Ben-Ze'ev: BEN-ZE'EV, Aaron. **Love online**: emotions on the internet. New York: Cambridge University Press, 2012.

como produtos, e quando não satisfazem mais os desejos e expectativas, podem ser descartadas ou trocadas por outras que tragam maior bem-estar e satisfação pessoal.¹²

Esse novo período histórico levou a profundas transformações em diversas relações sociais, inclusive nos relacionamentos familiares, uma vez que as configurações familiares são fruto do quadro cultural em que estão inseridas.¹³ A liberdade no exercício das opções pessoais conferiu aos indivíduos, por um lado, maiores possibilidades no que tange à conformação das famílias – fazendo surgir, com isso, as famílias monoparentais, anaparentais, reconstituídas, simultâneas, homoafetivas, poliafetivas, multiparentais, entre outras –,¹⁴ e, por outro lado, maior autonomia para manutenção ou não dos vínculos familiares – passando a vida com o outro a ser ligada apenas pela vontade, um laço frágil, que pode ser desfeito a qualquer momento sem maiores obstáculos.¹⁵ Vale dizer, ao mesmo tempo em que família foi libertada do peso das imposições, ela também se tornou frágil e efêmera.¹⁶

Assim sendo, as conformações familiares que antes eram de algum modo estabelecidas pela coletividade, fosse pela via do Estado, fosse pela via da religião, passam a ser arquitetadas livremente por cada indivíduo. Já o casamento, outrora uma instituição fechada em uma “caixa de aço”, indestrutível e indissolúvel sob as lentes da sociedade e do Estado, torna-se um “manto mais leve”, que pode ser desfeito com a maior facilidade.¹⁷ Isso porque, “a líquida racionalidade moderna recomenda mantos leves e condena as caixas de aço”.¹⁸

O início, a configuração e o término de uma relação agora dependem, quase que exclusivamente, do interesse do indivíduo, sem grandes empecilhos ou imposições da coletividade. Já não se vive, de um modo geral, grandes histórias de amor, capazes de superar todos os obstáculos e dificuldades que envolvem as relações sociais, mas sim pequenos contos ou fábulas. Segundo Bauman, as “parcerias frouxas e eminentemente revogáveis substituíram o modelo da união pessoal ‘até que a morte nos separe’ [...]”.¹⁹

Ocorre que esse novo *modus operandi* das relações humanas é uma moeda de duas faces. Se por um lado permite que as pessoas busquem livremente a satisfação de seus

¹² BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 41 e ss.

¹³ PERROT, Michelle. “O nó e o ninho”. **Veja 25: reflexões para o futuro**. São Paulo: Abril, 1993. p. 75.

¹⁴ Sobre tema: MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

¹⁵ CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 15-19.

¹⁶ GHILARDI, Dóris. Família líquida e sua reinvenção sob o molde do afeto: encontros e desencontros. **Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 12, n. 26, p. 135-156, jan./abr. 2017. p. 144.

¹⁷ CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 16.

¹⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 47.

¹⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 84.

interesses pessoais, sendo livres para decidir sobre como, quando e com quem querem possuir um relacionamento, por outro lado faz com que os indivíduos passem a constantemente aferir, em cada relação pessoal travada, o nível de vantagem pessoal obtido, e, não encontrando certo grau de bem-estar pessoal que seja satisfatório, passem a buscá-lo em outra relação.

Nesse sentido, Zygmunt Bauman sustenta que “o ‘relacionamento puro’ tende a ser, nos dias de hoje, a forma predominante de convívio humano, na qual se entra ‘pelo que cada um pode ganhar’ e se ‘continua apenas enquanto ambas as partes imaginem que estão proporcionando a cada uma satisfações suficientes para permanecerem na relação’”.²⁰

Nesse cenário, em que a opção pessoal é um critério determinante, as relações entre cônjuges, pais, filhos e parentes, passam a ser baseadas no “autointeresse”, no que o outro pode proporcionar. É o “interesse”²¹ o combustível e o elo que mantêm hígidos o afeto, o cuidado recíproco e a manutenção dos vínculos familiares.²² Segundo Bauman, a fragilidade das estruturas familiares tornou a manutenção de vínculos familiares ou a convivência familiar uma questão de *escolha*:

Com a nova fragilidade das estruturas familiares, com a expectativa de vida de muitas famílias sendo mais curta do que a de seus membros, com a participação em determinada linhagem familiar tornando-se rapidamente um dos elementos “indetermináveis” da líquida era moderna e com a adesão a uma das diversas redes de parentesco disponíveis transformando-se, para um crescente número de indivíduos, numa **questão de escolha** — e uma escolha, até segunda ordem, revogável —, um filho pode ser ainda “uma ponte” para algo mais duradouro.²³

Nesse mesmo sentido, Gilles Lipovetsky e Jean Serroy sustentam que a família se tornou objeto de deliberação e escolha individual:

a instituição obrigatória e diretiva de antigamente se metamorfoseou em instituição emocional e flexível, em laço contratual que se pode construir e reconstruir livremente. Tendo perdido todo o caráter de evidência, a família tornou-se “incerta” objeto de hesitação, de deliberação, de **decisão individual**.²⁴

O resultado desse fenômeno, vale dizer, o outro lado da moeda, é que os relacionamentos familiares se tornam cada vez mais rasos e insípidos, e os seus membros,

²⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 84.

²¹ Trata-se de interesse em sentido amplo, ou seja, o que é importante, útil ou vantajoso, moral, social ou materialmente.

²² Vale lembrar que antes a constituição e manutenção da vida em família era sustentada por questões econômicas, políticas, procracionais, religiosas etc.

²³ BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 42. (sem grifo no original)

²⁴ LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. **A cultura-mundo**: resposta a uma sociedade desorientada. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 53.

por sua vez, objetos descartáveis. Conforme sustenta Dóris Ghilardi, “As uniões não se prendem mais no tempo, duram enquanto os envolvidos acreditam que dever durar.”²⁵ Qualquer adversidade ou mesmo as circunstâncias da vida (v.g., envelhecimento, desemprego, pequenos desentendimentos) podem dar ensejo ao rompimento de um relacionamento familiar, fazendo com que os sujeitos fiquem entregues à sua própria sorte ou, no máximo, sob guarda do Estado ou de terceiros.²⁶ Nesse cenário, a solidariedade, que historicamente é um dos pilares fundamentais das relações de família, decresce e é marginalizada.

Nesse sentido, Michelle Perrot conclui que “Essas mudanças têm, de imediato, custos e vantagens cujo saldo é difícil calcular. O custo é o aumento da solidão material e moral, que acompanha as separações. Cada indivíduo deve contar apenas consigo mesmo”.²⁷

E é nesse contexto que surgem os problemas relacionados ao abandono. Filhos que desamparam seus pais na velhice, pais que ignoram os deveres de cuidado e afeto devidos aos filhos ao constituírem uma nova relação conjugal e de irmãos que, ao alcançarem a maioridade e constituírem sua própria família, deixam de ter qualquer relação afetiva entre si e são esquecidos um pelo outro. Em alguns casos, os membros da família são entregues à sorte do Estado, o que gera, por sua vez, um grande problema do ponto de vista econômico e social. Muitos países, em especial na Europa, vivem a celeuma do excesso de idosos que são desamparados pelos seus familiares, ou que, pelo seu planejamento familiar de não possuir filhos ou sequer terem constituído família, necessitam do Estado para lhes prestar assistência integral.

Diante dessa problemática, alguns países ao redor do globo, a exemplo da Espanha²⁸ e da China²⁹, começaram a implementar leis que buscam incentivar ou impor à família ou a sociedade civil o acolhimento familiar, mediante a assistência material e moral mútua, uma vez que o Estado não possui estrutura suficiente para atender o contingente crescente de pessoas, de um modo geral, e idosos, de modo particular, entregues à própria sorte.

²⁵ GHILARDI, Dóris. Família líquida e sua reinvenção sob o molde do afeto: encontros e desencontros. **Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 12, n. 26, p. 135-156, jan./abr. 2017. p. 144.

²⁶ Nesse sentido: FRAIMAN, Ana. **Idosos órfãos de filhos vivos são os novos desvalidos do século XXI**. 2016. Disponível em: <http://anafraiman.com.br/wp-content/uploads/2016/05/IDOSOS-%C3%B3rf%C3%A3os-de-filhos-vivos-os-novos-desvalidos.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2018.

²⁷ PERROT, Michelle. “O nó e o ninho”. **Veja 25: reflexões para o futuro**. São Paulo: Abril, 1993. p. 80.

²⁸ ESPANHA. **Ley n. 22/2000**, de 29 de diciembre, de Acogida de Personas Mayores. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2001-2354>. Acesso em: 16 jan. 2018; ESPANHA. **Ley 11/2001**, de 13 de julio, de Acogida Familiar para Personas Mayores. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2001-16692>. Acesso em: 16 jan. 2018.

²⁹ ALVES, Jones Figueirêdo. Filhos que abandonam. **Migalhas**, jul. 2013 Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI182436,21048-Filhos+que+abandonam>. Acesso em: 19 jan. 2018.

O Brasil, infelizmente, não está longe dessas realidades. A questão do abandono afetivo tem sido cada vez mais debatida no cenário jurídico nacional, seja na doutrina,³⁰ seja na jurisprudência,³¹ seja nas casas legislativas,³² o que demonstra a relevância do problema social que se está a enfrentar. Os dados estatísticos caminham nesse mesmo sentido, conforme se verá no último subitem do segundo capítulo.

Diante do exposto, denota-se que o abandono, na modernidade, tem se tornado uma realidade preocupante ao redor do globo. Nesse sentido, Gilles Lipovetsky ressalta que “a ‘morte das afetividades’ nada mais é que um lugar-comum da época hiperindividualista: assiste-se menos a um processo de dessintimentalização do que à afetivação crescente das relações entre os seres”.³³

De igual modo, Ulrich Beck sustenta que a família ingressou para as “instituições zumbis”, referindo-se às instituições que estão “mortas e ainda vivas”. De acordo com Beck:

Pergunte-se o que é realmente uma família hoje em dia? O que significa? É claro que há crianças, meus filhos, nossos filhos. Mas, mesmo a paternidade e a maternidade, o núcleo da vida familiar, estão começando a se desintegrar no divórcio ... Avós e avôs são incluídos e excluídos sem meios de participar nas decisões de seus filhos e filhas. Do ponto de vista de seus netos, o significado das avós e dos avôs tem que ser determinado por **decisões e escolhas individuais**.³⁴

Nesse contexto, surge a necessidade de se investigar possíveis soluções jurídicas para o enfrentamento da problemática apresentada.

³⁰ PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coords.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008; PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coords.). **Cuidado e responsabilidade**. São Paulo: Atlas, 2011; KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo**: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. Curitiba: Juruá, 2012; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material. *In*: EHRHARDT JUNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (Coords.). **Leituras complementares de direito civil – direito das famílias**. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 209-236; ROSENVALD, Nelson. A responsabilidade civil por omissão de cuidado inverso. *In*: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). **Responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015; CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Abandono afetivo**: reflexões a partir do entendimento do Superior Tribunal de Justiça. *In*: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski *et al.* (Orgs.) **A ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p. 545-564.

³¹ STJ. **REsp. 1.159.242/SP**. Rel^a. Min^a. Nancy Andrighi, 3^a T, DJe 10.5.2012.

³² BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4294**, de 2008. Acrescenta parágrafo ao art. 1.632 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. 3º da Lei n. 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684>. Acesso em: 10 jan. 2018; BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 700**, de 2007. Modifica a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/83516>. Acesso em: 10 jan. 2018.

³³ LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 295. (sem grifo no original)

³⁴ BECK, Ulrich *apud* BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 13.

A partir das questões levantadas, chega-se às seguintes inferências: **(i)** a manutenção dos vínculos afetivos tem sido baseada no interesse individual; **(ii)** os laços intersubjetivos e familiares têm se fragilizado e se dissolvido; **(iii)** a manutenção de vínculos afetivos entre os indivíduos constitui fator essencial para o desenvolvimento da personalidade da pessoa humana e é necessária ao desenvolvimento econômico e social do Estado (que não possui condições de amparar o contingente crescente de pessoas abandonadas à própria sorte).

Nessa ordem de ideias, constata-se que existe a necessidade de o ordenamento jurídico começar a ser moldado de forma a assegurar, dentro do possível, que os indivíduos vejam na manutenção do vínculo familiar afetivo algo atrativo, que lhes traga algum benefício pessoal, e com isso mantenham uma relação de afetividade entre si.

As reformas legislativas e a jurisprudência, ao preverem a hipótese do abandono afetivo, criam uma forma de “impor”, via sanção, que pais e filhos travem relações afetivas entre si. Outras soluções jurídicas existentes, como a suspensão ou a destituição do poder familiar,³⁵ também laboram como medidas “punitivas” ou “sancionadoras”. No entanto, tais meios coercitivos possuem natureza reparatória, ou seja, trabalham na lógica da compensação financeira após a ocorrência do dano. A indenização, nesse caso, deturpa todo sentido protetivo do “direito à afetividade”³⁶, por ter natureza infungível e, por essa razão, somente ser possível seu cumprimento *in natura*, ou seja, apenas com o cumprimento específico da obrigação, sendo inútil sua conversão em perdas e danos.³⁷

Além disso, a imposição aos indivíduos, via sanção, para que travem relações afetivas entre si (como nas hipóteses de abandono afetivo e abandono afetivo inverso) é uma questão altamente controversa, dada a invasão agressiva que ocorre na vida privada pela esfera pública.³⁸ Deve ser observado que o próprio Código Civil brasileiro, em seu art. 1.513, veda

³⁵ Vide art. 1.638, II, do Código Civil brasileiro. Embora seja uma sanção para os pais que abandonam os filhos, na realidade a medida revela-se um prêmio para o genitor que deliberadamente se afasta da vida do filho e não exerce seus respectivos deveres parentais. Portanto, não se trata de medida efetiva para incentivar os pais a travarem relações afetivas com os filhos.

³⁶ Aqui se utiliza o termo “direito à afetividade” como direito às ações representativas da afetividade, como cuidado, convivência, assistência material e moral, conforme será demonstrado no subitem acerca do conteúdo do “comportamento afetivo”, no terceiro capítulo.

³⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 3, n. 15, jan./fev. 2012. p. 16-18.

³⁸ Para Nelson Saldanha, as questões pertinentes à família devem permanecer na esfera privada, sem intromissão do Estado. “Ao aludir à dimensão privada do viver, estamos colocando direta ou indiretamente o tema da família e das estruturas de parentesco [...]”. SALDANHA, Nelson. O jardim e a praça: ensaio sobre o lado “privado” e o lado “público” da vida social e histórica. **Ciência e Trópico**, Recife, v. 11, n. 1, p. 105-121, jan./jun. 1983. p. 114. Nesse mesmo sentido, Hannah Arendt sustenta que “a distinção entre uma esfera de vida privada e uma esfera de vida pública corresponde à existência das esferas da família e da política como entidades diferentes e separadas, pelo menos desde o surgimento da entidade cidade-estado”. ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 37 e ss; Por outro lado, Luiz Edson Fachin defende que em algumas hipóteses específicas é necessária a intervenção do Estado na vida familiar: “Assim, propor a intervenção desmesurada do ente estatal na ambiência familiar, espaço onde deve ocorrer o livre desenvolvimento da personalidade humana, importa inevitavelmente em aceder ao cerceamento da construção

de forma expressa que qualquer pessoa, seja de direito privado ou público, interfira na comunhão da vida instituída pela família.³⁹ Logo, reduzir os campos das imposições e alargar a criação de incentivos parece ser um caminho a ser percorrido.

Ocorre que nenhuma das soluções jurídicas existentes age com base na criação de estímulos, benefícios ou recompensas para que os sujeitos espontaneamente, em especial nas relações familiares, travem relações afetivas entre si (v.g. cuidado, entreaajuda, assistencial moral, convivência etc.).

À luz da problemática evidenciada, a presente investigação científica pretende examinar a possibilidade de se atribuir ao regime jurídico da sucessão *causa mortis* a função de atuar como um mecanismo de incentivo aos sujeitos a agirem afetivamente entre si. Para tanto, irá analisar a viabilidade de se adotar o denominado “comportamento afetivo” como uma condicionante ou requisito para configuração do vínculo gerador de direitos sucessórios na sucessão legítima, conforme será detidamente explicitado ao longo da pesquisa.

A presente tese poderia ser desenvolvida a partir de duas perspectivas completamente distintas: **(i)** por uma questão de princípio; **(ii)** por uma questão pragmática.

A primeira perspectiva – **(i)** por uma questão de princípio – seria calcada no valor da solidariedade, o qual constitui um dos fundamentos da sucessão legítima e da legítima. Poder-se-ia partir da ideia de que a solidariedade pressupõe reciprocidade. Assim, a solidariedade, que sustenta a sucessão legítima e a legítima, não poderia ser unidirecional do autor da herança para com os herdeiros legítimos e se reproduzir unicamente como consequência da sua morte. A partir dessa premissa, a herança deveria ser deferida somente àqueles que, em vida, praticaram atos de solidariedade com o autor da herança – vale dizer, tivessem um “comportamento afetivo”⁴⁰ entre si. Assim, por uma questão de valor, qual seja, a solidariedade, poder-se-ia defender que a sucessão legítima deveria ser condicionada à existência de um comportamento solidário recíproco – leia-se comportamento afetivo –, em vida, entre sucessor e sucedido.⁴¹

dessa personalidade própria das pessoas que pretendem se realizar, em coexistencialidade, naquele espaço familiar. Mas ao mesmo tempo [...] intervir é necessário quando verificada a potencialidade lesiva à constituição da personalidade de uma pessoa, sendo ela jurídica ou faticamente mais vulnerável devido às suas condições pessoais, o que ocorre, à guisa de exemplo, com a criança, o adolescente, o incapaz, o idoso e aqueles que sofrem com a violência familiar”. FACHIN, Luiz Edson. Famílias: entre o público e o privado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Anais do VIII Congresso Nacional do IBDFAM**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2012. p. 158-169.

³⁹ Assim estabelece o art. 1.513. do CC: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

⁴⁰ O termo é desenvolvido na presente tese e será explicitado no terceiro capítulo.

⁴¹ Nesse sentido: ALOY, Antoni Vaquer. Acerca del fundamento de la legítima. **InDret**, Barcelona, n. 4, oct. 2017. p. 10.

A segunda perspectiva – **(ii)** por uma questão pragmática – levaria em conta o bom resultado prático esperado com a norma. Sustentar-se-ia que a sucessão legítima e a legítima podem ser reconfiguradas e utilizadas como mecanismos jurídicos para desestimular o abandono ou incentivar que os sujeitos travem relações afetivas entre si. Para tanto, bastaria estabelecer como requisito à condição de herdeiro necessário ou facultativo a existência de um comportamento afetivo recíproco, em vida, entre sucessor e sucedido. Isso incentivaria herdeiros necessários e facultativos a ter um comportamento afetivo com o autor da herança, em vida, sob pena de perda do direito a participar da sucessão legítima (no caso dos colaterais) ou da legítima (no caso dos descendentes, ascendentes, cônjuge ou companheiros). Por outro lado, abriria a possibilidade de parentes colaterais ou terceiros, quando travassem um comportamento afetivo com o autor da herança em vida, serem alçados à condição de herdeiros necessários na hora da sua morte, conforme será detidamente apresentado ao longo da pesquisa. Ou, ainda, no caso dos herdeiros em linha reta, a possibilidade de subversão da ordem de vocação hereditária, com o chamamento de herdeiros de grau distinto a concorrer, na hipótese de algum herdeiro preterido na ordem de vocação hereditária travar intenso comportamento afetivo com o autor da herança em vida.

Ocorre que, independentemente do caminho que fosse escolhido, vale dizer, se por uma questão de princípio ou por uma questão pragmática, em ambos os casos chegar-se-ia ao mesmo resultado, qual seja, valer-se da sucessão legítima e da legítima para desestimular o abandono ou incentivar os sujeitos a guardarem entre si um “comportamento afetivo” – consubstanciado, em linhas gerais, por atos de entreatajuda, assistência, solidariedade, relações de cuidado, comunhão de vida, convivência mútua, manutenção alheia, proteção recíproca, convivência pública e ostensiva e congêneres, entre outros. Portanto, vale observar que pouco importa o caminho percorrido, pois o resultado seria o mesmo. Contudo, na presente tese, optou-se, por preferências pessoais e motivações individuais, desenvolver a pesquisa a partir de uma perspectiva pragmática, pelo que se adotou os pressupostos teóricos da Análise Econômica do Direito para conduzir a investigação e desafiar a hipótese formulada.

A investigação científica será assentada em quatro hipóteses principais que darão arrimo à tese, quais sejam: **(i)** a regulação sucessória brasileira continua laborando sob a lógica da estrutura e *modus operandi* do modelo familiar tradicional e sua existência já não se sustenta nos fundamentos de outrora – tema desenvolvido na primeira parte do segundo capítulo (subitens 2.1.1; 2.1.2; 2.1.3); **(ii)** os vetores normativos que dão azo à sucessão legítima e à legítima não são atingidos a contento, desembocando em situações que levam a resultados não desejados e ineficientes – conforme será analisado na segunda parte do segundo capítulo (subitem 2.2.1); **(iii)** por meio dos pressupostos teóricos da Análise Econômica do Direito, de modo particular a Teoria dos Incentivos, é possível defender que a

adoção do comportamento afetivo entre sucessor e sucedido como uma condicionante à outorga de direitos hereditários pode incentivar os indivíduos a travarem relações afetivas entre si – conforme investigação que será realizada na segunda parte do segundo capítulo (subitem 2.2.2); **(iv)** é viável e instrumentalizável a aplicação do comportamento afetivo como vetor de direitos hereditários no ordenamento jurídico brasileiro – de acordo com os pontos que serão debatidos na parte final do segundo capítulo (subitem 2.2.3) e no terceiro capítulo (subitens 3.1.1; 3.1.2; 3.1.3; 3.2.1; 3.2.2; 3.2.3).

Para confirmar as hipóteses e chegar-se à tese, a pesquisa será dividida em três eixos de investigação, correspondendo a cada um dos capítulos da tese: **(i)** o primeiro se dedicará à exposição acerca da Análise Econômica do Direito e de alguns pressupostos teóricos necessários à sustentação da tese; **(ii)** o segundo revisitará os fundamentos e a função da sucessão *causa mortis* e irá propor, à luz da teoria econômica, que o comportamento afetivo seja adotado como elemento balizador de direitos sucessórios; e, por fim, **(iii)** o terceiro irá sustentar a viabilidade jurídica e a operacionalização da tese, bem como ao final formular três proposições – uma fraca, uma média e uma forte – de alteração, *de lege ferenda*, do Direito das Sucessões brasileiro. Adiante, será explicitado de forma sucinta o conteúdo de cada um dos eixos anunciados.

No **(i)** primeiro capítulo serão apresentados os pressupostos gerais da Análise Econômica do Direito (AED), marco teórico que irá guiar a investigação científica. A formalização de premissas e precisão de conceitos objetiva conferir maior robustez à proposta metodológica. Nesse momento será traçado um panorama geral acerca do conceito, dos fundamentos e forma de aplicação da metodologia da juseconômica. Também será apresentada a Teoria dos Incentivos⁴², corrente teórica dentro da Análise Econômica do Direito cujos pressupostos serão utilizados para o desenvolvimento da tese, bem como o conceito de eficiência e justiça para a teoria econômica. O objetivo será demonstrar, em apertada síntese, que o Direito, enquanto um conjunto de normas que estabelece custos e benéficos, pode induzir os sujeitos a adotarem, a partir da criação de incentivos, condutas socialmente desejadas. Ou seja, tal perspectiva assume que o arcabouço jurídico pode ser pensado e organizado – a partir da premissa de que os sujeitos sempre, ou ao menos na maioria das vezes, pautam seu comportamento buscando a satisfação de seu próprio bem-estar – para alterar a conduta dos indivíduos e adequá-las à condutas mais eficientes e socialmente desejáveis. Dito em outras palavras, o objetivo será demonstrar que as normas

⁴² Entende-se, no presente trabalho, como “Teoria dos Incentivos”, a ideia de que as ações das pessoas são baseadas em recompensas, tendo como referência a obra: BECKER, Gary. **The economic approach to human behavior**. Chicago: Chicago University Press, 1990.

jurídicas agem enquanto um sistema de incentivos e desincentivos a determinados comportamentos e a sua forma de arquitetura (custo ou benefício) pode induzir a comportamentos socialmente desejados. Também será apresentada a concepção de justiça para a Análise Econômica do Direito, com a intenção de desfazer uma falsa ideia de que a tese poderia ser considerada injusta, por permitir a exclusão de herdeiros necessários da vocação hereditária. Por fim, será apresentada a Teoria do Paternalismo Libertário, objetivando demonstrar que a tese se aproxima da ideia de paternalismo libertário – na medida em que cria incentivos para desestimular o abandono e incentivar a entreatajuda – e se afasta da ideia de paternalismo coercitivo – que labora na lógica de punição diante de uma conduta socialmente indesejada. Nesse capítulo não se pretende, por não ser objeto da pesquisa, dissecar os pressupostos, as correntes teóricas, ou, até mesmo, realizar uma avaliação crítica da Análise Econômica do Direito. O objetivo é bem mais módico, consistente, como restará demonstrado, em apresentar um panorama geral de alguns postulados da Análise Econômica do Direito que servirão de base para dar arrimo aos pressupostos da tese ao final defendida.

Em seguida, **(ii)** no segundo capítulo, será realizada inicialmente uma explanação acerca das transformações socioeconômicas na família e seus reflexos na *sucessão causa mortis*. O objetivo será demonstrar que diante das inúmeras mudanças ocorridas na estrutura da família ao longo do tempo, o atual regramento da sucessão legítima e da legítima no Brasil acabou por perder boa parte dos seus fundamentos e das suas funções. Na sequência, por meio da Análise Econômica do Direito positiva, pretende-se investigar quais são os efeitos ou consequências sociais do atual sistema de direitos sucessórios e, em seguida, por meio da Análise Econômica do Direito normativa, buscar o que poderia ser alterado nesse sistema para torná-lo mais eficiente, partindo de um novo vetor normativo que poderia ser atribuído à sucessão legítima e à legítima, consistente em desestimular o abandono e incentivar que as pessoas tenham comportamento afetivo entre si. Vale dizer, será proposta a funcionalização da sucessão legítima ante a nova realidade socioeconômica e sociológica da família. Para tanto, sugerir-se-á, com arrimo na construção teórica da Análise Econômica do Direito, que as normas sucessórias sejam redesenhadas e incorporado o “comportamento afetivo” como uma condicionante à sucessão legítima e à legítima.⁴³

⁴³ Embora o regime jurídico da sucessão *mortis causa* não seja um tema analisado a fundo sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, questões pertinentes à disciplina jurídica da família, área umbilicalmente ligada à sucessão, são frequentemente investigadas sob a régua da AED sem maiores dificuldades, o que indica a viabilidade da proposta de pesquisa formulada nesse tópico. v.g.: GONÇALVES, Oksandro; AMARO, Caroline. Teoria econômica do namoro e do matrimônio: formação do processo decisões e suas consequências jurídico-econômicas. **Revista de Direito Empresarial**, v. 14, p. 49-72, 2017; GHILARDI, Dóris. **Economia do afeto: análise econômica do direito no direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016; DNES, Antony W.; ROTHORN, Robert (edit.). **The law and economics of marriage and divorce**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004; FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. **Análise econômica do divórcio: contributos da**

Tal medida geraria um incentivo para que as pessoas agissem afetivamente entre si em vida, seja porque, diante da sua ausência, os herdeiros necessários e facultativos poderiam ser afastados da sucessão (criando um custo em face da ausência de comportamento afetivo entre sucessor e sucedido), seja porque, na sua presença, parentes colaterais ou terceiros poderiam ser alçados à condição de herdeiros necessários (criando um benefício para aqueles que resolvessem travar um comportamento afetivo com o autor da herança em vida). Ou, ainda, porque no caso dos herdeiros em linha reta, seria possível a subversão da ordem de vocação hereditária, com o chamamento de herdeiros de grau distinto a concorrer, na hipótese de algum herdeiro preterido na ordem de vocação hereditária travar intenso comportamento afetivo com o autor da herança em vida. Desse modo, a disciplina promoveria incentivos – via sistema de custos e benefícios ligado à herança – para que os sujeitos que possuem vínculos (de parentesco ou não) travem relações afetivas entre si.⁴⁴ Vale dizer: criam-se estímulos para que o pai preste assistência material e moral aos filhos; os filhos realizem o mesmo em relação aos seus pais na velhice; os netos cuidem dos avós; os indivíduos, de um modo geral, que possuem vínculos entre si (de parentesco ou não), auxiliem-se mutuamente, inclusive diante das adversidades da vida. Por fim, são rechaçadas algumas possíveis críticas à tese.

Finalmente, o (iv) terceiro e último capítulo se dedicará a demonstrar a viabilidade e a operacionalização da proposta formulada, ou seja, de que forma o comportamento afetivo pode ser incorporado às regras sucessórias como um elemento jurídico ensejador ou limitador de direitos hereditários. Para tanto, primeiramente será demonstrado que a autonomia privada, à luz da teoria da constitucionalização do Direito Civil, endossa a legítima funcionalizada – a legítima voltada à promoção da afetividade –, na medida em que a legítima seria direcionada à promoção do bem-estar social, trazendo benefícios para o autor da herança, à família e à sociedade. Ainda, será realizada uma releitura da autonomia privada a partir dos pressupostos da racionalidade limitada e do paternalismo libertário, com o fim de demonstrar que os sujeitos possuem falhas cognitivas que podem gerar decisões equivocadas, com efeitos indesejados, tanto para o próprio sujeito, como para sua família e a

economia ao direito de família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. Sobre a aplicação dos postulados da AED a questões sucessórias, existem os seguintes artigos: NAVAS NAVARRO, Susana. Libertad de testar versus libertad de celebrar pactos sucesorios y costes de transacción. *Anuario de Derecho Civil - ADC*, tomo LXIV, fasc. I, p. 41-74, 2011; ALMENDANHA, Cristina; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Análise econômica do óbito. *In: Congresso da Associação Brasileira de Direito e Economia - ABDE*, 6. 2013, Rio de Janeiro. *Anais [...]* Rio de Janeiro: CPDE; ABDE, 2013. Disponível em: http://www.congresso.abde.com.br/index.php/ABDE/VI_ABDE/paper/view/153/44. Acesso em: 30 jan. 2018.

⁴⁴ O afeto, sentimento anímico de aspecto subjetivo, é inapreensível pelo Direito e, por isso, não possui relevância jurídica. Será adotada na pesquisa a ideia de “afetividade”, que traduz o dever de dedicação e assistência que todos os familiares devem ter com cada um dos sujeitos aos quais se unem, seja por vínculo biológico, registral ou socioafetivo, conforme será demonstrado no terceiro capítulo, subitem 3.1.3.

sociedade, pelo que se mostra aceitável a limitação imposta pela legítima à autonomia privada. Em um segundo momento será demonstrada a adequação da proposta ao princípio constitucional da função social da propriedade (art. 5º, inciso XXIII, da CF/88), ao direito fundamental à herança (art. 5º, inciso XXX, da CF/88). Na sequência, será delimitado o perfil, o conteúdo do comportamento afetivo e a sua natureza jurídica (fato jurídico). Será explicitado que a tese não propõe a adoção do sentido anímico de aspecto subjetivo – afeto – para ensejar direitos sucessórios, uma vez que é inapreensível de forma direta pelo Direito, mas sim a *afetividade jurídica objetiva*,⁴⁵ a qual já é apreendida pelo sistema jurídico, como se observa, por exemplo, no caso de condenação por abandono afetivo⁴⁶ ou mesmo na recente hipótese de reconhecimento da multiparentalidade (pai biológico e pai afetivo).⁴⁷

Para encerrar, será proposta, *de lege ferenda*, a implementação do comportamento afetivo como uma condicionante à outorga de direitos hereditários, por três vias – uma fraca, uma média e uma forte –, as quais consistem nas seguintes: **(a) fraca** – manutenção da ordem de vocação hereditária na sucessão legítima e a inclusão do “herdeiro afetivo” na categoria dos herdeiros necessários, nos casos de existência de comportamento afetivo entre o sucedido e o sucessor; **(b) média** – manutenção da ordem de vocação hereditária na sucessão legítima e a inclusão da inexistência de afetividade como uma hipótese de exclusão dos herdeiros necessários via deserdação; **(c) forte** – a manutenção da ordem de vocação hereditária e a adoção da previsão de que: (c.1) a ausência de comportamento afetivo seja um elemento passível de afastar herdeiros necessários e facultativos, e (c.2) a presença de comportamento afetivo seja um elemento para: (i) incluir colaterais ou terceiros na condição de herdeiros necessários na sucessão *causa mortis*; (ii) incluir na sucessão herdeiros necessários preteridos na ordem de vocação hereditária, mediante a manutenção da ordem de vocação hereditária. Um esboço de regulamentação normativa das três propostas encontra-se em cada um dos três últimos subitens da tese.

Por fim, cabe ressaltar que embora possa se imaginar que a proposta de inclusão da socioafetividade como um elemento condicionante ou gerador de direitos hereditários não seria admitida pelo mundo jurídico em razão de uma aventada incerteza e insegurança jurídica que poderia ensejar (em especial devido à dificuldade de se mensurar juridicamente a afetividade ou pela possibilidade de ensejar comportamentos oportunistas), a experiência estrangeira demonstra que a objeção não tem procedência.

⁴⁵ A expressão é desenvolvida por Ricardo Calderón: CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 138.

⁴⁶ STJ. **REsp. 1.159.242/SP**. Rel^a. Min^a. Nancy Andrighi. Julgamento em 24.4.2012.

⁴⁷ STF. **RE 898.060/SC**. Rel. Min. Luiz Fux. Julgamento em 22.9.16.

Na Espanha, de modo particular na Catalunha, foi inserida no Código Civil Catalão por meio da Lei n. 10/2008 a possibilidade de deserdação por ausência de continuidade de relação familiar. *Mutatis mutandis*, leia-se “ausência de continuidade de relação familiar” como “ausência de socioafetividade”. O art. 451-17, do Código Civil de Catalunha, estabelece que:

o autor da herança pode privar os herdeiros necessários do seu direito à legítima se na sucessão ocorrer alguma das seguintes causas de deserdação: [...] a ausência manifesta e continuada de relação familiar entre o falecido e o herdeiro necessário, se é por uma causa imputável exclusivamente ao herdeiro necessário.⁴⁸

A causa de exclusão se aplica aos casos em que sucessor e sucedido, ou ao menos o sucessor, optaram livremente por seguir suas vidas por caminhos distintos.

Por outro lado, no Brasil encontra-se em trâmite o Projeto de Lei n. 6480/2013, da Câmara dos Deputados, que prevê a inclusão do art. 1844-B, no Código Civil Brasileiro, o qual pretende incluir, na condição de herdeiros necessários, no percentual de 10% do monte partível, “Todo aquele que, não sendo cônjuge, dispensar espontaneamente ao autor da herança na sua velhice, carência ou enfermidade o zelo e os cuidados dignos e eficazes, dando-lhe sustento sem retribuição monetária [...]”.⁴⁹ O projeto de lei em questão demonstra que o tema objeto da investigação científica reveste-se de uma questão socialmente relevante, a ponto de os legisladores estarem atentos à necessidade de inclusão, como herdeiros, dos sujeitos (familiares ou não) que prestam assistência material e moral – leia-se assistência afetiva – ao idoso. Ainda, cabe ressaltar que o objeto do projeto de lei é bem restrito (direcionado aos idosos), ao passo que o tema da tese é bem mais amplo, englobando toda e qualquer pessoa, pelo que não há prejuízo ao requisito do ineditismo e relevância da tese.

Por fim, cabe observar que embora a tese seja inovadora em vários aspectos propositivos, não se pode perder de vista que a afetividade já é, grosso modo, admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro como ensejadora de direitos sucessórios, como se observa na

⁴⁸ Tradução livre do texto: “1. El causante puede privar a los legitimarios de su derecho de legítima si en la sucesión concurre alguna causa de desheredación. 2. Son causas de desheredación: [...] e) La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario.”. ESPANHA. **Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil**. San Ildefonso: Ministerio de Gracia y Justicia, 1889. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1889-4763>. Acesso em: 13 nov. 2019.

⁴⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 6480/2013**. Acrescenta o art. 1.844-B e dispositivos à Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que “Institui o Código Civil”. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=594309>. Acesso em: 10 jan. 2018.

recente decisão do Superior Tribunal de Justiça⁵⁰ que reconheceu o direito à sucessão com base na socioafetividade⁵¹ na hipótese específica da filiação socioafetiva.⁵²

Das proposições retro formuladas, verifica-se que a finalidade da presente investigação científica, após atingidas todas as etapas já mencionadas, será a de sustentar a seguinte tese: *a partir do instrumental fornecido pela Análise Econômica do Direito, em especial a Teoria dos Incentivos, é possível afirmar que uma das formas de induzir os indivíduos a travarem relações afetivas na sociedade contemporânea, em especial nas relações familiares, pode se dar mediante a incorporação, pelo Direito das Sucessões brasileiro, da afetividade entre sucessor e sucedido como uma condicionante à outorga ou concessão de direitos hereditários na sucessão legítima.*

Por fim, cabem três observações: **(i)** este trabalho parte da premissa de que a supressão da legítima ou sua substituição por outro regime jurídico é de competência do legislador ordinário, não sendo viável, mesmo em tese, mudar o regime jurídico e passar a aplicar a presente tese via “interpretação” do texto existente. Portanto, a proposta aqui formulada não se concentra em reler e aplicar o Direito vigente, mas trata-se, em vez disso, de uma perspectiva *de lege ferenda*; **(ii)** deve-se alertar o leitor para que busque ler a presente tese com as lentes da Análise Econômica do Direito. Talvez, se lida à luz de outras correntes teóricas, afetas muito mais ao mundo dos valores do que ao mundo pragmático, a tese pode soar absurda, ou até mesmo sem sentido. Por isso, foi especialmente dedicado e desenvolvido um capítulo próprio para fixar o marco teórico, que busca municiar o leitor, eventualmente não familiarizado com a peculiar linguagem do universo juseconômico, para que possa analisá-la sob a perspectiva do outro, tarefa árdua e nem sempre fácil.

Que Hades me perdoe por contaminar o mundo dos mortos com Direito e Economia.

⁵⁰ STJ. **REsp 1.618.230/RS**. Rel. Min. Villas Bôas Cueva, 3ª T., unânime, j. em 28.3.2017.

⁵¹ Sobre o tema, há as seguintes obras monográficas: SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **A filiação socioafetiva e seus reflexos no direito sucessório**. São Paulo: Fiuza, 2008; BALMASEDA, Ángeles Egusquiza. **Sucesión “mortis causa” de la Familia Recompuesta** (De la Reserva Vidual a la Fiducia Sucesoria). Navarra: Aranzadi, 2015; ARAÚJO, Neiva Cristina de; BARBOSA, Vanessa de Souza Rocha. Do direito sucessório ante à pluriparentalidade: o direito à herança dos pais biológico e afetivo. **Civilistica.com.**, Rio de Janeiro, ano 4, n. 2, p. 1-22, 2015.

⁵² A decisão reforça e dá arrimo à tese que será sustentada, porém não esgota o tema, uma vez que não aborda o papel da socioafetividade como causa de inclusão ou exclusão de sucessores com outras relações de parentesco com o falecido, como irmãos, sobrinhos, tios, avós etc.

1 A TEORIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

1.1 APONTAMENTOS SOBRE DIREITO E ECONOMIA

1.1.1 Análise Econômica do Direito

“Pessoas respondem a incentivos e desincentivos. Chicotes e cenouras funcionam [...]”
Charles Murray

O que é uma teoria? Em linhas gerais pode-se afirmar que é um esforço para, por meio de determinado conjunto de crenças, entender certas questões do mundo. É como uma lupa através da qual se analisa determinado objeto. E, conforme o tipo de lupa – lupa de mão, lupa de apoio, lupa tipo régua etc. – ter-se-á diferentes visões sobre um mesmo objetivo. Todas as lupas permitem, em algum grau, uma imagem virtual, direta e maior do objeto, porém, conforme a convergência de suas lentes, pode-se ver frações de centímetros, milímetros ou micrometros, todas do mesmo objeto. Para cada visão maior será possível descrever diferentes aspectos do mesmo objeto, antes não apreendidos a olho nu. Muito embora sejam descrições diferentes, ainda assim, o objeto é o mesmo. Teorias são como lupas.

No presente trabalho serão utilizadas algumas ferramentas da teoria da Análise Econômica do Direito (AED) como meio para analisar, de forma crítica, a disciplina sucessória no Brasil. Será por meio dessa “lente” interdisciplinar que agrega direito e economia que a tese será desenvolvida. Para tanto, cabe, de plano, entender alguns dos postulados básicos dessa teoria.

A Análise Econômica do Direito constitui, em linhas gerais, um novo enfoque sobre o fenômeno jurídico, através do qual se recorre a conceitos econômicos – como escassez, maximização racional, eficiência, custo de oportunidade, incentivos etc. – para compreender o direito e suas implicações no mundo fático. Nada mais é do que que a aplicação da teoria econômica e de métodos econométricos para o exame de determinado ordenamento jurídico e suas instituições, conforme doravante se observará.

A Análise Econômica do Direito ao longo do seu desenvolvimento deu origem a diversas correntes teóricas autônomas, as quais guardam linhas de argumentação específicas e distintas entre si, muita embora todas possuam alguns denominadores comuns, como consenso a respeito dos seus principais conceitos e pressupostos básicos.

Richard A. Posner, um dos principais porta-vozes do movimento de direito e economia, observou que a disciplina, inicialmente, foi dividida em dois ramos.⁵³

O primeiro, via Adam Smith, com a obra *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, em português *A Riqueza das Nações*, que analisa os efeitos econômicos das leis que regulam os mercados explícitos. Para Smith, a liberdade de concorrência seria a solução para o equilíbrio do mercado, não devendo existir leis que intervenham nesse equilíbrio. Ou seja, a “mão invisível” do mercado seria suficiente para regular os preços e trazer equilíbrio ao mercado, sem influência externa do direito. É geralmente aceito que a sua obra foi o marco inaugural do pensamento econômico clássico, conhecido como a doutrina da não intervenção do Estado, com uma visão menos intervencionista do Direito no mercado, com exceção das hipóteses de falhas no mercado.⁵⁴

O segundo ramo teve sua origem no trabalho de Jeremy Bentham, na obra *A Fragment on Government and an Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, o qual associou legislação e utilitarismo. Bentham defendia que o ser humano tomava suas decisões sempre com vistas a maximizar seu prazer/felicidade e diminuir sua dor. Os indivíduos eram “maximizadores racionais” de seus próprios interesses em todos os aspectos da vida. Em razão disso, considerava a boa ação ou a boa regra de conduta tendo como parâmetro a utilidade e o prazer que poderiam proporcionar a um indivíduo e à coletividade. Suas proposições deram origem a teoria utilitarista (ao lado de outros expoentes, como John Stuart Mill), escola que antecedeu à Análise Econômica do Direito. Resumidamente, tanto o utilitarismo como a Análise Econômica do Direito fundam-se na premissa de maximização racional das escolhas pelos indivíduos – em busca do prazer/felicidade.⁵⁵

Jeremy Bentham afirmava que a premissa econômica de que as pessoas são maximizadoras racionais de suas satisfações poderia ser aplicada em todos os campos da atividade humana, não apenas nos mercados explícitos da econômica. Assim, para confirmar sua hipótese, aplicou sua teoria ao estudo do direito penal, no qual defendeu que a decisão de cometer um delito ou vender um cavalo giravam, em ambos os casos, em torno de um preço. No mercado de equinos a avaliação ou o preço era monetário. Já no “mercado do crime”, a avaliação ou preço se dava pela gravidade do castigo ou da pena. Logo, as normas de direito penal se reduziram a estabelecer um “preço” pelo delito. Conforme maior a

⁵³ ROEMER, Andrés. **Introducción al análisis económico del derecho**. Trad. José Luis Pérez Hernandez. México: Fondo de Cultura Económica, 1994. p. 6; Nesse mesmo sentido sustenta Raquel Sztajn: SZTAJN, Raquel. Law and economics. *In*: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & economia – análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 74.

⁵⁴ SMITH, Adam. **A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas**. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

⁵⁵ BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Trad. Luís Paulo Baraúna. 3. ed. São Paulo: Abril, 1989. p. 3.

severidade da pena e maiores as chances de ela ser aplicada, maior seria o “preço” a ser pago pelo cometimento de uma infração penal.⁵⁶

Segundo Ejan Mackaay, Smith e Bentham, ao lado de outros autores, como Bellamy, Beccaria, estariam entre os precursores da ciência econômica ou das bases que futuramente serviriam para o desenvolvimento da Análise Econômica do Direito.⁵⁷

Há, todavia, autores dissidentes quanto a tese de Mackaay. Guiomar T. Estrella Faria sustenta que Karl Marx, em seu estudo preparatório para a obra *O Capital*, intitulado *Para a Crítica da Economia Política*, foi quem, pela primeira vez, aproximou o direito dos conceitos e modo de pensar da ciência econômica, quando afirmou que a ordenamento jurídico, imperante nas “sociedades burguesas”, era quem dava arrimo ao modo de produção capitalista.⁵⁸

Se, por um lado, existe certa dissidência entre quem são, de fato, os autores que primeiro aproximaram o universo jurídico do econômico, há, por outro lado, uma unicidade no tocante aos responsáveis pela fundação do movimento denominado Análise Econômica do Direito – que marca o nascimento da aplicação da teoria econômica ao direito em atividades não apenas de mercado, mas também em quaisquer atividades da vida humana.⁵⁹ O prelúdio do movimento teria sido capitaneado por Ronald H. Coase⁶⁰, Guido Calabresi e Richard Posner.⁶¹

⁵⁶ BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Trad. Luís Paulo Baraúna. 3. ed. São Paulo: Abril, 1989. p. 3.

⁵⁷ Nesse sentido, Ejan Mackaay “2. Precursors [...] Economics as a science may be considered to go back to the late eighteenth century, when Adam Smith wrote his *Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* as part of what later came to be called the Scottish Enlightenment (Robertson, 1987). [...] Other thinkers of the late eighteenth century also displayed insights now considered part of law and economics. Prominent amongst these are Beccaria and Bellamy ([1764] 1995), for the dissuasive effect of criminal sanctions, and Bentham, in his calculus of pains and pleasures, applied to a variety of legal questions (Bentham, [1789] 1948). But all of these writings did not amount to a systematic understanding of law through a rational choice model.”. MACKAAY Ejan. *History of law and economics* (0200). In: BOUCKAERT, Boudewijn; GEEST, Gerrit de (dir.). **Encyclopedia of law and economics**. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishers, 2000. p. 67-68.

⁵⁸ FARIA, Guiomar Theresinha Estrella. **Interpretação econômica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 19-22.

⁵⁹ Segundo Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Junior, “os autores costumam dividir o movimento em ‘old law and economics’ e ‘new law and economics’”, para separar os precursores do movimento de aproximação do direito e da econômica dos autores responsáveis pelo fundamento da Análise Econômica do Direito. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 55.

⁶⁰ GONÇALVES, Oksandro Osdival; VOSGERAU, Douglas Ramos. A extrafiscalidade como política pública de intervenção do Estado na Economia e desenvolvimento: o ICMS ecológico e o IPI de veículos automotores. **Ciências Sociais Aplicadas em Revista (Online)**, Marechal Cândido Rondon-PR, v. 13, n. 24, p. 207-221, jan./jun. 2013. p. 209.

⁶¹ Nesse sentido: SZTAJN, Raquel. Law and economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & economia – análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 74. Alguns autores também incluem Gary Becker, com o artigo intitulado “*Crime and punishment: an economic approach*” (Crime e Punição: uma abordagem econômica), de 1968, entre os precursores da teoria econômica. BECKER, Gary. Crime and punishment: an economic approach. **The Journal of Political Economy**, v. 76, n. 2, p. 169-217, mar./apr. 1968. Nesse sentido: ROEMER, Andrés. **Introducción al análisis económico del derecho**. Trad. José Luis Pérez Hernandez. México: Fondo de Cultura Económica, 1994. p. 8-9; BATTESINI, Eugenio;

A grande novidade que caracteriza o movimento da Análise Econômica do Direito reside na construção de um estudo interdisciplinar do direito que tem como base a utilização de categorias e instrumentos da economia, de modo particular da microeconomia neoclássica e da economia do bem-estar, para explicação do sistema jurídico. A interpretação e a avaliação das normas passam ser realizadas a partir de pressupostos da economia e todo o sistema jurídico passa a ser analisado a partir da racionalidade econômica. São colocados no centro dos estudos jurídicos os problemas relativos à eficiência do direito, dos custos envolvidos na busca pelos seus fins e das consequências econômicas das intervenções jurídicas. Toda essa nova forma de estudar o fenômeno jurídico passar a ser aplicada aos mais diversos setores do ordenamento jurídico.⁶²

Ronald H. Coase, professor da Universidade de Chicago, deu início à corrente teórica por meio da publicação do artigo intitulado “*The problem of social cost*”, em 1960, que lhe rendeu, posteriormente, em 1991, o prêmio Nobel.⁶³ No artigo, Coase discorre sobre o “custo social” ou os efeitos externos produzidos pelas atividades econômicas, demonstrando que as atividades geram custos para ambas as partes – o que Coase denomina de “custos de transação”⁶⁴ – e, por essa razão, os prejuízos são sempre de natureza recíproca. Logo, caberia a cada uma das partes, diante de uma situação que gere custos para ambas, barganhar visando chegar em um resultado ótimo, ou seja, o menor prejuízo globalmente considerado. Quando a barganha falhasse ou a solução apresentada espontaneamente pelo mercado não fosse ótima, caberia ao ordenamento atribuir a titularidade do direito à uma das partes, considerando não quem deu “causa” ao dano – já que os prejuízos são sempre de natureza recíproca –, mas sim quem tem condições de suportar o ônus de maneira mais eficiente, ou seja, de forma a gerar a maximização de riqueza. Portanto, a norma de “justiça”, para Coase, era evitar o prejuízo mais grave, considerando o efeito total em todas as esferas da vida.⁶⁵

Guido Calabresi, professor da Universidade de Yale, robusteceu o movimento teórico com a publicação do artigo intitulado “*Some thoughts on risk distribution and the law of torts*”, em tradução livre “Algumas considerações sobre a distribuição de riscos e o Direito sobre

BALBINOTTO NETO, Giacomo; TIMM, Luciano Benetti. O movimento de Direito e Economia no Brasil. In: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 17.

⁶² MERCADO PACHECO, Pedro. La construcción teórica del análisis económico del derecho. **REGAP: Revista galega de administración pública**, n. 30, p. 15-43, 2002. p. 17.

⁶³ COASE, Ronald H. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, v. 3, oct. 1960. p. 1-44.

⁶⁴ Posteriormente, Oliver Williamson, partindo da teoria da firma de Coase, elabora a “Teoria dos Custos de Transação”, um dos novos componentes da nova econômica institucional.

WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting**. New York: Free Press, 1985.

⁶⁵ COASE, Ronald. O problema do custo social. **The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies**. v. 3, n. 1, article 9, 2008.

Ilícitos Civis”. O jurista analisou, sob a ótica da teoria econômica, a regulação da responsabilidade civil.⁶⁶

Por fim, Richard Posner, com a celebre obra *Economic Analysis of Law*, publicada em 1972, sedimentou o movimento. Professor de Direito de Universidade de Chicago e Juiz da Corte de Apelação dos Estados Unidos, Posner inova ao realizar o primeiro estudo sistematizado de diversos setores do sistema jurídico norte-americano a partir da perspectiva da análise econômica, avaliando sob a perspectiva da teoria econômica desde o direito comercial até o direito de família. Sua obra também reúne as principais teses da Escola de Chicago, de maneira clara e acessível, tendo se tornado, por essas razões, uma das grandes referências sobre a teoria por, pelo menos, 10 anos subsequentes a publicação.

Diante do exposto, denota-se que o marco divisor de águas entre os precursores do movimento – Adam Smith e Jeremy Betham – e os fundadores ou propositores do movimento – Ronald H. Coase, Guido Calabresi, Richard Posner, entre outros – reside na aplicação da teoria econômica as mais diversas questões jurídicas (liberdade de expressão, direito de família, responsabilidade civil e penal etc.). Nesse sentido, Guido Alpa afirma que “A aplicação da economia ao direito não é, em si, nem nova, nem controvertida. O que é novo e controvertido é a variedade de problemas no mundo do direito aos quais a teoria econômica está sendo aplicada, neste livro e alhures.”.⁶⁷

A partir da proposição do paradigma ou lançamento da teoria (1957-1972)⁶⁸, a Análise Econômica do Direito passou a ser desenvolvida de maneira progressiva, tendo influenciado fortemente o mundo jurídico nos Estados Unidos da América e se expandido ao redor do mundo. Começaram a se sedimentar diversas escolas de pensamento em torno da Análise Econômica do Direito, tais como: (i) Escola de Chicago – a corrente principal; (ii) os institucionalistas; (iii) os neoinstitucionalistas ou Nova Economia Institucional; (iv) a Escola da Escolha Pública; (v) escolas da *Behavioral Law and Economics* (direito e economia comportamental) etc.

A partir dos trabalhos desenvolvidos por Richard Posner e Guido Calabresi, funda-se uma divisão geral acerca das formas de investigação ou enfoque dentro da EAD, conhecidas como “análise positiva” e “análise normativa”. Enquanto Posner realiza uma análise do direito posto e sua eficiência (análise positiva), Calabresi examina, em especial no seu livro *The cost*

⁶⁶ CABABRESI, Guido. Some thoughts on risk distributions and the law of torts. **The Yale Law Journal**, v. 70, n. 4, 1961.

⁶⁷ ALPA, Guido. Interpretazione economica del diritto. **Rivista del Diritto Commerciale**, Milano,; F. Vallard, ano 1979, lul./dec. 1981. p. 15.

⁶⁸ Segundo Mackaay e Rousseau, a história da Análise Econômica do Direito pode ser dividida em 4 fases, sendo elas: (i) o lançamento (1957-1972); (ii) a aceitação do paradigma (1972-1980); (iii) debate sobre os fundamentos (1980-1982); e (iv) o movimento ampliado (a partir de 1982). MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 9.

*of accidents: a legal and economic analysis*⁶⁹, de que modo pode-se alterar as estruturas normativas e instituições, via pensamento econômico, para controlar melhor os acidentes – ou seja, qual seria a forma ideal de regulação ótima da responsabilidade civil em casos de acidentes.⁷⁰

Assim, pode-se dizer, de forma resumida, que a primeira linha – análise positiva – cuida de explicar o mundo atual e a segunda – análise normativa – de como mudá-lo para melhor. De tal modo, enquanto a primeira visa responder à pergunta “Quais os efeitos de um determinado enquadramento jurídico?”, a segunda procura responder à questão “Qual enquadramento jurídico deveria existir para tornar o mundo melhor ou mais eficiente?”.

Dito de maneira mais específica, o grupo de análise positiva dedica-se ao estudo da escolha racional, admitindo que as pessoas fazem escolhas em razão de influências externas, do sistema de incentivos a que estão submetidas, de modo que alterarão seus comportamentos de acordo com a mudança de custos ou benefícios a que estão submetidas. Assim, se determinado enquadramento legislativo atribui a uma conduta ou comportamento uma conotação negativa, seja via proibição ou sanção, a sua relação custo-benefício torna-se menos atrativa. Logo, a lei pode ser pensada como um sistema de incentivos e ser analisado quais os efeitos de seus incentivos no mundo real – se são eficientes ou não. Por outro lado, o grupo de análise normativa volta sua atenção para a eficiência das normas. Se o objetivo é proibir ou incentivar determinada conduta, qual a melhor forma de chegar ao resultado esperado? A análise normativa nos mostrará qual o melhor caminho para alcançar o objetivo almejado – que a conduta seja ou não seja praticada.⁷¹

Nesse sentido sintetiza Ivo T. Gico Junior:

a AED positiva nos auxiliará a compreender o que é a norma jurídica, qual a sua racionalidade e as diferentes conseqüências prováveis decorrentes da adoção dessa ou daquela regra, ou seja, a abordagem é eminentemente descritiva/explicativa com resultados preditivos. Já a AED normativa nos auxiliará a escolher entre as alternativas possíveis a mais eficiente, isto é, escolher o melhor arranjo institucional dado um valor (vetor normativo) previamente definido.⁷²

De modo mais ou menos semelhante são as lições de Luciano Benetti Timm:

⁶⁹ CALABRESI, Guido. **The cost of accidents**: a legal and economic analysis. New Haven; London: Yale University Press, 1970.

⁷⁰ SZTAJN, Raquel. Law and economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & economia** – análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 77; ROEMER, Andrés. **Introducción al análisis económico del derecho**. Trad. José Luis Pérez Hernandez. México: Fondo de Cultura Económica, 1994. p. 12-13; PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Curso de law and economics**. São Paulo: Campus, 2004. p. 21-22.

⁷¹ RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito**: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007. p. 34.

⁷² GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, n. 1, p. 7-33, 2010. p. 20.

A AED, em grosseira síntese, tem fundamentalmente dois diferentes ângulos de estudo. O positivo – que trabalha com a tentativa de descrição da realidade – e o normativo – que vai além das descrições empíricas e passa a fazer julgamentos prescritivos. A AED positiva, então, esforça-se em mostrar como as normas jurídicas evoluíram de modo a agregar eficiência à sociedade, diminuindo custo das transações e estimulando as relações econômicas. Já a AED normativa emitirá opiniões sobre a adequação ou não de determinadas regras jurídicas a fins últimos.⁷³

Transplantando essa divisão para o tema da presente pesquisa, pode-se, por meio da Análise Econômica do Direito positiva, investigar quais são os efeitos ou consequências sociais do atual sistema de direitos sucessórios no Brasil e, por meio da Análise Econômica do Direito normativa, pesquisar o que poderia ser alterado nesse sistema para torná-lo mais eficiente – considerando um novo anseio social vigente (um novo vetor normativo).

De tudo que foi dito cabe responder, de forma objetiva, a indagação formulada no presente tópico: o que é a Análise Econômica do Direito? A partir das incursões realizadas, pode-se concluir que a Análise Econômica do Direito é uma teoria, nascida por volta dos anos 60 nos Estados Unidos da América, que comporta várias correntes teóricas autônomas, como Escola de Chicago, Escola de Yale, Escola da Escolha Pública, dentre outras, possuindo dois enfoques, um baseado na análise do que é o direito (e as suas consequências) e a outra o que deve ser (como as normas podem ser arquitetas com vistas a alcançar um determinado valor pré-definido).

Nas palavras de Paula Andrea Forgioni “as normas jurídicas nada mais são que incentivos ou não-incentivos a que os agentes econômicos atuem de determinada forma. A sanção é simplesmente um preço que será valorado pelo agente econômico conforme a lógica do custo/benefício [...]”.⁷⁴ Por essa razão, “a abordagem juseconômica investiga as causas e as consequências das regras jurídicas e de suas organizações na tentativa de prever como cidadãos e agentes públicos se comportarão diante de uma dada regra e como alterarão seu comportamento caso essa regra seja alterada.”⁷⁵

À luz do exposto, conclui-se que a Análise Econômica do Direito consiste em uma teoria que consegue avaliar as normas jurídicas a partir da estrutura de incentivos que elas criam e identificar qual será a reação, comportamento ou resposta a um determinado incentivo que as pessoas terão. Ou seja, qual é o comportamento adotado diante de determinada norma

⁷³ TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica do direito: breves notas. **Revista Jurídica UNIGRAN**. Dourados, MS, v. 20, n. 40, jul./dez. 2018. p. 14.

⁷⁴ FORGIONI, Paula Andrea. Análise econômica do direito (AED): paranóia ou mistificação. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 54, n. 139, p. 243-256, 2005. p. 248.

⁷⁵ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, n. 1, 7-33, 2010. p. 20-21.

e qual norma deve ser adotada com vistas a alterar o referido comportamento para alcançar determinada conduta predefinida.⁷⁶

1.1.2 Premissas fundamentais para a aplicação da Análise Econômica do Direito

“Já passou da hora de os juristas descerem de suas torres de marfim, de suas faculdades distantes, e comecem a estudar a realidade.”
Ivo Teixeira Gico Junior

Embora exista uma teoria ou um movimento teórico denominado Análise Econômica do Direito, existem diversas linhas de argumentação ou correntes teóricas desenvolvidas dentro da “macroteoria” Análise Econômica do Direito, tais como Escola de Chicago, a Escola da *Public Choice*, os Institucionalistas e os Neoinstitucionalistas, apenas para citar algumas. Há, ainda, algumas vertentes ou teorias que não se enquadram como escolas, contudo as contemplam, tal como a Teoria dos Jogos, o Direito e a Economia Comparados, o Direito e a Economia Experimental, o Direito e a Economia Comportamental, entre outros.⁷⁷

O que une, de certo modo, todas as correntes teóricas sob o mesmo signo Análise Econômica do Direito são as similitudes e consensos compartilhados, de forma mais ou menos homogênea, acerca dos principais conceitos ou premissas fundamentais da teoria.⁷⁸

Nesse sentido é a ressalva de Pedro Mercado Pacheco:

Definir hoy el AED es una labor de extrema dificultad, porque tras años de desarrollos, debates y críticas, en dicho movimiento se detectan tendencias, autores y perspectivas tanto metodológicas como ideológicas tan distintas que incluso cabría dudar de la utilidad de referirse a dicho movimiento y a todos sus desarrollos como algo homogéneo. No obstant esa dificultad, es necesario al menos señalar cuáles sean los pilares básicos sobre los que se ha construido este peculiar enfoque económico del derecho, aunque este esfuerzo de presentación de sus tesis fundamentales implique sacrificar en esta exposición los detalles y matices de las numerosas y plurales aportaciones que se inscriben en este movimiento.⁷⁹

⁷⁶ “Além de uma teoria científica do comportamento, a economia fornece um padrão normativo útil para avaliar o direito e as políticas públicas. As leis não são apenas argumentos arcanos, técnicos; elas são instrumentos para atingir objetivos sociais importante”. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 26.

⁷⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? **Cadernos Direito GV**, São Paulo: FGV Direito, v. 5, n. 22, 2008. p. 11.

⁷⁸ “A definição de Law & Economics acima, mesmo comum e geralmente aceita é traduzida de forma muito diferente dentro do próprio movimento pelos diversos autores que se debruçaram em delineá-lo nos últimos 50 anos. Ou seja, o movimento de Law & Economics tem diversas correntes de interpretação, apesar de ser uma única escola. O que difere nos estudos dos diversos autores é o ponto de partida para a aplicação de certos princípios nos muitos aspectos da vida econômica.”. PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Curso de law and economics**. São Paulo: Campus, 2004. p. 16.

⁷⁹ MERCADO PACHECO, Pedro. La construcción teórica del análisis económico del derecho. **REGAP: Revista galega de administración pública**, n. 30, p. 15-43, 2002. p. 15-16.

De agora em diante serão apresentados algumas dessas premissas comuns ou premissas fundamentais para aplicação da Análise Econômica do Direito, como racionalidade maximizadora, escassez, equilíbrio, incentivos, entre outros. O objetivo é situar o leitor acerca de alguns conceitos centrais e necessários para compreender a tese que será sustentada.

Alguns desses conceitos servirão, ao longo da pesquisa, para explicar por qual razão as pessoas têm deixado de prestar assistência material e moral aos membros da família na contemporaneidade (as pessoas escolhem) e compreender como o condicionamento do recebimento da herança a existência de um comportamento de entreatajuda, cuidado, convivência, solidariedade etc. – a tese principal da investigação científica – pode incentivar as pessoas a adotar esse comportamento umas com as outras. Portanto, apreender tais conceitos é fundamental para compreender a tese.

De acordo com Andrés Roemer, os investigadores que lançam mão da Análise Econômica do Direito comungam, de um modo geral, de três premissas ou teses: **(i)** a primeira: as pessoas atuam como maximizadoras racionais ao decidirem quaisquer questões que digam respeito à sua vida, desde casar-se ou divorciar-se, cometer ou se abster de cometer um delito, litigar ou pôr fim a um litígio. Portanto, o homem é um maximizador racional em todos os campos da sua vida, guiando suas decisões de acordo com o maior benefício e menor custo que cada escolha seja capaz de lhe prover, dentro de suas percepções pessoais de custo e benefício. Para tanto, deve-se ter em mente três questões à respeito da maximização racional: a) a relação inversa entre preço e quantidade; b) a ideia de custo como “custo de oportunidade” ou “trade-off”⁸⁰, vale dizer, o custo como sacrifício da segunda melhor alternativa (quando se tem duas opções possíveis, a escolha de uma gera, automaticamente, o descarte da outra, ou seja, o custo de escolha da primeira é o descarte da segunda opção); c) aos recursos são atribuídos valor de uso maior quando se permite seu intercâmbio. Logo, quando um recurso se movimenta, a tendência é ser alocado em um local onde é mais valorizado; **(ii)** a segunda: as normas jurídicas criam um sistema de preços (custos e benefícios) implícitos para determinadas condutas. A conduta “cometer um crime” tem como preço pagar uma pena. A conduta “causar um dano” tem como preço pagar uma indenização. O objetivo é desincentivar a prática desses comportamentos, colocando um “preço” pela sua prática (que pode ser pagar uma indenização ou até mesmo perder a liberdade, no caso de uma condenação criminal). Logo, é possível examinar as respostas que os indivíduos fornecem diante de um determinado sistema jurídico, assim como os economistas examinam as respostas dos consumidores diante dos preços explícitos de qualquer bem ou serviço no

⁸⁰ No âmbito da economia, a expressão *trade-off* designa também o chamado “custo de oportunidade”, que representa o que uma pessoa deixa de usufruir de uma coisa por ter escolhido outra.

mercado econômico; **(iii)** a terceira: as normas, procedimentos e instituições do direito podem permitir que o sistema econômico tenha resultados mais eficientes do que a concorrência efetiva produziria (em um livre mercado que opera com externalidades negativas, problemas de monopólio e informação).⁸¹

Por sua vez, Armando Castelar e Jairo Saddi afirmam que a identidade que unifica a abordagem econômica sobre o direito reside em três pressupostos de uma análise microeconômica, a saber: **(i)** “existe maximização racional das necessidades humanas” – isso quer dizer que as pessoas sempre irão se engajar de modo a obter o melhor para si, para ter maior bem-estar ao invés de menor bem-estar (dentro daquilo que cada uma considera para si “bem-estar”). Portanto, os indivíduos tomam suas decisões sempre, ou na maioria das vezes, com vistas a maximizar seus proveitos. Assim, uma decisão ou um comportamento somente é adotado toda vez que o benefício obtido com essa conduta superar os custos despendidos para tê-la. Transplantando tal questão para o campo do Direito, significa dizer que os sujeitos respeitarão uma norma quando o custo de sua transgressão for maior que o benefício auferido com o seu descumprimento. O condutor de um veículo somente para no sinal vermelho porque é mais benéfica (ou menos custosa) tal atitude do que infringir o sinal e receber uma multa de trânsito. Um contratante descumpra os termos de um contrato quando lhe é mais benéfica a conduta “ilegal” em relação as sanções que lhe serão aplicadas pelo descumprimento;⁸² **(ii)** “os indivíduos obedecem a incentivos de preços para conseguir balizar o seu comportamento racional” – se os indivíduos buscam, a todo momento, maximizar suas satisfações de forma racional, pode-se concluir que vivemos em um mercado implícito de “preços” que balizam todo e qualquer comportamento humano. Cada ação humana sempre se dá em resposta a um sistema de incentivos de preços. No direito os preços são, via de regra, estabelecidos via sanções, que vão desde uma multa, indenização, até reclusão/prisão, no caso de infrações penais. Por essa razão que Posner define como tarefa básica do Direito, numa perspectiva econômica, a de manipular corretamente os incentivos, direcionando os comportamentos conforme os benéficos sociais a serem atingidos;⁸³ **(iii)** “regras legais podem ser avaliadas com base na eficiência de sua aplicação, com a consequente máxima de que prescrições normativas devem promover a eficiência do sistema social” – a terceira e última premissa reside na finalidade das normas jurídicas, a qual, segundo a abordagem mais comum da Análise Econômica do Direito, deve mirar a eficiência, vale dizer a “maximização da riqueza”, considerando que vivemos em um mundo de recursos escassos. Logo, de um

⁸¹ ROEMER, Andrés. **Introducción al análisis económico del derecho**. Trad. José Luis Pérez Hernandez. México: Fondo de Cultura Económica, 1994. p. 12-13.

⁸² PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Curso de law and economics**. São Paulo: Campus, 2004. p. 22.

⁸³ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Curso de law and economics**. São Paulo: Campus, 2004. p. 23.

modo geral, para os seguidores do movimento Análise Econômica do Direito a finalidade da norma não é simplesmente a “justiça” em termos éticos ou morais, mas sim a justiça em termos econômicos, que significa alcançar a eficiência ou a maximização da riqueza ou do bem-estar social (dentro do que cada sociedade considera como bem-estar social).⁸⁴ A questão será doravante melhor explicitada, em tópico específico sobre o tema “eficiência e justiça”.⁸⁵

Para Pedro Mercado Pacheco, a Análise Econômica do Direito tem como premissa básica aplicar dois postulados fundamentais da economia, a maximização de riqueza e a eficiência, como objetivos fundamentais das normas jurídicas. Para tanto, os aplicadores da Análise Econômica do Direito laboram, de um modo geral, sobre duas bases comuns: *(i)* quando não há custos de transação, ou seja, o mercado funciona em condições perfeitas, sem qualquer desequilíbrio, não cabe ao Direito qualquer intervenção no mercado. Nesse sentido, assinala que “La función del derecho en estas situaciones es la de proveer las condiciones ambientales de tal mercado, es decir, la seguridad y la libertad de contratación. [...]”; *(ii)* por outro lado, quando os custos de transação existem, ou seja, são custos de transação positivos – o que ocorre na maioria dos casos –, cabe ao Direito reduzir os prejuízos ou externalidades, vale dizer, “En este caso las normas preferibles son aquellas que reduzcan al mínimo los costes de transacción.”. Diante do exposto, evidencia-se que “La directriz que emana de estas prescripciones es la estructuración de un sistema jurídico racionalizado de acuerdo con el objetivo de la eficiencia en la distribución de los recursos.”.⁸⁶

Denota-se que as perspectivas de Andrés Roemer, Armando Castelar e Jairo Saddi se assentam em premissas gerais, aplicáveis a quaisquer situações jurídicas, desde a análise de normas de Direito de Família, para explicar a tomada de decisões acerca do casamento e do divórcio, de Direito Penal, para entender por quais motivos as pessoas cometem ilícitos penais, até normas de responsabilidade civil, visando demonstrar quais os incentivos e desincentivos para se evitar que danos sejam causados. Já Pedro Mercado Pacheco apresenta alguns pressupostos, via de regra, aplicáveis ao mercado explícito, ou seja, quando se trata da análise de normas que dizem respeito a questões de natureza estritamente econômica, como direito contratual e responsabilidade civil.

Além desses postulados ou premissas básicas, também se faz necessário compreender algumas ferramentas ou conceitos centrais sobre os quais a Análise Econômica

⁸⁴ A definição de eficiência enquanto maximização de riqueza ou de bem-estar social as custas de minimização dos custos sociais é feita na chamada “Economia do Bem-Estar”.

⁸⁵ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Curso de law and economics**. São Paulo: Campus, 2004. p. 23.

⁸⁶ MERCADO PACHECO, Pedro. La construcción teórica del análisis económico del derecho. **REGAP: Revista galega de administración pública**, n. 30, p. 15-43, 2002. p. 34-36.

do Direito labora. São ferramentas analíticas típicas da Economia e que servem para compreender e explicar, também, o fenômeno jurídico: *(i)* escassez, *(ii)* custo de oportunidade, *(iii)* maximização racional, *(iv)* equilíbrio, *(v)* incentivos e *(vi)* eficiência.

A *(i)* escassez é um dos pontos de partida e um conceito básicos de todo pensando econômico. Escassez diz respeito a ausência de abundância, insuficiência ou finitude de recursos. Em uma sociedade na qual os recursos fossem infinitos, não existiria escassez, de modo que todos teriam tudo que quisessem e na quantidade que quisessem, sem que fosse necessário equacionar o uso dos recursos.⁸⁷

Para ilustrar a questão, imagine-se uma tribo que consome e vive apenas de recursos naturais, como a caça, a pesca e a coleta de frutos. Nessa hipótese os recursos naturais, em princípio, são fornecidos em abundância pela natureza. Logo, não há escassez e os membros da tribo conseguem viver em relativo conforto com os “bens” que têm acesso, podendo consumir à vontade, sem esgotar o que encontram no ambiente. Agora imagine-se que no seio dessa tribo seja inserido um bem ou recurso finito, como, por exemplo, uma garrafa de Coca-Cola. As crianças poderiam criar jogos com elas. As mulheres utilizá-la no auxílio de serviços domésticos. Os homens para lhes auxiliar na caça, pesca e coleta de frutos. No entanto, devido ao objeto ser finito, conflitos poderiam surgir quanto ao seu uso. Crianças, mulheres e homens podem desejar empregar o objeto em suas atividades, devido a sua utilidade, porém ele é finito, assim, faz-se necessário adotar regras para administrar o uso desse recurso raro, estabelecendo quem terá direito de usá-lo, por quanto tempo, em quais atividades etc., sob pena de instaurar-se o conflito em razão da disputa pelo manejo do objeto.

O exemplo acima ilustra a ideia de escassez. A escassez de recursos força os indivíduos a equacionar a sua alocação. Logo, faz-se necessário que sejam realizadas escolhas quanto ao seu uso. No mundo ocidental, essas “escolhas” são realizadas pelo ordenamento jurídico, visando inibir o conflito diante da escassez e regular o uso dos recursos de maneira justa (ou eficiente, de acordo com a Análise Econômica do Direito).⁸⁸

Diante da escassez e da necessidade de escolha quanto à alocação de recursos, surge outro termo comumente empregado na economia, o *(ii)* “custo de oportunidade” ou “*trade-off*”. Quando se tem duas ou mais possibilidades de alocação de um recurso, ao se escolher por uma das possibilidades de alocação, automaticamente, se descarta a segunda melhor opção disponível. À opção descartada dá-se o nome de “custo de oportunidade” ou

⁸⁷ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Análise Econômica do Direito e a Concretização dos Direitos Fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 11, n. 11, p. 304-329, jan./jun. 2012. p. 316.

⁸⁸ CASSI, Guilherme H. G.; GONÇALVES, Oksandro O. Introdução à análise econômica do direito. **Revista de Direito Empresarial: REDEMP**, ano 15, n. 1, jan./abr. p. 11-31, 2018. p. 19.

“*trade-off*”.⁸⁹ A título exemplificativo, caso uma pessoa tenha apenas um copo de água (recurso limitado) e queira tomar um chá, uma sopa e suco, terá que escolher pela utilização do líquido entre uma das três opções de uso. Ao escolher por utilizar a água no chá, terá que descartar a sopa e o suco – esses serão seus “*trades-off*”. O mesmo ocorre em relação aos demais bens da vida. Se uma pessoa necessita trabalhar, realizar atividades físicas e estudar, porém, somente tem tempo para realizar duas das atividades – nesse caso o recurso escasso é o tempo –, ao escolher pelo trabalho e pelo estudo, seu custo de oportunidade ou *trade-off* será a atividade física, em “outras palavras, abre-se mão de uma coisa para se ter outra, e aquilo de que se abre mão denomina-se ‘custo de oportunidade’”.⁹⁰

Sobre a noção de escassez também é importante delimitar três questões teóricas, quais sejam: (i) a escassez é relativa; (ii) a escassez é subjetiva; e (iii) a escassez se revela mediante o conflito.

A escassez é relativa, pois os bens são escassos em relação as preferências de uso que os indivíduos ou as sociedades atribuem a eles. Assim, um bem abundante antigamente, como o petróleo, nos dias de hoje, torna-se cada vez mais escasso em razão das novas utilidades que lhes vão sendo atribuídas ao longo dos tempos. Isso porque, o petróleo, que inicialmente servia apenas para iluminação, hoje é utilizado como matéria-prima para uma série de segmentos, desde combustível na indústria automobilística até a produção de plástico utilizado nos mais diversos segmentos de consumo. Diante da finitude e limitação quantitativa de petróleo, foram criadas instituições para sua adequada alocação. Normas estabelecendo um preço pelo seu uso, permitindo que cada um se sirva do petróleo sem o desperdiçar ou adaptando suas necessidades ao seu uso. A existência da escassez também pode fomentar a criação de mecanismos para enfrentá-la, como, por exemplo, a descobertas de novas fontes de energia em substituição ao petróleo – como os veículos movidos à energia elétrica e a gás.⁹¹

A escassez também é subjetiva. Um bem torna-se escasso conforme se atribui valor de uso para ele. Assim sendo, um bem escasso para uma pessoa, pode não ser escasso para outra. Se uma pessoa vive próximo do seu trabalho e pode ir até o trabalho a pé, um carro próprio não lhe tem valor de uso. Logo, não há escassez. Porém se uma pessoa reside em local distante do trabalho, sem transporte público, um veículo automotor tem valor de uso e,

⁸⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 53.

⁹⁰ CASSI, Guilherme H. G.; GONÇALVES, Oksandro O. Introdução à análise econômica do direito. **Revista de Direito Empresarial: REDEMP**, ano 15, n. 1, p. 11-31, jan./abr. 2018. p. 20; TEIXEIRA, Pedro Freitas; RODRIGO, Rafael Sinay; BORBA, Rabelo Tavares. A análise econômica do direito na axiologia constitucional. **Revista do BNDES**, ed. 42, dez. 2014. p. 187.

⁹¹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 27-28.

portanto, torna-se um bem escasso. Denota-se, portanto, que escassez é subjetiva e vária conforme cada indivíduo lhe atribui valor de uso.⁹²

Por fim, tem-se que a escassez somente ocorre quando um bem deixa de existir em quantidade suficiente para que todos possam fazer o seu uso. Por qual razão não se regulamenta o uso do ar? A resposta é simples: devido a sua abundância, não há disputa pelo seu uso (até o presente momento). Todos têm acesso ilimitado ao ar. Seria supérfluo regular o seu uso. Lado outro, por qual razão se regulamenta o uso do petróleo? Diante da sua escassez, as pessoas poderiam valer-se da violência para delimitar quem teria o direito de uso do petróleo. Nesse caso o mais forte ou que conseguisse destruir o adversário, poderia usar o recurso. No entanto, as instituições jurídicas servem para contornar essa situação. Elas proíbem o uso da violência como forma de resolução pelo conflito que nasce da escassez e regulamente como será o uso do bem. O critério, nesse caso, é econômico. Usa quem pode pagar pelo recurso. Porém, poderiam ser estabelecidos outros critérios de uso. Por exemplo, a classe (apenas os mais abastados poderiam usar), o sexo (apenas as mulheres teriam acesso ao recurso), a fila (os que estivessem em primeiro lugar teriam preferência de uso) etc. Portanto, denota-se que o Direito é uma resposta à escassez. Um mecanismo, alternativo à violência, para regular o uso de recursos escassos.⁹³

Diante da escassez dos recursos, ao realizar suas escolhas, o ser humano atua como maximizador da utilidade em todas as áreas da vida. Vale dizer, o homem é um maximizador dos seus interesses. Suas escolhas atendem seus interesses pessoais e buscam seu máximo bem-estar. A esse fenômeno ou pressuposto da teoria econômica atribui-se o nome de *(i)* maximização racional⁹⁴, ou, simplesmente, maximização⁹⁵.

O utilitarismo foi uma das primeiras escolas a trabalhar com o conceito de maximização racional. Esse conceito baseia-se na ideia de que o ser humano sempre tenta maximizar seu bem-estar em qualquer esfera de sua vida, e não apenas em assuntos financeiros, que digam respeito a questões monetárias.⁹⁶

Assim, a noção de maximização racional pressupõe, de modo geral, que os indivíduos agem calculando os custos e benefícios de cada escolha realizada e, sabendo da utilidade de cada uma das opções de escolha disponíveis, escolhem aquela que lhes traga maior utilidade.

⁹² MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 28.

⁹³ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 29-30.

⁹⁴ Atribui-se a Jeremy Bentham a formulação do princípio da maximização racional.

⁹⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 36.

⁹⁶ ROEMER, Andrés. **Introducción al análisis económico del derecho**. Trad. José Luis Pérez Hernandez. México: Fondo de Cultura Económica, 1994. p. 6-7.

Ou, ainda, que diante da necessidade de se realizar uma escolha, os agentes escolherão a alternativa que lhes oferecerá mais benefícios do que os eventuais custos que podem advir da opção descartada.⁹⁷ A esse pressuposto deu-se o nome de “Escolha Racional”.⁹⁸

A maximização racional também parte da premissa de que a avaliação das melhores alternativas existentes diante de um quadro posto é constante e faz com que os agentes econômicos sempre realizem escolhas que atendam seus interesses pessoais – visando seu próprio bem-estar ou a maximização do seu próprio bem-estar –, sejam eles quais forem. A ideia de “bem-estar” é subjetiva, de modo que cada sujeito constrói e possui sua própria ideia do que é melhor para si. Nesse sentido, pode-se afirmar que “[...] a escolha racional é subjetiva, ou seja, depende dos padrões de desejo de quem escolhe, não sendo possível eleger uma escala do que é mais útil de forma universal, para todos os agentes [...]”.⁹⁹

Aqui cabe uma ressalva de extrema importância. A noção de interesse pessoal (ou bem-estar) é amplíssima e não compreende apenas benefícios econômicos. Até o altruísmo é uma forma de satisfação pessoal. Quando um indivíduo presta caridade a outro, sendo solidário, embora o objetivo direto seja “ajudar ao próximo”, o objeto indireto é a satisfação pessoal que o altruísmo traz ao ser humano, como, por exemplo, a sensação de dever ético ou moral cumprido, o reconhecimento perante a comunidade, o cumprimento de preceitos de cunho religioso etc. Na análise econômica do Direito de Família, por exemplo, o altruísmo, como elemento de satisfação pessoal dos agentes, é um elemento de motivação central nas relações assistencialistas.

Nesse sentido, afirma Ivo Teixeira Gico Junior:

Enfim, a abordagem juseconômica não requer que se suponha que os indivíduos são egoístas, gananciosos ou motivados apenas por ganhos materiais, tão-somente assume-se que os agentes são racionais maximizadores de sua utilidade, seja lá o que isso significa para eles. Nessa linha, por exemplo, são plenamente passíveis de análise econômica situações em que o comportamento humano tenha como motivação central elementos imateriais ou psicológicos, como prestígio (e.g. academia), poder (e.g. política) ou mesmo altruísmo (e.g. família). Ainda assim, é o indivíduo quem age e a partir dele iniciamos nossa busca pela compreensão do coletivo.¹⁰⁰

Dentre as características da maximização racional, destacam-se: (a) a maximização se dá em diversas atividades da vida cotidiana, não apenas em transações comerciais. O

⁹⁷ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 81.

⁹⁸ Sobre o tema ver: POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. Boston: Little, Brown and Company, 1973; DOWNS, Anthony. **An economic theory of democracy**. Nova York: Harper, 1957; e BECKER, Gary. **The economic approach to human behavior**. Chicago: Chicago University Press, 1976.

⁹⁹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 85.

¹⁰⁰ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, n. 1, p. 7-33, 2010. p. 24.

comportamento maximizador abrange decisões que vão desde consumir ou não um produto, realizar o acordo em um litígio, desrespeitar o sinal vermelho ao dirigir, votar a favor ou contra um projeto de lei¹⁰¹, até mesmo questões básicas como de que lado da cama levantar (suponha-se que o lado mais próximo de onde se dorme, para economizar gasto calórico);¹⁰² (b) cada indivíduo possui um arcabouço pessoal de informações e uma forma própria de analisá-las, sendo a escolha racional tomada de acordo com essas informações e sua própria análise. Portanto, um sujeito com mais informações tende a tomar uma decisão melhor do que um sujeito com menos informações, pois sua análise acerca de custos e benefícios será mais acurada. Inclusive, o primeiro poderá entender que a decisão do segundo é irracional, pois não é a melhor opção disponível ou a melhor decisão a ser adotada. Porém, tal conduta não poderá ser considerada propriamente irracional, mas sim racional dentro dos limites impostos pelas informações disponíveis ao agente;¹⁰³ (c) a suposição da maximização leva em conta o efeito marginal das escolhas. Uma escolha será racional se, e somente se, o benefício marginal dessa escolha for maior que o seu custo marginal. Isso quer dizer que, os indivíduos somente continuarão a escolher um determinado bem ou ter uma determinada conduta enquanto o benefício auferido com esse bem ou essa conduta exceder o custo do bem ou da conduta. A título exemplificativo, uma empresa aérea deixará de ter cautela com a bagagem dos passageiros (dando azo a extravios e furtos), enquanto os custos com a indenizações e para imagem da empresa forem menores que o custo de investimento em segurança com o transporte das bagagens;¹⁰⁴ (d) a noção de maximização racional não pressupõe que os agentes estejam a todo momento calculando, de forma consciente, os custos e benefícios de cada ação ou comportamento. Contudo que na maioria das vezes, ou frequentemente, assim o fazem.¹⁰⁵

A noção de maximização racional é uma ferramenta instrumental dentro da Análise Econômica do Direito. Isso quer dizer que, ela parte de uma generalização quanto ao comportamento humano, por meio de uma abstração, para conseguir formular hipóteses e aplicar a teoria. Generaliza ao partir do pressuposto de que todos os indivíduos calculam para

¹⁰¹ A questão é explicada pela Teoria da Escolha Pública, que analisa, a partir dos pressupostos econômicos, como os agentes políticos tomam decisões na arena política.

¹⁰² SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? **Cadernos Direito GV**, São Paulo: FGV Direito, v. 5, n. 22, p. 5-42, 2008. p. 16-17.

¹⁰³ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 82.

¹⁰⁴ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? **Cadernos Direito GV**, São Paulo: FGV Direito, v. 5, n. 22, p. 5-42, 2008. p. 17-18

¹⁰⁵ “É importante salientar que a hipótese é que os indivíduos se comportam como se fossem racionais e não que eles efetivamente são racionais. A teoria econômica não pressupõe que internamente cada agente esteja conscientemente realizando contas o tempo todo e ponderando custos e benefícios de cada ato de suas vidas, apenas que na média eles se comportam como se estivessem.”. GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, n. 1, p. 7-33, 2010. p. 26.

alcançar os maiores benefícios e menores custos em todas as decisões da sua vida. Essa hipótese é, obviamente, falsificável. Existem questões como paixão, medos, prazer, objetivos indiretos etc., que influenciam nas tomadas de decisão e podem conduzir a adoção de um comportamento “irracional”. No entanto adotar a premissa metodológica do comportamento racional maximizador dá arrimo à teoria econômica. Isso porque o comportamento racional dá previsibilidade para as condutas. O comportamento irracional é aleatório, vale dizer, randômico, de modo que não seria possível estabelecer qualquer previsão acerca do comportamento dos agentes econômicos. Assim, o modelo da escolha racional possibilita uma generalização quanto ao comportamento humano, permitindo simplificar, compreender e prever a conduta humana, e, com isso, apreender o suficiente para tornar inteligível e previsível o comportamento humano em uma realidade complexa.¹⁰⁶ Denota-se, portanto, que a abstração irrealista faz parte da ideia de maximização racional. Nesse sentido, Richard Posner afirma que “[...] la abstracción es la esencia de la investigación científica, y la economía aspira a ser científica.”.¹⁰⁷

Considerando que o modelo de maximização racional parte de uma premissa irrealista – os agentes estão sempre agindo de forma racional –, Hebert A. Simon, em 1967, desenvolveu o conceito de “racionalidade limitada”, sustentando que os agentes possuem “falhas de racionalidade”, pois não conseguem processar toda informação que dispõem para tomada de uma decisão.¹⁰⁸ Tais falhas de racionalidade são causadas pela: (i) incapacidade das pessoas de processar toda informação disponível, o que leva os indivíduos à usar esquemas simplificadores para delimitar a tomada de decisão a uma quantidade apreensível das informações disponíveis¹⁰⁹; (ii) influência de outros fatores que podem se sobrepujar a racionalidade pura, como prazer, ideias, objetivos indiretos etc.; (iii) assimetria informacional, caracterizada pela ausência de informação suficiente para tomada de uma decisão ótima. Assim, por exemplo, para escolha de uma casa existem fatores como localização, preço, comodidades etc., a serem avaliadas. Porém os agentes econômicos tendem a reduzir os critérios de escolha para tomada da decisão. Como localização ou preço.

¹⁰⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Pesquisa em Direito e Economia? **Cadernos Direito GV**, São Paulo: FGV Direito, v. 5, n. 22, p. 5-42, 2008. p. 17-18.

¹⁰⁷ POSNER, Richard Allen. **El análisis económico del derecho**. 2. ed. Trad. Eduardo L. Suárez. México: FCE, 2007. p. 46.

¹⁰⁸ SIMON, Herbert. **Administrative behavior**. 2. ed. New York: Macmillan, 1961. p. 24.

¹⁰⁹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade limitada. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2001. p. 65-68; MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 66-67.

À luz do exposto, pode-se concluir, em apertada síntese, nas palavras de Paula Andrea Forgioni, que “o agente sempre decidirá por um resultado ‘mais preferido’, em relação a um ‘menos preferido’, buscando maximizar seus interesses individuais”.¹¹⁰

Passando para o terceiro conceito fundamental, denomina-se **(iii)** equilíbrio a situação na qual a interação de agentes maximizadores atinge um ponto de equilíbrio. Ou seja, todos os atores envolvidos estão maximizando seus próprios interesses de forma simultânea.¹¹¹

Conforme explicam Robert Cooter e Thomas Ulen, existe uma íntima ligação entre maximização e equilíbrio na teoria econômica. O comportamento maximizador tende a ser um impeditivo para que os agentes econômicos encontrem um ponto de repouso. Isso porque, cada agente estará a todo tempo procurando o melhor resultado para si, na busca de seus próprios interesses. Não obstante esse comportamento, fato é que a análise empírica demonstra que a interação entre os agentes geralmente resulta em um equilíbrio.¹¹²

O comportamento maximizador faz com que os agentes fiquem, constantemente, realizando trocas, buscando um melhor resultado para si, até que os custos associados a cada troca se igualem aos benefícios auferidos, momento a partir do qual não mais ocorrerão trocas, tendo os agentes alcançado uma situação de equilíbrio. Nesse momento, visto que todos os bens já se encontram com aquelas pessoas para quem seu uso é mais valioso, tem-se a eliminação de todos os desperdícios, alcançando-se a eficiência.

Indo adiante, chega-se ao quarto conceito fundamental, qual seja **(iv)** os incentivos. Incentivos nada mais são do que “custos” ou “benefícios”. Considerando que os indivíduos procuram maximizar seus benefícios e minimizar seus custos, introduzir um custo ou um benefício a conduta dos agentes econômicos pode induzir as suas escolhas. A inserção de custo para uma conduta incentivara que ela não seja praticada. Por outro lado, a atribuição de um benefício para um determinado comportamento induzirá a sua prática. Logo, tem-se que incentivos são fatores externos que influenciam o processo de escolha ou de decisão dos agentes racionais.¹¹³

Segundo Bruno Meyerhof Salama, “A idéia de que indivíduos possam agir como maximizadores racionais de suas preferências (sejam elas quais forem), e que dão ensejo a padrões interativos relativamente estáveis (as situações de equilíbrio), sugere que os

¹¹⁰ FORGIONI, Paula Andrea. Análise econômica do direito (AED): paranóia ou mistificação. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 54, n. 139, p. 243-256, 2005. p. 245.

¹¹¹ FERNANDEZ, Leandro. Metodologia da pesquisa e a análise econômica do direito: fundamentos de uma abordagem consequencialista da investigação jurídica. **Revista UNIFACS**, Salvador, v. 156, p. 1-34, set. 2013. p. 21.

¹¹² COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 37.

¹¹³ Sobre a teoria dos incentivos: BECKER, Gary Becker. **An economic approach to human behavior**. Chicago: University of Chicago Press, 1976.

indivíduos possam também responder a incentivos.”.¹¹⁴ Dito de outro modo: considerando que os agentes econômicos sempre caminham em busca de suas preferências, ou de maximizar seu próprio bem-estar, e que eles tendem a seguir sempre na mesma direção (em direção à melhor situação que vislumbram para si), atribuir a uma conduta um incentivo, positivo ou negativo, poderá direcioná-los a alterar sua trajetória em direção a um caminho mais vantajoso (incentivo positivo) ou deixar de seguir uma direção mais custosa (incentivo negativo).

A força dos incentivos sobre o comportamento humano pode ser facilmente vislumbrada nos mercados. Os consumidores tendem a reagir a variação de preços dos bens e serviços. Quanto maior o preço de um determinado produto ou serviço, menor será sua demanda – exceto nas hipóteses de bens essenciais (*v.g.*, água potável). Por outro lado, conforme menor o seu preço, maior será seu consumo.

A lógica dos incentivos aplicada aos mercados é perfeitamente transplantada para o universo jurídico. Todas as normas jurídicas laboram sobre a premissa implícita de que as pessoas responderão a incentivos. Conforme maior a gravidade ou a repulsa a um determinado comportamento, maior será o custo imposto pelo sistema jurídico pela sua prática.¹¹⁵ Veja-se, por exemplo, como o Direito Penal trabalha nessa lógica. Crimes mais graves, como homicídio ou latrocínio, possuem penas maiores e mais severas, como a restrição da liberdade – o custo imposto pela prática do delito é maior. Violações menos graves, como calúnia, injúria ou difamação, têm penas mais brandas, como multa e prestação de serviços à comunidade – logo, seus custos são menores.¹¹⁶ Portanto, “Criminosos cometerão mais ou menos crimes se as penas forem mais ou menos brandas, se as chances de condenação forem maiores ou menores, se houver mais ou menos oportunidades em outras atividades mais atrativas.”.¹¹⁷

O mesmo raciocínio é empregado no Código Nacional de Trânsito. De acordo com o limite máximo de velocidade ultrapassado, maior a reprovabilidade da conduta, tendo em vista serem maiores as chances de ocorrência de acidentes graves. Logo, o valor da multa por excesso de velocidade é gradual, ou seja, o incentivo negativo para prática é crescente. Considerando isso, motoristas irão sopesar, ao dirigir um veículo, fatores como: a) qual benefício auferido por dirigir além da velocidade permitida (p. ex., chegar mais rápido a um destino ou o prazer de dirigir em alta velocidade); b) qual o custo da multa pelo excesso de

¹¹⁴ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Pesquisa em Direito e Economia? **Cadernos Direito GV**, São Paulo: FGV Direito, v. 5, n. 22, p. 5-42, 2008. p. 21-22.

¹¹⁵ MERCADO PACHECO, Pedro. La construcción teórica del análisis económico del derecho. **REGAP**: Revista galega de administración pública, n. 30, p. 15-43, 2002. p. 23-28.

¹¹⁶ BECKER, Gary. Crime and punishment: an economic approach. **The Journal of Political Economy**, v. 76, n. 2, p. 169-217, mar./apr. 1968.

¹¹⁷ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, n. 1, p. 7-33, 2010. p. 22.

velocidade e qual o risco¹¹⁸ de ser autuado; c) qual escolha lhe trará maior utilidade ou maior bem-estar considerando suas preferências e necessidades. Após o processo de “escolha racional”, irão decidir pela conduta que traga maior bem-estar. Na maioria dos casos conduzirão nos limites impostos pela lei, já que não ser autuado (ou correr esse risco) será a melhor opção.¹¹⁹ Há, aqui, o estabelecimento pela legislação de trânsito de um incentivo financeiro (negativo) para que não se trafegue acima dos limites de velocidade.

Levando em conta que os agentes reagem a incentivos e que o sistema jurídico perfaz um conjunto de incentivos, a Análise Econômica do Direito cuida de analisar os efeitos inibidores e incentivos produzidos pelas normas jurídicas no meio social. Isso porque, incentivos legais podem não surtir efeitos ou gerar efeitos em direções opostas ou não pretendidas pelas normas. Proibir o uso de maconha, por exemplo, pode levar ao surgimento de mercados negros da droga – repudiados pelo direito. De igual modo, sobretaxar o cigarro, visando desestimular o seu consumo, por ser nocivo à saúde, pode gerar um mercado negro do fumo, sem qualquer controle de qualidade, gerando ainda mais malefícios à saúde dos usuários. Vale dizer, uma norma pode gerar consequências não desejadas e diametralmente opostas à sua *intentio legis*.

Sobre os incentivos, a questão será debatida de forma mais verticalizada na próxima seção.

Por fim, chega-se a (**v**) eficiência. Trata-se de outro pressuposto fundamental da teoria econômica e da Análise Econômica do Direito. Se, por um lado, as necessidades humanas são potencialmente ilimitadas, e, por outro lado, há a escassez de bens para atender a todos, faz-se necessário alocar da melhor maneira o uso dos recursos, de modo que não haja desperdícios. Portanto, diz-se, comumente, que eficiência constitui o alcance do melhor resultado – melhor alocação possível – com o menor custo.

O termo eficiência tem diversas acepções, tal como a eficiência de Pareto (ganho sem nenhuma perda),¹²⁰ eficiência de Kaldor-Hicks (ganho no qual o vencedor pode indenizar o

¹¹⁸ “O risco pode ser definido como uma estimativa do grau de incerteza que se tem com respeito à realização de resultados futuros desejados. Ou seja, o risco tem a ver com uma situação na qual seu desdobramento pode originar múltiplos resultados possíveis, mas cujas probabilidades de cada resultado são conhecidas ou podem ser estimadas.”. SANTOS, Cezar Augusto Pereira dos; CASAGRANDE, Dieison Lenon; HOECKEL, Paulo Henrique de Oliveira. “Teoria econômica do crime”: dos pressupostos acadêmicos à empiria do dia a dia na vida de ex-presidiários de Santa Maria Rs. **Econ. e Desenv.**, Santa Maria, v. 27, n. 2, p. 308-325, jul./dez. 2015. p. 318.

¹¹⁹ Ao revés, em situações de urgência, como, por exemplo, estar atrasado para uma reunião importante ou para embarcar em um voo, infringir os limites de velocidade e eventualmente sofrer a sanção administrativa correspondente, será mais vantajoso do que faltar a reunião ou perder o voo. Nesse caso infringir a legislação de trânsito trará um ônus (ou, ao menos, o seu risco), mas ainda assim será mais benéfica a infração, considerando que os custos de faltar a reunião ou deixar de ir ao destino da viagem trará um ônus ainda maior.

¹²⁰ DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2001. p. 39-47.

perdedor),¹²¹ entre outras, conforme será detidamente demonstrado na seção seguinte. Comumente é empregado como a maximização da riqueza e do bem-estar com o menor custo social.¹²² Por sua vez, eficácia – outro termo próximo, mas de significado distinto – diz respeito a atingir um objetivo almejado. Nesse sentido, ser eficaz e eficiente significa atingir determinado fim com o menor custo possível ou o menor desperdício.

De acordo com Carmem Lucia Silveira Ramos, para que uma norma jurídica seja eficaz e eficiente, ela deve produzir os efeitos jurídicos vetores da sua criação com o menor custo social possível, permitindo o maior índice de satisfação globalmente considerado.¹²³

Nesse sentido, pode-se concluir que, sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, a eficiência pode ser definida, comumente, como a maximização de ganhos com a minimização de custos.

Resumidamente, pode-se definir cada um dos conceitos nos seguintes termos:

(i) *escassez*: as pessoas vivem em um mundo de recursos escassos. Logo, os indivíduos necessitam a todo momento realizar escolhas alternativas possíveis e excludentes. Precisam equacionar as opções e escolher uma delas;

(ii) *custo de oportunidade*: toda escolha pressupõe um custo, um *trade off*, que é a segunda opção disponível, mas que foi preterida. Assim, por exemplo, se existem as opções “sair com amigos” ou “cuidar de um pai enfermo”, o custo de prestar assistência será não poder sair com os amigos e vice-versa;

(iii) *maximização racional*: as pessoas escolherão, na média, as opções que atendam melhor seus interesses pessoais, que lhe tragam maior bem-estar individual, independente da natureza do interesse. Assim, presume-se que as pessoas agem, na média, calculando qual escolha lhes trará maior benefício e menor custo, e optam, em regra, pela opção que lhe seja particularmente mais benéfica e menos onerosa;

(iii) *equilíbrio*: o comportamento maximizador faz com que os agentes fiquem, constante, realizando trocas, buscando um melhor resultado para si, até que os custos associados a cada troca se igualem aos benefícios auferidos, momento a partir do qual não mais ocorrerão trocas, tendo os agentes alcançado uma situação de equilíbrio. Nesse momento, visto que todos os bens já se encontram com aquelas pessoas para quem seu uso é mais valioso, tem-se a eliminação de todos os desperdícios, alcançando-se a eficiência;

¹²¹ KALDOR, Nicholas. Welfare propositions of economics and interpersonal comparisons of utility. **The Economic Journal**, v. 49, n. 195, p. 549-552, sep. 1939.

¹²² Em especial pela corrente teórica da economia do bem-estar.

¹²³ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Eficácia x eficiência: a análise econômica do direito. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 1, v. 2, p. 27-33, abr./jun. 2000. p. 28-29.

(iv) *incentivos*: se os indivíduos ponderam constantemente, ou ao menos na maioria das vezes, custos e benefícios e tendem a escolher a opção que lhes traga maior benefício individual, a concessão de um benefício ou a criação de um custo pode alterar a escolha de um sujeito. Logo, criar um incentivo – um benefício ou um custo – em relação a determinada opção, pode levar um indivíduo a adotar uma conduta em detrimento de outra. Assim, por exemplo, se o preço de um produto de luxo sobe (custo), os consumidores tendem a comprar menos esse bem, e, se o seu preço diminui (benefício), a comprar mais. Em resumo, pessoas respondem a incentivos;

(v) *eficiência*: o termo eficiência possui várias concepções, tal como a eficiência de Pareto (ganho sem nenhuma perda),¹²⁴ eficiência de Kaldor-Hicks (ganho no qual o vencedor pode indenizar o perdedor),¹²⁵ entre outras. No entanto, de um modo geral, o termo diz respeito à maximização de ganhos com a minimização de custos. Assim, um processo será eficiente quando se obtiver o melhor benefício com o menor custo, ou seja, quando não for mais possível aumentar os benefícios sem aumentar os custos.¹²⁶

Apresentados seus principais pressupostos, doravante será apresentada a metodologia da Análise Econômica do Direito.

1.1.3 Metodologia da Análise Econômica do Direito

“Um corpo teórico fundado na aplicação da Economia às normas e instituições jurídico políticas.”

Bruno Meyerhof Salama

Tradicionalmente, os pesquisadores na área da ciência jurídica têm como objetivo principal identificar o alcance e o conteúdo das normas. Isso porque, a hermenêutica tradicional se assenta na acepção do texto legal, não se preocupando com as consequências ou efeitos das instituições jurídicas na sociedade. Não se questiona se as normas são eficazes, eficientes ou quais as suas reais consequências no mundo dos fatos. Assim, o operador do direito cuida de desvendar questões como: qual o alcance do termo “proteção do meio ambiente”. Ele contempla a proibição de práticas que causam sofrimentos aos animais? Se a resposta for positiva, a inteligência é que a proibição de maus tratos está engendrada

¹²⁴ DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2001. p. 39-47.

¹²⁵ STRINGHAM, Edward. Kaldor-Hicks efficiency and the problem of central planning. **The Quarterly Journal of Austrian Economics**, v. 4, n. 2, p. 41-50, 2001.

¹²⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito & economia**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 54-55.

dentro da previsão normativa de “proteção ao meio ambiente” e, portanto, a prática é vedada pelo ordenamento jurídico.¹²⁷

Já a Metodologia da Análise Econômica do Direito vai além dessa análise de sentido e alcance centrada apenas na acepção dos textos legais. Ela amplia o campo de análise tradicional, incorporando no exame das estruturas jurídicas quais as reais consequências das regras na sociedade e como reformá-las para torna-las aptas a atender de forma efetiva e eficiente os objetivos socialmente desejáveis.

David D. Friedman assinala que Metodologia da Análise Econômica do Direito serve para ler as normas jurídicas a partir dos efeitos dos estímulos que elas provocam e da mudança de comportamento que agentes econômicos terão em relação a esses incentivos.¹²⁸ Vale dizer, para além de investigar apenas o vetor normativo das regras jurídicas (qual seu objetivo), ela serve para demonstrar quais são os reais efeitos das instituições jurídicas (se elas atingem ou não os efeitos pretendidos ou quais outros efeitos produzem) e quais mudanças ou reformas podem levar ao alcance dos valores previamente definidos (vetor normativo) nos textos legais.

Aqui cabe uma observação. O direito, por si só, não possui ferramentas para desvendar como os agentes se comportarão diante de uma determinada norma ou de um conjunto de normas (instituições jurídicas). Nesse ponto entra a economia, que possui uma teoria sobre o comportamento humano. Assim, o cientista jurídico empresta a teoria sobre comportamento humano da economia para implementá-lo no direito e avaliar as instituições jurídicas existentes e como melhorá-las.¹²⁹

Para realizar a avaliação das normas jurídicas, a metodologia em questão se utiliza de boa parte dos pressupostos expostos no item anterior, em especial que (a) normas jurídicas estabelecem incentivos – custos e benefícios – e (b) os agentes econômicos pautam seus comportamentos com base nesses incentivos. A partir dessas premissas, o pesquisador científico consegue investigar as causas e as consequências do direito posto, buscando prever como as pessoas reagirão diante dos incentivos estabelecidos pelas normas jurídicas e como alterarão seu comportamento caso esses incentivos sejam modificados.¹³⁰

¹²⁷ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, n. 1, p. 7-33, 2010. p. 20.

¹²⁸ “Legal rules are to be judged by the structure of incentives they establish and the consequences of people altering their behavior in response to those incentives.”. FRIEDMAN, David D. **Law's order: what economics has to do with law and why it matters**. Princeton: Princeton University Press, 2000. p. 11.

¹²⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 25-26.

¹³⁰ ROEMER, Andrés. **Introducción al análisis económico del derecho**. Trad. José Luis Pérez Hernandez. México: Fondo de Cultura Económica, 1994. p. 13-14.

Ivo Teixeira Gico Junior utiliza a expressão “juseconomista” para se referir ao pesquisador que se vale da metodologia da Análise Econômica do Direito para analisar as normas jurídicas. De acordo com o autor, o juseconomista, na aplicação do método juseconômico, deve realizar, basicamente, duas indagações, sendo a primeira “(i) como os agentes efetivamente têm se comportado diante da regra atual (diagnóstico) [...]” e a segunda “(ii) como uma mudança da regra jurídica alteraria essa estrutura de incentivos – seja por modificação legislativa, seja por modificação de entendimento dos Tribunais –, na tentativa de prever como eles passariam a se comportar (prognose).”¹³¹

Os principais autores que se valeram da Análise Econômica do Direito em suas pesquisas não cuidaram de explicar sua metodologia. Por exemplo, Richard Posner, na sua clássica e promissora obra *Economic Analysis of Law*¹³², embora tenha explicado os conceitos fundamentais da teoria, bem como aplicado tais conceitos na análise de várias situações jurídicas, não explanou como funcionava sua metodologia.¹³³

Um dos primeiros autores que buscou discorrer sobre o método juseconômico foi Jürgen G. Backhaus, na obra *The Elgar Companion to Law and Economics*. Nela Backhaus aponta três premissas da metodologia, a saber: (i) análise dos efeitos das normas (a metodologia auxilia o jurista a identificar o efeito concreto das normas); (ii) análise descritiva da coerência das regras (a metodologia demonstra qual o efeito global das normas – se foram produzidos mais efeitos positivos em relação aos negativos); e (iii) análise normativa do caráter desejável das soluções incorporadas pelas regras (a metodologia ajuda a identificar qual seria a norma mais eficiente para se alcançar um dado valor socialmente desejado [vetor normativo]).¹³⁴

Porém foi Edmund W. Kitch, na obra *The intellectual foundations of law and economics*,¹³⁵ quem expôs, de maneira precisa, quais são os principais pressupostos de análise associados com a metodologia da Análise Econômica do Direito. De acordo com Kitch, são nove:

(i) o sistema jurídico é concebido como um sistema de restrições e recompensas que interage com os indivíduos. Um dos pontos centrais dentro dessa metodologia reside em

¹³¹ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, n. 1, p. 7-33, 2010. p. 21.

¹³² POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. 2. ed. Trad. Eduardo L. Suárez. México: FCE, 2007.

¹³³ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 665.

¹³⁴ BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). **The Elgar companion to law and economics**. 2. ed. Aldershot, UK: Edward Elgar, 2005.

¹³⁵ KITCH, Edmund W. The intellectual foundations of "law and economics". **Journal of Legal Education**, v. 33, n. 2, p. 184-196, jun. 1983.

analisar a interação existente em um sistema normativo e seu reflexo no comportamento dos indivíduos, com o objetivo de determinar os efeitos das normas;

(ii) a análise científica deve identificar os fenômenos que ocorrem de forma sistemática e separar os acontecimentos aleatórios. Para tanto, o cientista jurídico pode-se valer da generalização – o que alguns autores chamam de “modelagem e reducionalismo”, cujo conceito será adiante explicitado;

(iii) os seres humanos e os demais agentes econômicos são motivados exclusivamente pelo desejo de maximizar seus próprios interesses. Essa premissa se extrai a partir da teoria dos preços, a qual demonstra que os indivíduos mudam seus comportamentos para obter os benefícios das leis ou para evitar os seus custos;

(iv) existe a necessidade de serem analisados tanto os efeitos totais, quanto os efeitos marginais das normas. Os efeitos marginais são aqueles, via de regra, não previstos pelo legislador. Por exemplo, ao estabelecer a pena de morte para um determinado crime, o indivíduo que o cometer não terá outros obstáculos para deixar de cometer outros crimes, já que a pena do primeiro suplanta a todos os outros. Logo, um efeito marginal da pena, pode ser estimular que o criminoso ao incidir em um delito apenado com a pena de morte, sinta-se estimulado a continuar cometendo outros crimes;

(v) os bens ou serviços são multidimensionais, de modo que a regulação de uma dimensão afetará outra dimensão. Assim, por exemplo, uma regulação que fixe o preço de um determinado produto ou serviço, sem especificar suas qualidades, pode gerar, por consequência, que esse produto ou serviço passe a ser comercializado no mercado com qualidade inferior;

(vi) na hora de avaliar os efeitos das leis, é importante que seja observado a resposta transacional privada de vários indivíduos. Não cabe observar apenas uma resposta privada, deve ser analisada a resposta dada – ou a mudança de comportamento – do grupo de pessoas afetadas pela norma. Isso porque, muitas vezes o resultado esperado pode variar conforme as interações existentes entre cada um dos indivíduos afetados pela norma. É o que se observou, por exemplo, com a tentativa de regulamentação dos oceanos. Ao se regular a proibição de pesca em determinadas temporadas, visando evitar a superexploração de recursos marinhos, os pescadores intensificaram seus trabalhos nos períodos em que a pesca é permitida, não alcançado a norma o seu objetivo;

(vii) quando se avalia o sistema regulatório de um mercado, é importante compará-lo com outras alternativas institucionais viáveis;

(viii) a jurisprudência tem um papel importante, na medida em que fornece ao pesquisador informações úteis sobre as práticas econômicas particulares, dando subsídios para análise de caso concretos atuais;

(iv) a história do direito e o direito comparado são ferramentas importantes para análise das normas. As diferenças nas estruturas das instituições jurídicas somente aparecem quando elas são comparadas (tanto do ponto de vista histórico, quanto na perspectiva comparatista). A partir da comparação é possível identificar quais são os custos (ou problemas) que determinada sociedade enfrenta.¹³⁶

De acordo com David D. Friedman, a metodologia proposta pela Análise Econômica do Direito labora sobre três prismas de investigação intimamente relacionados: (i) permite prever quais os efeitos serão produzidos por determinada norma jurídica; (ii) explica por qual razão a norma existe (fundamento da norma via demonstração da sua eficiência); (iii) identificar qual regra legal deve existir (visando alcançar de maneira eficiente o vetor normativo previamente definido).¹³⁷

De forma didática, Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau explicam cada um dos níveis de análise propostos por Friedman.

No **(i)** primeiro nível de análise, a metodologia juseconômica busca desvendar quais são os principais efeitos produzidos pela regra, especialmente as consequências que não são óbvias.¹³⁸ Ou seja, busca responder às perguntas: *a)* a norma atinge sua finalidade? *b)* quais outros efeitos, por ricochete, são produzidos pela norma? Ilustremos à questão com uma reflexão a respeito da norma proibitiva do aborto. A regra que veda o aborto atinge sua finalidade? Ao que tudo indica não. Mulheres que possuem situação financeira confortável conseguem pagar para que médicos atestem sua gravidez como de risco, e, com isso, conseguem viabilizar o abortamento legal, o qual é realizado de forma segura e em condições médicas adequadas. Por outro lado, mulheres pobres têm que recorrer a procedimentos clandestinos, realizados em condições precárias, com falhas frequentes e sujeitos a sanção penal. Denota-se, portanto, que diante da norma proibitiva o efeito almejado não foi atingido. Ao revés, criaram-se dois mercados, um custoso e outro clandestino, criando um efeito discriminatório em relação as mulheres mais pobres.¹³⁹ David D. Friedman exemplifica a questão por meio da análise da pena de morte. Conforme já relatado no parágrafo

¹³⁶ ROEMER, Andrés. **Introducción al análisis económico del derecho**. Trad. José Luis Pérez Hernandez. México: Fondo de Cultura Económica, 1994. p. 16-19.

¹³⁷ "Economic analysis of law comprises three closely related enterprises: predicting what effect particular legal rules will have, explaining why particular legal rules exist, deciding what legal rules should exist.". FRIEDMAN, David D. **Law's order: what economics has to do with law and why it matters**. Princeton: Princeton University Press, 2000. p. 15.

¹³⁸ "To the extent that economic analysis helps us perceive consequences of laws and legal decisions, especially consequences that are not obvious, it is useful to anyone trying to make or understand law.". FRIEDMAN, David D. **Law's order: what economics has to do with law and why it matters**. Princeton: Princeton University Press, 2000. p. 15.

¹³⁹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 666-667.

antecedente, a pena de morte pode gerar, como consequência inesperada, um aumento no número de homicídios ou de outros crimes. O seu custo é tão alto (ceifar a vida do criminoso), que a prática de outros crimes não representa qualquer acréscimo de custo. Logo, cometido o crime cuja pena é a morte, não há mais inibição para a práticas de outros crimes, podendo gerar, por consequência, um aumento na criminalidade.¹⁴⁰

No **(ii)** segundo nível, a metodologia tem como objetivo avaliar os fundamentos das normas, ou seja, explicar qual a sua razão de existir. Como se sabe, as normas são avaliadas, sob a perspectiva juseconômica, com base nos seus efeitos. Logo, seu fundamento se encontra nos efeitos por elas produzidos. E os efeitos por elas produzidos, na ótica juseconômica, devem ser calcados na eficiência (avaliação do bem-estar global gerado pela norma). Portanto, o fundamento, a razão de existir da norma, reside na eficiência. Assim sendo, nesse nível de análise se avalia se a norma é eficiente (trazendo mais efeitos positivos que negativos globalmente considerando) para estabelecer seu fundamento. Vale dizer “para estabelecer o fundamento de uma regra observada em dado sistema jurídico, procura-se demonstrar sua eficiência”.¹⁴¹

Por fim, no **(iii)** terceiro nível de análise, se busca decidir qual norma jurídica deveria existir. Nesse momento cabe determinar a norma mais eficiente (comparando com as já existentes ou as hipotéticas).¹⁴² A pergunta que se deve fazer é: Qual norma seria mais eficiente considerando a maximização de ganhos conjuntos nas interações humanas? Voltando ao exemplo do aborto, poder-se-ia pensar, por exemplo, ao invés de normas proibitivas, de regras que incentivassem a gestação mediante a compensação econômico financeira. Criar um mercado de compra e venda de bebês seria uma alternativa. Ainda que moral e eticamente questionável (esse assunto será trabalhado na seção seguinte). Mas todas as partes conseguiriam, ao menos em tese, maximizar seus interesses. A mulher, por não abortar e, ainda, auferir lucro com a gravidez. O bebê, por ter nascido em uma família que o deseja. E a família “adotiva”, por realizar a satisfação pessoal de ter um filho.

Pode-se observar que os denominados “níveis” de análise da metodologia juseconômica são, na realidade, tipos diferentes de análise. No primeiro e segundo a metodologia é utilizada para diagnose (o que é e se é eficiente) – o que equivale a “análise positiva”. No terceiro é realizado um exercício de prognose (o que deveria ser) – equivalente a uma “análise normativa”. Em cada um desses “níveis” ou tipos de análise, o juseconomista

¹⁴⁰ FRIEDMAN, David D. **Law's order**: what economics has to do with law and why it matters. Princeton: Princeton University Press, 2000. p. 15.

¹⁴¹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 668.

¹⁴² MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 669.

necessita seguir algumas etapas de averiguação. Essas etapas de verificação devem ser empregadas nos três tipos de análise. A seguir cada uma será explicitada.

Na primeira etapa **(i)** se avalia a estrutura de incentivos da norma. Nesse momento, indaga-se sobre quais serão os efeitos da estrutura de incentivos criadas por diferentes normas a respeito de um mesmo tema objeto de regulação e, baseado no postulado da escolha racional, como os agentes mudarão seu comportamento de forma a reduzir a incidência dos ônus que o direito lhes impôs.¹⁴³ Exemplificadamente: supunha-se que um sistema jurídico atribua o risco de perda pela venda de um produto (com defeito) ao vendedor. Nesse caso o vendedor será estimulado a ter mais cautela na fabricação de seus produtos, melhorar sua qualidade e ser obrigado a criar uma rede de assistência para troca ou concerto de produtos. Considerando os custos adicionais que a obrigação lhe impõe, haverá um aumento do valor final do produto. Nesse caso o produto que seria comercializado a R\$ 10,00, passaria a ser vendido a R\$ 15,00 no mercado. Agora, imagina-se a situação inversa. O risco de perda de um produto (com defeito) seja atribuída ao comprador. Nessa hipótese o comprador seria estimulado a contratar um seguro. Suponha-se, ainda, que o seguro custe R\$ 1,00. No primeiro caso o efeito da norma seria agregar diversos custos ao vendedor – que os repassaria ao consumidor – e no segundo o custo de contratar um seguro ao comprador.

Na segunda etapa **(ii)** se avaliam os objetivos subjacentes da norma. Comparados os resultados da análise realizada na primeira etapa, cabe, nesse momento, observar qual das normas atinge, no total – considerando os custos envolvidos –, os melhores resultados (resultado eficiente). Partindo do pressuposto que o legislador deve evitar perdas, a norma que gera o menor custo será a escolhida.¹⁴⁴ Retomando o exemplo explanado na primeira etapa, é possível concluir que atribuir a responsabilidade – ou o risco de perda – pelo defeito do produto ao comprador é mais vantajosa para o próprio comprador em termos econômicos, pois quando a responsabilidade é atribuída ao vendedor o produto tem um custo de R\$ 15,00 e quando é do comprador o produto tem um custo total de R\$ 11,00 (produto + seguro). No exemplo analisado, observa-se que a intenção do legislador é proteger o consumidor de produtos colocados no mercado com defeito. Existem duas normas para tanto, a primeira que atribui a perda ao vendedor e a segunda que a atribui ao próprio consumidor. Ambas atingem o vetor normativo almejado “proteger o comprador contra produtos com defeitos”. Porém a

¹⁴³ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 669-670.

¹⁴⁴ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 670-671.

segunda mostra-se mais eficiente (considerando a variável preço). Assim, cabe o legislador, nessa etapa, escolher a norma que gera menos custos, evitando o desperdício.¹⁴⁵

Richard Posner, ao analisar a *common law*, formulou a tese da eficiência do direito privado clássico. Segundo ele, as regras do direito civil devem ser formuladas para que sejam conforme a solução mais eficiente para o caso. Vale dizer, se existem duas normas aptas a atingir o mesmo objetivo, deve ser escolhida a mais eficiente. Ou, se não for escolhida, deve se justificar por qual razão ela foi preterida (por razões morais ou éticas por exemplo).¹⁴⁶

Na terceira etapa (*iii*) há o aumento do realismo, com a consideração dos custos de transação. Na primeira e segunda etapas a análise é realizada com base em um modelo simples, no qual são analisadas poucas variáveis – é como o mundo sem atrito na física. Consequentemente, a análise não é feita com base em um retrato fidedigno da realidade (na sua infinita complexidade), mas sim com base em um modelo simplificado dela. Trata-se de um modelo útil para compreensão dos fatos sociais, pois, embora não retrate o mundo na sua infinita complexidade, serve para colocar em evidência a ossatura das instituições que se objetiva compreender. Contudo, para dar maior robustez a análise, é necessário acrescentar mais realismo, mais variáveis – é como acrescentar o atrito no mundo da física – na análise. Isso significa, na metodologia juseconômica, adicionar os custos de transação ao modelo. Os custos de transação são os demais encargos, não necessariamente de natureza monetária, que influenciam no alcance de um resultado ótimo (eficiente).¹⁴⁷ Trazendo à luz novamente o exemplo cogitado nas etapas anteriores, considerando a hipótese de ser atribuída a responsabilidade pelos danos de um produto (defeituoso) ao comprador, outros custos poderiam ser atribuídos a ele. Como, por exemplo, o custo de informação – o comprador teria que analisar com maior cautela o produto e os antecedentes da empresa fabricante, bem como procurar no mercado uma empresa de seguros adequada, com bons antecedentes. Supondo-se que para obter essas informações o comprador gaste tempo. E, em razão disso, perca algumas horas de trabalho, equivalente a R\$ 10,00 (deixou de vender R\$ 10,00 em produtos). Logo, considerando os custos de transação, pode-se chegar a um resultado diferente do da segunda etapa. O produto que custaria R\$ 11 (produto + seguro), considerando os custos de transação (ou seja, outras variáveis), passa a custar R\$ 21,00 (produto + seguro + custos com a busca de informação). Portanto, denota-se que a

¹⁴⁵ Exemplo semelhante é extraído do seguinte artigo: BEN-SHAHAR, Omri. One-way contracts: consumer protection without law. **European Review of Contract Law**, v. 6, n. 3, p. 221-249, 2010.

¹⁴⁶ Sobre o tema ver: SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). **Trinta anos de Brasil: diálogos entre direito e economia**. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁴⁷ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 671-673.

“complexidade”, ou seja, mais informações ou variáveis, é acrescentada nessa etapa, dando maior realismo a hipótese e confirmando ou falseando o resultado obtido na etapa de análise anterior.

Por fim, a quarta etapa (*iv*) reside na realização de estudos empíricos. Faz-se necessário verificar se as hipóteses aventadas na etapa anterior encontram correspondência na realidade. Vale dizer, se as projeções virtualmente cogitadas se concretizaram de fato. Para tanto, mostra-se imprescindível uma análise empírica, com metodologia própria, da qual economistas estão mais familiarizados em relação aos operadores do direito.¹⁴⁸ Trazendo novamente para debate o exemplo das etapas anteriores: pode ser que, analisando empiricamente, se confirme a hipótese levantada – atribuir o custo da perda de um produto (defeituoso) é mais eficiente. Ou, ao contrário, que se observou que as empresas de seguro impõem muitas restrições ao pagamento de indenização aos compradores, levando, por parte deles, a suportar o dano pelo produto com defeito, chegando-se a conclusão que a primeira regra é mais eficiente – atribuir o risco de perda do produto com defeito ao vendedor.

Explicitados os tipos de análise e as suas respectivas etapas, cabe, por fim, apresentar duas ferramentas ou recursos metodológicos à serviço do jurista. São o “individualismo metodológico” e a “modelagem ou reducionismo”. Esse último é um mecanismo que foi implicitamente adotado na primeira e segunda etapas de análise retro mencionadas, dando respaldo, por consequência, à terceira etapa (ampliação do realismo com a incorporação de mais variáveis).

O individualismo metodológico consiste na presunção de que os comportamentos coletivos são reflexos ou o produto das ações individuais dos sujeitos que compõe a coletividade. Portanto, para analisar o comportamento de dado grupo deve-se buscar compreender, primeiramente, como agem os indivíduos que o compõem.¹⁴⁹ Exemplificando: se o objetivo é compreender como funciona o Poder Judiciário, deve-se estudar, preliminarmente, como cada um dos agentes que o compõe reagem à estrutura de incentivos institucionais. Assim, se a pergunta é: por qual motivo o Poder Judiciário Brasileiro é ativista? A resposta deve ser buscada por meio da apuração de quais incentivos institucionais existem para que juízes julguem de forma positivista ou criativa. A ausência de mecanismo de responsabilização dos magistrados pela interpretação pessoal conferida pela lei e a hipótese

¹⁴⁸ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 673-674

¹⁴⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Trad. Bruno Miragem; Notas da tradução: Claudia Lima Marques. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 94.

de responsabilização regressiva pelos seus atos¹⁵⁰ podem ser, por exemplo, a causa para que magistrados tenham um *modus operandi* de atuação enveredado ao julgado ativista.¹⁵¹

A modelagem e reducionismo são um mecanismo de simplificação da realidade. Trata-se de um recurso metodológico que autoriza o pesquisador a selecionar apenas as variáveis relevantes para o estudo de determinado objeto, reduzindo a complexidade da realidade e facilitando a compreensão do objeto analisado. É recurso comumente aplicado nas ciências, que necessitam reduzir a realidade para conseguir estudá-la.¹⁵² Como um mapa, um modelo científico pode ser mais ou menos realista. O mapa de Curitiba para ser completamente realista necessitaria ter o mesmo tamanho da cidade, o que o tornaria praticamente inútil. Denota-se, portanto, que os “pressupostos simplificadores são adotados para que seja possível se focar apenas no coração do problema.” A modelagem e o reducionismo, por meio do isolamento de variáveis específicas, é francamente admitida pelo método juseconômico, não invalidando, de modo algum, a abordagem ou invalidando seus resultados.¹⁵³

Esses são, em síntese, alguns pontos não exaustivamente trabalhados do *modus operandi* da metodologia juseconômica. Cabe, no entanto, algumas ressalvas e considerações sobre o método em questão.

A metodologia de análise proposta por David D. Friedman e, nesse item, percorrida com base na obra de Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, foi desenvolvida para o sistema norte-americano, fundada na *common law*. Isso não significa, de modo algum, que a metodologia não sirva para ser aplicada nos sistemas de *civil law*, como o Brasil. Lá o objetivo é apontar para doutrina e jurisprudência as consequências da sua leitura do direito. Aqui é “pôr em evidência, esclarecer os fundamentos do direito civil e mostrar sua ligação com a realidade social e as necessárias adaptações às novas realidades”.¹⁵⁴

¹⁵⁰ Assim dispõe o art. 143, do CPC: “Art. 143. O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.”

¹⁵¹ Nesse sentido, Ivo Teixeira Gico Junior exemplifica: “Se desejamos compreender como funciona o Congresso, devemos ser capazes de explicar a estrutura de incentivo de deputados, senadores, assessores e consultores. Compreender a estrutura de incentivos desses agentes é investigar como eles realmente agem e não supor que agirão no interesse público pura e simplesmente com base na fé”. GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, n. 1, p. 7-33, 2010. p. 23.

¹⁵² “Toda e qualquer teoria é ponto de vista, é forma de ver. Desse modo, em qualquer divagação teórica, é necessária a criação de modelos de universo no qual se desenvolverá o raciocínio, seja o vácuo, para os físicos; seja a condição física ideal, para os médicos; sejam as condições normais de temperatura e pressão, para os químicos. Na análise econômica, utilizam-se modelos reduzidos da realidade, com o fim de desenvolver o raciocínio econômico.”. LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. A Análise Econômica do Direito como método e disciplina. **E-civitas Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNIBH Belo Horizonte**, v. I, n. 1, nov. 2008. ISSN: 1984-2716. p. 11.

¹⁵³ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, n. 1, p. 7-33, 2010. p. 24-25.

¹⁵⁴ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 675.

Segundo Ivo Teixeira Gico Junior, uma grande vantagem da metodologia juseconômica é ela ser passível de comprovação empírica e, portanto, de falsificação. As proposições valorativas, comumente utilizadas no direito, como a ideia de justo e injusto baseada em valores éticos e morais, não são passíveis de análise empírica. Lado outro, os efeitos projetados pelo método juseconômico são passíveis de testagem e podem ser rejeitados ou aprimorados, visando melhor adequação aos fatos. Assim, “a aplicação do método juseconômico pode nos auxiliar a gastar mais tempo discutindo ideias e consequências de nossas escolhas do que significados de palavras.”¹⁵⁵

Existem áreas e temas mais afetos e facilmente passíveis de investigação sobre o crivo da Análise Econômica do Direito, como, por exemplo, Direito das Sociedades¹⁵⁶ e Teoria dos Contratos¹⁵⁷. Porém Richard Posner demonstrou que o método de pesquisa econômico pode ser aplicado a uma infinidade de searas do Direito, tratando de temas como a regulação do Direito de Propriedade, Direito Penal, Direito do Trabalho, Direito Familiar e Sexual, entre outros. Inclusive, Posner submeteu até mesmo alguns institutos da transmissão da riqueza em razão da morte, como o imposto sucessório, as disposições testamentárias e a reserva da legítima, ao crivo dos pressupostos básicos da Análise Econômica do Direito, objetivando demonstrar como algumas dessas previsões normativas são ineficientes e podem ser substituídas por outros mecanismos (que privilegiam a autonomia dos sujeitos) que tragam maiores benefícios para a sociedade e os envolvidos (sucessor e sucedido).¹⁵⁸

No entanto alguns autores entendem que nem tudo pode ser submetido a lógica econômica. Segundo Paula Andrea Forgioni, “há coisas (como a vida humana e a liberdade) que ainda não foram transformadas em mercadorias e não podem ser submetidas à lógica de mercado”.¹⁵⁹ De igual modo é a colocação de Michael J. Sandel, ao indagar se “Queremos uma sociedade onde tudo esteja à venda? Ou será que existem certos bens morais e cívicos que não são honrados pelo mercado e que o dinheiro não compra?”.¹⁶⁰ Nesse mesmo sentido, explicam Marcia Carla Pereira Ribeiro e Diego Caetano da Silva Campos que “De modo geral, verifica-se certa resistência em se admitir a perspectiva normativa da análise econômica,

¹⁵⁵ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, n. 1, p. 7-33, 2010. p. 30.

¹⁵⁶ SZTAJN, Raquel. Law and economics. *In*: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & economia** – análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

¹⁵⁷ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

¹⁵⁸ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. 2. ed. Trad. Eduardo L. Suárez. México: FCE, 2007. p. 783-797.

¹⁵⁹ FORGIONI, Paula Andrea. Análise econômica do direito (AED): paranóia ou mistificação. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 54, n. 139, p. 243-256, 2005. p. 245.

¹⁶⁰ SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

notadamente buscando evitar a redução do fenômeno jurídico a concepções utilitaristas incompatíveis com valores éticos e morais.”.¹⁶¹

Nessa correlata linha de pensamento, Raquel Sztajn adverte que em algumas searas do direito a aplicação da Análise Econômica do Direito encontra maior resistência, como no Direito de Família. Segundo a autora, “em outras áreas do Direito, a visão econômica é mais difícil de aceitar, dizem muitos, notadamente em áreas nas quais os efeitos patrimoniais são considerados secundários, como é o caso das relações de família”.¹⁶²

Contudo, as manifestações de resistência devem ser vistas com certo cuidado. Isso em razão, ao menos, de dois motivos.

Primeiro, aplicar a metodologia juseconômica não significa, necessariamente, monetizar o direito. Como restou amplamente demonstrado pode-se utilizar o método para investigar se a norma atinge o seu objetivo (vetor normativo) – que pode não ser econômico – ou descobrir qual é a norma mais adequada para atingir determinado objetivo (vetor normativo) – o qual, repita-se, pode não ser econômico.

Nessa esteira, Marcia Carla Pereira Ribeiro e Diego Caetano da Silva Campos defendem que é possível, por exemplo, utilizar a metodologia da Análise Econômica do Direito para avaliar políticas públicas escolhidas pelo estado em matéria de Direitos Fundamentais. Nesse caso, a metodologia não é empregada com o escopo de sobrepor a eficiência sobre os valores imbrincados nos Direitos Fundamentais previstos na Constituição, mas sim para avaliar se o meio escolhido pelo Estado para atingir ou atender determinado Direito Fundamental (vetor normativo) se presta ao fim proposto (atinge o escopo da norma) ou se há uma alternativa melhor. Ou seja, “aplicar a AED para prever se o meio escolhido pelo Estado (política pública) se presta ao fim para o qual foi delineado (concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição, por exemplo)”.¹⁶³

Segundo, até que ponto já não se vive em um mundo monetizado? Cabe, a cada indivíduo, perguntar se já não se encontra mergulhado em uma sociedade onde tudo tem seu preço. Ignorar a realidade em privilégio de princípios éticos e morais despidos de apego nos fatos concretos seria o melhor caminho? Entende-se, salvo melhor juízo, que a resposta é negativa. O caminho adequado é amoldar-se a nova realidade ao invés de negar a sua

¹⁶¹ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Análise econômica do direito e a concretização dos direitos fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 11, n. 11, p. 304-329, jan./jun. 2012.

¹⁶² SZTAJN, Raquel. Law and economics. *In*: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & economia** – análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 77.

¹⁶³ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Análise econômica do direito e a concretização dos direitos fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 11, n. 11, p. 304-329, jan./jun. 2012.

existência, ignorando seus problemas e afastando possíveis soluções concretas, efetivas e eficientes.¹⁶⁴

Nessa toada, Flávio Galdino sustenta que “Direitos não nascem em árvores”, trazendo uma análise crítica acerca dos custos dos direitos. Segundo Galdino, uma abordagem realista do Direito permite identificar que os direitos demandam custos. Logo, não se mostra factível qualquer análise científica jurídica que exclua ou ignore essa realidade.¹⁶⁵

Ainda, inúmeros estudos demonstram a viabilidade da aplicação da metodologia juseconômica em áreas mais espinhosas à análise econômica, como família e sucessões. Aponta-se, como exemplo, Gary Becker na obra *Tratado sobre la familia*¹⁶⁶, Oksandro Osdival Gonçalves nas pesquisas intituladas *Análise Econômica do Óbito*,¹⁶⁷ *Teoria Econômica do Namoro e do Matrimônio: Formação do Processo Decisões e suas Consequências Jurídico-Econômicas*¹⁶⁸ e *A Homossexualidade Sob A Perspectiva da Análise Econômica do Direito: Custos e Benefícios do Comportamento Sexual Preferido à Luz do Direito Constitucional brasileiro e dos Direitos Humanos*,¹⁶⁹ Cristiana Sanchez Gomes Ferreira na obra *Análise Econômica do Divórcio: Contributos da Economia ao Direito de Família*¹⁷⁰ e Dóris Ghilardi no livro *Economia do Afeto: Análise Econômica do Direito no Direito de Família*,¹⁷¹ só para citar alguns.

Por fim, uma advertência: há quem não reconheça ou atribua cientificidade ao método juseconômico. Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi observam que alguns autores refutam a metodologia da Análise Econômica do Direito enquanto método científico. Segundo eles, “muitos dos critérios de Law & Economics não são científicos, uma vez que não se tenta criar uma teoria, questioná-la, para assim depreender conclusões; antes, verificam-se alguns

¹⁶⁴ Nesse sentido, palestra proferida pela professora Marcia Carla Pereira Ribeiro, ao mencionar que os mercados abertos ou a concorrência, enquanto realidades sociais, não podem ser proibidas pelo Estado, mas sim reguladas de forma a garantir um ambiente propício ao desenvolvimento. Trata-se da mesma lógica. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. A essencialidade do ambiente concorrencial para o desenvolvimento. *In: CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO DO MERCOSUL*, 8.; CONGRESSO SULAMERICANO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 7., 2018, Foz do Iguaçu. **Anais [...]**. Foz do Iguaçu: IPDA, 2018.

¹⁶⁵ GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

¹⁶⁶ BECKER, Gary. **Tratado sobre la familia**. Trad. Carlos Pereira de Grado. Madrid: Alizanza, 1987.

¹⁶⁷ ALMENDANHA, Cristina; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Análise econômica do óbito. *In: Congresso da Associação Brasileira de Direito e Economia - ABDE*, 6. 2013, Rio de Janeiro. **Anais [...]** Rio de Janeiro: CPDE; ABDE, 2013. Disponível em: http://www.congresso.abde.com.br/index.php/ABDE/VI_ABDE/paper/view/153/44. Acesso em: 30 jan. 2018.

¹⁶⁸ AMARO, Caroline; GONÇALVES, Oksandro. Teoria econômica do namoro e do matrimônio: formação do processo decisões e suas consequências jurídico-econômicas. **Revista Direito Empresarial**, v. 14, p. 49-72, 2017.

¹⁶⁹ PETHECHUST, Eloj; GONÇALVES, Oksandro Osdival. A homossexualidade sob a perspectiva da análise econômica do direito: custos e benefícios do comportamento sexual preferido à luz do Direito Constitucional brasileiro e dos Direitos Humanos. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 18, p. 409-433, 2016.

¹⁷⁰ FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. **Análise econômica do divórcio: contributos da economia ao direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

¹⁷¹ GHILARDI, Dóris. **Economia do afeto: análise econômica do direito no direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

parâmetros e, a partir desse procedimento, busca-se comprovar o que parece metodologicamente não comprovado”. No entanto a objeção não procede, pois em muitos casos a metodologia é metafísica, servindo como uma forma de observar o mundo a partir de conceitos econômicos.¹⁷²

À luz do exposto, conclui-se que, embora limitada e passível de críticas, a metodologia da Análise Econômica do Direito permite, ao civilista, analisar, para além do conteúdo semântico, os efeitos reais, os efeitos inesperados (por vezes não suspeitos) e os prováveis efeitos das normas. Portanto, trata-se de uma valiosa ferramenta de investigação que tem como base a realidade factível, não valores abstratos e desapegados do mundo palpável.

O presente item dará suporte a segunda sessão do 2ª capítulo da presente pesquisa. A metodologia será empregada para avaliar a disciplina sucessória brasileira atual (análise positiva) e discorrer sobre uma possível alternativa de regulação mais eficiente (análise normativa).

1.2 ALGUNS APORTES TEÓRICOS NECESSÁRIOS

1.2.1 Teoria dos incentivos

“[...] as regras jurídicas devem ser julgadas pela estrutura de incentivos que estabelecem e as consequências de como as pessoas alteram seu comportamento em resposta a esses incentivos.”

Maurício Vaz Lobo Bittencourt

Segundo a teoria econômica, os agentes econômicos sempre agem em interesse próprio, com ou sem empatia por outras pessoas. Isso não é imoral ou indecoroso. Pelo contrário, é um fato natural. O ser humano tende a mensurar suas ações buscando satisfazer interesses pessoais. Trata-se do comportamento econômico.¹⁷³

Tal comportamento ou *modus operandi* é facilmente percebido nos mercados. Os agentes econômicos tendem a buscar o menor custo para obter os maiores benefícios pessoais possíveis. Contudo, segundo Gary Becker, para além dos mercados, a conduta humana se manifesta, nesses moldes, em diversas outras searas da vida, até mesmo em questões familiares. É nessa ordem de ideias que emerge a Teoria dos Incentivos.

¹⁷² PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Curso de law and economics**. São Paulo: Campus, 2004. p. 21-22.

¹⁷³ SONNENSCHHEIM, Hugo. **The economics of incentives: an introductory account**. Princeton University. 1982. p. 4. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.190.3238&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.

A teoria, desenvolvida por Gary Becker em sua obra *The Economic Approach to Human Behavior*, tem como objetivo demonstrar que a principal característica que diferencia a Economia das demais disciplinas das ciências sociais não é seu objeto ou sua temática de estudo, mas sim a sua abordagem, a qual pode ser aplicada para fins de análise dos mais diversos comportamentos humanos. O autor questiona as três definições mais comuns de Economia, que buscam defini-la por seu escopo de análise e sugerem que essa disciplina consiste no estudo: “(1) da alocação de bens materiais para satisfazer desejos materiais; (2) do setor do mercado; e (3) da alocação de meios escassos para satisfazer fins concorrentes”.¹⁷⁴

Após tecer críticas a cada uma dessas definições, demonstrando suas falhas e insuficiências, Becker sustenta que há uma grande variedade de comportamentos que se enquadram no objeto de estudo de diversas disciplinas das ciências sociais. É o caso da fertilidade, por exemplo, que é examinada pela Sociologia, Antropologia, Economia, História, entre outras áreas do saber. O que peculiariza a Economia em face das demais disciplinas, portanto, não é o *que* ela estuda, mas sim *como* ela analisa o seu objeto. Em outras palavras, o que a diferencia dos demais ramos das ciências sociais é a *abordagem econômica*. Tal abordagem é marcada por um núcleo, formado pela combinação de três elementos: (a) *maximização de comportamento*; (b) *equilíbrio de mercado*; (c) *preferências estáveis*.¹⁷⁵

A (a) *maximização de comportamento* traduz-se na presunção de que o comportamento humano é voltado à maximização de seus próprios interesses. O (b) *equilíbrio de mercado* consiste na presunção de que existem mercados que “com variados graus de eficiência coordenam as ações de diferentes participantes – indivíduos, empresas, até mesmo nações – de modo que o seu comportamento se torne mutualmente consistente”.¹⁷⁶ As (c) *preferências estáveis* dizem respeito à presunção de que as preferências humanas “não mudam substancialmente ao longo do tempo, nem são muito diferentes entre pessoas ricas e pobres, ou mesmo entre pessoas em diferentes sociedades e culturas”.¹⁷⁷ Essas preferências não são relativas a determinados bens ou serviços do mercado (como a predileção por uma marca ou outra de roupa ou de carro), mas estão ligadas a “aspectos fundamentais da vida, tais como saúde, prestígio, prazer sensual, benevolência ou inveja, que nem sempre possuem

¹⁷⁴ BECKER, Gary. **The economic approach to human behavior**. Chicago: University of Chicago Press, 1978. p. 3.

¹⁷⁵ BECKER, Gary. **The economic approach to human behavior**. Chicago: University of Chicago Press, 1978. p. 4-5.

¹⁷⁶ BECKER, Gary. **The economic approach to human behavior**. Chicago: University of Chicago Press, 1978. p. 5.

¹⁷⁷ BECKER, Gary. **The economic approach to human behavior**. Chicago: University of Chicago Press, 1978. p. 5.

uma relação estável com bens e serviços de mercado”.¹⁷⁸ A combinação dessas três presunções, segundo o autor, seria responsável por explicar vários dos teoremas ligados à abordagem econômica.

Assim, o que caracterizaria o elemento *econômico* de um estudo seria a soma dessas três premissas sobre o comportamento humano. O seu emprego na análise de qualquer realidade social é o que a identificaria como *econômica*. A partir dessa perspectiva, seria possível aplicar os teoremas elementares da Economia, fundados nessas premissas comportamentais, a fenômenos que tradicionalmente não são considerados como econômicos.¹⁷⁹

Uma das grandes contribuições da teorização de Gary Becker consiste na constatação de que a abordagem econômica não se encontra restrita à análise de bens e necessidades de cunho material, nem ao setor mercantil. Ela também pode ser aplicada para examinar bens e necessidades não materiais, pertencentes ao setor não-mercantil. Tanto o setor mercantil quanto o não-mercantil se baseiam na noção de “preço”, que compreende a unidade capaz de medir os custos de oportunidade do uso de recursos escassos. Enquanto o setor mercantil se baseia em preços monetários, o setor não-mercantil se apoia em preços “sombra” (ou preços ocultos). A abordagem econômica, consoante o autor, é capaz de lidar com esses dois tipos de preços.¹⁸⁰

É esse conceito de “custos de oportunidade”, ligado ao uso alternativo de recursos escassos, que possibilita atribuir a toda a ação humana um “preço”, tornando possível o seu ingresso na racionalidade do “cálculo maximizador”. Essa forma de compreensão da abordagem econômica faz com que o objeto de estudo da Economia deixe de ser a natureza patrimonial ou pecuniária dos bens ou dos comportamentos humanos. Isso porque toda ação humana possui um custo: aquele relativo às ações alternativas que deixaram de ser realizadas para que a ação escolhida fosse levada a efeito.¹⁸¹

O exemplo fornecido por Becker é o de uma pessoa que possui como único recurso escasso o seu tempo, que é limitado. Ela usa esse tempo para produzir determinados bens. Cada um deles terá um preço “sombra”, consistente no tempo necessário para produzi-lo. Um

¹⁷⁸ BECKER, Gary. **The economic approach to human behavior**. Chicago: University of Chicago Press, 1978. p. 5.

¹⁷⁹ MERCADO PACHECO, Pedro. La construcción teórica del análisis económico del derecho. **REGAP**: Revista Galega de Administración Pública, n. 30, p. 15-43, 2002. p. 22-23.

¹⁸⁰ BECKER, Gary. **The economic approach to human behavior**. Chicago: University of Chicago Press, 1978. p. 6.

¹⁸¹ MERCADO PACHECO, Pedro. La construcción teórica del análisis económico del derecho. **REGAP**: Revista Galega de Administración Pública, n. 30, p. 15-43, 2002. p. 22-23.

aumento no preço “sombra” desse bem – por exemplo, a elevação do tempo necessário para produzi-lo – tende a resultar na redução do seu consumo.¹⁸²

Outro exemplo oferecido em sua obra é o do casamento. Afirma o autor que a decisão de se casar é tomada por uma pessoa quando a utilidade que se espera do casamento supera a utilidade da escolha de permanecer solteiro ou de continuar procurando por um parceiro mais adequado. No mesmo sentido, uma pessoa casada resolve terminar seu casamento quando a utilidade derivada da ação de se separar ou de se casar com outra pessoa supera a utilidade de permanecer casado, incluídas nessa análise as perdas relativas ao afastamento em relação aos filhos, partilha de bens, custos de natureza jurídica etc. Como há muitas pessoas procurando por companheiros, seria possível, segundo Becker, afirmar que existe um “mercado” dos casamentos, no qual cada um age tentando dar o seu melhor.¹⁸³

A teoria também pode ser analisada sob a perspectiva do cumprimento dos deveres éticos ou cívicos. Por qual razão um cidadão pode deixar de cumprir deveres éticos, obrigações cívicas, como deixar lixo nas ruas ou não contribuir para o combate a corrupção? Segundo Maurício Soares Bugarin e Tomás Tenshin Sataka Bugarin, a resposta a questão se resume a análise de custos e incentivos.¹⁸⁴

Como já discorrido anteriormente, num mundo repleto de limitações, todo indivíduo tem que constantemente realizar escolhas. Decidir entre um leque de ações possíveis e excludentes. Considerando que as pessoas agem sempre em interesse próprio, elas escolherão, via de regra, ações que lhes tragam o menor custo e o maior benefício pessoal possível. Nessa ordem de ideias, pode-se concluir que as pessoas não guardam o lixo ou denunciam práticas corruptivas porque é custoso.¹⁸⁵

É desagradável, penoso, para um transeunte ter que carregar resíduos por um longo período até encontrar uma lata de lixo. A mesma lógica se dá em relação as denúncias de corrupção. Exigem esforço, tempo, envolvem riscos à integridade física do denunciante, entre outros custos que tornam a ação facilmente descartável. Por isso, na ausência de incentivos, as pessoas, via de regra, tendem a deixar os lixos nas ruas ou ignorar casos de corrupção.¹⁸⁶

¹⁸² BECKER, Gary. **The economic approach to human behavior**. Chicago: University of Chicago Press, 1978. p. 6.

¹⁸³ BECKER, Gary. **The economic approach to human behavior**. Chicago: University of Chicago Press, 1978. p. 10.

¹⁸⁴ BUGARIN, Maurício Soares; BUGARIN, Tomás Tenshin Sataka. Ética & incentivos: devemos recompensar quem denuncia corrupção?. **Rev. direito GV** [on-line], v. 13, n. 2, p. 390-427, 2017. p. 393.

¹⁸⁵ BUGARIN, Maurício Soares; BUGARIN, Tomás Tenshin Sataka. Ética & incentivos: devemos recompensar quem denuncia corrupção?. **Rev. direito GV** [on-line], v. 13, n. 2, p. 390-427, 2017. p. 393.

¹⁸⁶ BUGARIN, Maurício Soares; BUGARIN, Tomás Tenshin Sataka. Ética & incentivos: devemos recompensar quem denuncia corrupção?. **Rev. direito GV** [on-line], v. 13, n. 2, p. 390-427, 2017. p. 393.

Assim, para que haja uma mudança de comportamento, é necessário que sejam introduzidos incentivos, sejam monetários ou não. Nos Estados Unidos, por exemplo, existem equipamentos de reciclagem que promovem a troca de embalagens e lates de cerveja por alguns centavos. Trata-se de um incentivo positivo para que as pessoas guardem o lixo e promovam o seu adequado descarte. Por outro lado, no Estado de Washington, Estados Unidos, há multa que pode chegar até U\$ 1.000,00 para quem jogar restos de cigarro pela janela do carro. Nesse caso, tem-se um incentivo negativo.¹⁸⁷

Com relação a corrupção, a lógica é a mesma. O tempo necessário para combater a corrupção compete com outras atividades, como trabalho, cujo incentivo é a renda, e o lazer, cujo incentivo é a felicidade. Ou seja, para se dedicar ao combate a corrupção, o indivíduo necessita abrir mão de outras atividades, como o tempo necessário ao trabalho, reduzindo a sua renda, ou o tempo dispendido com o lazer, diminuindo sua felicidade.¹⁸⁸

Cabe pontuar que a satisfação cívica ou moral também é uma forma de recompensa, contudo ela será sopesada com outras sedutoras alegrias. Assim, o indivíduo terá que equilibrar entre ter maior renda, felicidade e manter sua integridade pessoal livre de riscos, de um lado, e ter satisfação cívica, do outro. Parece, intuitivamente, que os cidadãos, na média, descartam a satisfação cívica em detrimento das outras opções.

Portanto, muitas vezes os cidadãos deixam de cumprir suas obrigações morais, cívicas, optando por uma outra ação, que lhe pareça melhor, em razão dos custos e incentivos envolvidos no cumprimento de tais obrigações. Logo, “tanto incentivos positivos quanto negativos podem e devem ser usados de forma a estimular o comportamento desejado do cidadão.”¹⁸⁹

A partir do conjunto desses pressupostos, surge a Teoria dos Incentivos, a qual explica que “quando existe um custo para executar certa tarefa, os agentes necessitam ser de alguma forma motivados a fazê-lo, seja por meio de incentivos positivos, como remuneração ou algum tipo de premiação, seja por meio de incentivos negativos, como punição”.¹⁹⁰ Dentro do universo das relações sociais, um dos fatores que pode exercer influência como incentivo positivo ou negativo para a adoção de comportamentos humanos é o Direito (e, por consequência, as normas jurídicas).

¹⁸⁷ BUGARIN, Maurício Soares; BUGARIN, Tomás Tenshin Sataka. Ética & incentivos: devemos recompensar quem denuncia corrupção?. **Rev. direito GV** [on-line], v. 13, n. 2, p. 390-427, 2017. p. 393.

¹⁸⁸ BUGARIN, Maurício Soares; BUGARIN, Tomás Tenshin Sataka. Ética & incentivos: devemos recompensar quem denuncia corrupção?. **Rev. direito GV** [on-line], v. 13, n. 2, p. 390-427, 2017. p. 394.

¹⁸⁹ BUGARIN, Maurício Soares; BUGARIN, Tomás Tenshin Sataka. Ética & incentivos: devemos recompensar quem denuncia corrupção?. **Rev. direito GV** [on-line], v. 13, n. 2, p. 390-427, 2017. p. 396.

¹⁹⁰ BUGARIN, Maurício Soares; BUGARIN, Tomás Tenshin Sataka. Ética & incentivos: devemos recompensar quem denuncia corrupção?. **Rev. direito GV** [on-line], v. 13, n. 2, p. 390-427, 2017. p. 394.

Nesse sentido, o Direito pode influir sobre as condutas humanas por meio de duas formas: (i) estabelecendo “preços” para a prática de determinados comportamentos, por meio da imposição de obrigações jurídicas como consequência da adoção de certas condutas (ex.: regra de responsabilidade civil em casos de ações negligentes que gerem danos a terceiros), gerando um “custo” para quem praticá-las; (ii) prevendo determinadas estruturas de direitos, cada qual oferecendo um conjunto distinto de incentivos para que os indivíduos orientem as suas condutas em um ou em outro sentido¹⁹¹ (ex.: regras de aposentadoria mais benéficas para servidores públicos podem incentivar a realização de concurso público).

Aplicando-se a abordagem econômica ao fenômeno jurídico, é possível afirmar que os indivíduos orientarão as suas escolhas e a adoção de seus comportamentos em função desse “preço” atribuído pelo Direito, o que permitirá uma explicação da realidade jurídica a partir da linguagem econômica. Em outras palavras: se as decisões tomadas pelas pessoas são guiadas por “custos de oportunidade” (decisões alternativas que poderiam ter sido escolhidas e que não foram) e se o Direito fixa “preços” (ainda que não monetários) a determinadas condutas por meio de incentivos positivos (prêmios) ou negativos (sanções), conclui-se que o custo de se atuar em conformidade com o Direito é o “custo de oportunidade” de sua eventual inobservância ou transgressão. Os problemas jurídicos, sob tal viés, consistem em problemas de escolha entre as possíveis alternativas que se apresentam em uma situação concreta,¹⁹² tais como: cumprir o contrato ou pagar indenização? Respeitar a regra de trânsito ou sujeitar-se à sanção administrativa? Atender aos requisitos para adquirir o direito à aposentadoria ou abrir mão do benefício previdenciário?

Essa aplicação da racionalidade econômica para a explicação dos fenômenos jurídicos, é preciso deixar claro, não se confunde com a ideia de que todas as ações humanas e a forma como são reguladas pelo ordenamento jurídico podem ser reduzidas a um preço de caráter monetário e se inserem no setor mercantil. A expressão “preço”, repise-se ainda uma vez, está relacionada com os custos relacionados à tomada de uma determinada decisão de comportamento. Qual é o ônus que o indivíduo suportará por adotar a conduta A e não a conduta B? E qual é o bônus gerado pela prática daquela conduta? A partir da análise racional das vantagens e desvantagens associadas a cada comportamento, o ser humano é capaz de decidir qual delas é melhor adotar.

Com base nesse raciocínio, o Direito passa a se apresentar como um elemento fundamental para orientar e planejar formas de ação eficientes a partir da perspectiva

¹⁹¹ MERCADO PACHECO, Pedro. La construcción teórica del análisis económico del derecho. **REGAP**: Revista Galega de Administración Pública, n. 30, p. 15-43, 2002. p. 22.

¹⁹² MERCADO PACHECO, Pedro. La construcción teórica del análisis económico del derecho. **REGAP**: Revista Galega de Administración Pública, n. 30, p. 15-43, 2002. p. 22.

econômica.¹⁹³ O sistema jurídico, ao gerar incentivos positivos e negativos, ainda que totalmente desprovidos de consequências pecuniárias, é capaz de guiar os comportamentos humanos para um ou outro sentido, tornando-se um relevante fator de estímulo a determinadas condutas.

A lógica em questão pode ser transplantada, *mutatis mutandis*, para os deveres de cunho ético familiar. Por qual razão um indivíduo deve prestar assistência aos meus irmãos, na sua velhice ou em um momento de enfermidade, se não há qualquer custo ou benefício, exceto, em alguns casos, uma satisfação pessoal, pelo auxílio prestado. Do mesmo modo nas relações entre pais e filhos, muito embora nesse caso existam custos legais que a ausência de cumprimento de deveres éticos/legais pode gerar, como a perda do poder familiar, condenação à prestação de alimentos, indenização por abandono afetivo, entre outros. Porém, embora esses sejam custos, como eles são de difícil imposição, uma vez que exigem a movimentação da máquina judiciária, muitas vezes eles são negligenciados pelos envolvidos.

É sob o manto da Teoria dos Incentivos que a tese será arquitetada. Assim, pretende-se propor, à luz da presente teoria, a reformulação do sistema sucessório, objetivando criar um sistema de incentivos que conduza os sujeitos prestarem assistência – comportamento afetivo – para seus familiares ou terceiros, conforme será detidamente analisado no capítulo seguinte.

1.2.2 Eficiência e justiça na perspectiva da Análise Econômica do Direito

“a demanda pela justiça certamente não é independente do seu preço”

Richard Posner

O conceito de justiça é um dos temas que suscita fortes divergências entre juristas, filósofos, economistas etc. No campo da Análise Econômica do Direito, uma das questões mais candentes e cercada de controvérsias reside na aproximação da ideia de justiça e eficiência.

Uma das críticas recorrente em relação a tese que será sustentada, consiste na criação de situações de “injustiças” ao privar alguns herdeiros consanguíneos ou civis da herança ou incluir terceiros (sem parentesco com o falecido) na condição de herdeiros necessários, conforme será defendido no último capítulo. Isso porque, parte-se do

¹⁹³ MERCADO PACHECO, Pedro. La construcción teórica del análisis económico del derecho. **REGAP**: Revista Galega de Administración Pública, n. 30, p. 15-43, 2002. p. 23.

pressuposto que o direito à herança é um direito “intrínseco” ao ser humano, que encontra seu fundamento na “justiça”. O objetivo com o presente item é demonstrar que existem diferentes concepções de justiça e que o sentido de justiça trazido pela Análise Econômica do Direito destoa do sentido de justiça jusnaturalista, juspositivista, entre outros existentes. E, com isso, desconstruir a ideia, por exemplo, de que privar um filho da herança de seus genitores pode não ser uma injustiça – ao menos do ponto de vista da teoria juseconômica. Para tanto, a questão será introduzida por meio da história de três irmãos que receberam quotas partes desiguais da herança do falecido genitor.

Era uma triste noite de quinta-feira em uma certa cidade brasileira. O dia estava frio e chuvoso. Todos os amigos e parentes reunidos ao redor do caixão, dando seu último adeus ao falecido. A esposa choramingava, tocando sua mão gélida e recordando os bons momentos vividos juntos. Afinal, tinham sido mais de 30 anos de casados. Os três filhos do casal conversavam sobre suas rotinas de trabalho, filhos e problemas do dia a dia. Papai tinha sido um homem muito duro com todos, não tinham “boas” memórias para recordar. Ao final, depois da marcha fúnebre até o local do sepultamento, todos se despedem e, com lágrimas nos olhos, se encerra o triste ritual de despedida.

Passado uma semana, ao final da missa de sétimo dia, o filho mais velho comentou com os outros dois irmãos: “papai deixou um testamento”. Aquele momento de tristeza e sofrimento se transformou em angústia e ansiedade. Todos, inclusive a viúva, ficaram apreensivos para saber o que constava no “ato de última vontade” do “*de cujus*”. Após procurar o advogado da família e terem acesso ao testamento particular, veio a notícia devastadora para o filho mais novo: o falecido deixou 50% do seu patrimônio – a parte disponível – para os dois filhos mais velhos do casal, preterindo o caçula. A viúva, em razão do regime de comunhão universal de bens, não foi prejudicada. Mas o filho mais novo não ficou contente com o último ato de “desafeto” de seu pai. Os irmãos mais velhos amealham, cada um, 41% da herança deixada, e, o mais novo, míseros 16% – a quota parte que a legítima (art. 1.789, do CC)¹⁹⁴ lhe garante.

Feita essa breve narrativa, de uma típica família brasileira (muito embora no Brasil redigir um testamento seja uma exceção, não uma regra)¹⁹⁵, passa-se agora a análise da “justiça” da decisão do falecido. Para tanto, variáveis serão inseridas progressivamente na história, mudando os cenários em que o testamento foi redigido pelo autor da herança. O conceito de justiça é abstrato, amplíssimo e cambiante, pelo que será adotado o conceito de

¹⁹⁴ Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.

¹⁹⁵ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda. Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 263.

“justiça distributiva” de Ronald Dworkin,¹⁹⁶ segundo a qual a ideia de justiça está calcada na igualdade de oportunidades (igualdade material) e responsabilidade.¹⁹⁷

Sem que seja inserida qualquer variável adicional na história, a decisão do falecido poderia ser considerada, para alguns, injusta. Se todos os filhos são iguais (art. 227, § 6º, da CF/88¹⁹⁸ e art. 1.596 do CC¹⁹⁹), não haveria justificativa para tratamento discriminatório dado pelo pai em relação ao filho caçula. Logo, pode-se concluir, inicialmente, que a decisão, embora amparada legalmente (art. 1.789, do CC), foi injusta. Deve-se tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual – isso é justo.

Agora, imagina-se que os dois filhos mais velhos seguiram o desejo do pai, o primeiro se graduando em medicina e o segundo em administração de empresas. O primeiro cuidou da sua saúde e lhe prestou toda assistência nos últimos anos de vida, e o segundo geriu, de forma diligente, os negócios da família. O filho mais novo, por outro lado, iniciou e trancou vários cursos, e, ao final, não chegou sequer a concluir um curso superior. Além disso, era alcoólatra. Com as novas variáveis trazidas alguns podem considerar a decisão justa e outros injusta. De um lado alguns argumentarão que a decisão foi justa, afinal, o pai buscou premiar os filhos mais esforçados e que lhe auxiliaram ao final da vida, em detrimento do preguiçoso e alcoólatra, o qual foi apenas fonte de decepções para o pai. De outro lado, alguns argumentarão que a decisão foi injusta, pois o pai privilegiou os filhos que já possuíam boas perspectivas econômico financeiras, o médico e o administrador, em detrimento do filho que tem menores chances (em tese) de êxito no mercado de trabalho, pois além de não ter uma formação, está doente (alcoólismo é uma doença de acordo com o Organização Mundial da Saúde). Nesse caso, conforme o ângulo analisado, hora se diz que a decisão é justa, hora que é injusta – a depender da subjetividade e do conjunto de valores do observador. Em ambos os casos está se tratando os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual.

¹⁹⁶ DWORKIN, Ronald. M. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

¹⁹⁷ “Dworkin é considerado um dos expoentes, senão o principal, de uma corrente de pensamento da filosofia política anglo-americana geralmente denominada igualitarismo liberal. Ao contrário do igualitarismo por assim dizer radical, essa corrente aceita a premissa liberal de que a distribuição das riquezas sociais deve expressar de algum modo as escolhas das pessoas e que, portanto, uma distribuição idêntica de riquezas não é necessariamente uma distribuição justa ou igualitária. Em direção oposta, porém, deve-se concluir que as desigualdades materiais que não podem ser atribuídas às escolhas das pessoas, ou seja, as que se devem a circunstâncias fora de seu controle, não são justificadas. Trata-se da aplicação, no campo da justiça distributiva, do princípio ético bem estabelecido da responsabilidade.” FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Justiça distributiva para formigas e cigarras. Novos estud. CEBRAP** [on-line], n. 77, p. 243-253, 2007. p. 244-245.

¹⁹⁸ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...] § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

¹⁹⁹ Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

No entanto, suponha-se que o filho mais novo seja homossexual. Criado em uma cidade pequena e em uma família extremamente conservadora e religiosa, foi ameaçado diversas vezes pelo pai, apanhava com frequência e era forçado a consultas frequentes de “reversão” em clínicas de psicologia. Suponha-se, ainda, que tenha sido abusado diversas vezes por um tio durante a infância, e que o pai, ao descobrir, procurou “abafar” o caso para não “sujar” o nome da família. Em razão dos traumas na infância e adolescência, desenvolveu diversos problemas psicológicos e de socialização, razão pela qual não concluiu os cursos de graduação que iniciou e tornou-se viciado em álcool. Diante das novas variáveis adicionadas à história, pode ser que certas pessoas se inclinam a sustentar que a decisão do autor da herança foi injusta e, inclusive, defender a manutenção da legítima (art. 1.789, do CC)²⁰⁰ como uma forma de assegurar que uma injustiça maior – ou seja, a exclusão total do filho homossexual – seja praticada em casos como esse.²⁰¹ Nesse caso um critério pessoal – a homossexualidade –, uma característica intrínseca e não submetida a esfera deliberativa do indivíduo²⁰², está sendo utilizada como um critério para discriminação negativa de um filho, sendo, portanto, injusto.

Por fim, uma última variável. O filho mais novo também era “pródigo”, com diagnóstico médico confirmado. Logo, a decisão pela sua exclusão havia sido motivada pela prodigalidade. Os irmãos mais velhos já o auxiliavam financeiramente e, portanto, continuariam promovendo seu sustento e apoio financeiro. Logo, a decisão não possuía ligação com a homossexualidade do filho, mas sim visava a melhor gestão dos recursos deixados de herança, uma vez que os irmãos mais velhos iriam, também, se valer desses recursos para continuar promovendo o sustento do caçula, inclusive por ser um dever legal (art. 1.697, do CC²⁰³). Diante do novo contexto apresentado, a manifestação de última vontade sob todos os ângulos parece justa. O filho desigual foi tratado de forma desigual, com vistas ao seu bem-estar.

A história que ilustra essa sessão serve para demonstrar como o conceito ou ideia de justiça pode ser variável e depende da análise de questões objetivas e subjetivas. Pode ser, por exemplo, que alguns leitores tenham entendido, desde o início, que a divisão

²⁰⁰ Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.

²⁰¹ Nesse sentido sustentou a professora Adriana Antunes Maciel Aranha Hapner em palestra proferida no “Congresso Herança e Desigualdade: desafios à promoção do desenvolvimento socioeconômico”, realizado nos dias 18 a 20 de março de 2019, nas dependências da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

²⁰² Sobre a questão ver “Teoria Econômica da Homossexualidade e seus incentivos e inibições”, no artigo: PETHECHUST, Eloi; GONÇALVES, Oksandro Osdival. A homossexualidade sob a perspectiva da análise econômica do direito: custos e benefícios do comportamento sexual preferido à luz do Direito Constitucional brasileiro e dos Direitos Humanos. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 18, p. 409-433, 2016. p. 416-420

²⁰³ Art. 1.697. Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais.

testamentária foi justa, pois amparada na legalidade – independentemente das outras variáveis apresentadas (uma leitura juspositivista). Outros, ao revés, que a decisão foi injusta, pois nada justifica uma divisão sucessória desigual entre os filhos (uma visão igualitarista).

Afinal, a disposição de última vontade foi justa ou injusta?

Para o jusnaturalismo racionalista²⁰⁴, segundo o qual o direito decorre parte da razão e parte da própria natureza, a justiça está apoiada no direito natural, representado por um valor transcendental ou metafísico de justiça. Logo, o conceito de justiça parte de valores éticos e morais do observador, aplicador e interprete do direito, sendo carregada, portanto, de subjetivismo.²⁰⁵ Portanto, se há argumentos racionais para justificar o direito à herança (v.g. dever de solidariedade humana²⁰⁶), como um direito natural, excluir a participação de um herdeiro necessário poderia ser considerada “injusta”, pois contrária ao direito natural.

De outro vértice, no juspositivismo²⁰⁷, que tem suas bases nas ciências naturais, a ideia de justiça está centrada no direito, que, por sua vez, nada mais é do que um fato social. O direito é resultado de uma opção humana, servindo como uma ferramenta para organizar a sociedade. Na concepção juspositivismo, justo é o que está previsto legalmente – de acordo com critérios de racionalidade.²⁰⁸ Logo, se a lei prevê o direito à herança, é justo que o herdeiro receba sua quota conforme regulamentado – independente de outros juízos de natureza ética ou moral (como repúdio ao preconceito, por exemplo).

No pós-positivismo, que busca restabelecer uma relação entre direito e ética, a justiça ganha diferentes concepções. John Rawls²⁰⁹ buscar criar um conceito de justiça por meio do “véu da ignorância”²¹⁰, Jürgen Habermas com base na situação de “discurso ideal”²¹¹, Robert

²⁰⁴ Embora existem várias correntes jusnaturalistas, aqui toma-se por base a ideia central do jusnaturalismo racionalista, que acentua a importância do direito natural e da razão.

²⁰⁵ KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 100.

²⁰⁶ Como se observará a solidariedade e o afeto presumido são de forma recorrente utilizados pela doutrina para fundamentar a sucessão legítima.

²⁰⁷ Embora existem várias correntes juspositivistas, aqui toma-se por base a ideia central do juspositivo, que acentua a importância do direito nos fatos sociais, afastando direito e moral.

²⁰⁸ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1999.

²⁰⁹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Vamireh Chacon. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

²¹⁰ Segundo John Rawls para alcançar um conceito de justiça o jurista deve se colocar em uma posição hipotética original, sob o véu da ignorância, na qual não tem noção de si mesmo, nem sequer de qual seria sua posição na sociedade ao nascer (com isso restaria assegurada sua imparcialidade). Por meio desse exercício hipotético, teria que se tomar muito cuidado nas escolhas dos princípios que norteariam sua vida, pois desconheceria previamente a sua classe, religião, etnia, cultura etc. Com isso, poder-se-ia evitar que os princípios de justiça escolhidos pudessem beneficiar alguns e prejudiciais a outros. Portanto, a ideia de justiça é alcançada quando se desconhece a posição na sociedade e se está desvinculado de outro critério, seja religioso, cultural, étnico, ou qualquer situação que possa caracterizar em uma escolha discriminatória ou vantajosa a algum grupo ou pessoa.

²¹¹ Discurso ideal seria um consenso de todos com relação ao o que é universal e correto. HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

Alexy²¹² por meio dos “mandados de otimização”²¹³, Ronald Dworkin²¹⁴ através do “juiz Hércules”²¹⁵, Amartya Sen²¹⁶ com a “teoria da escolha social”²¹⁷, entre outros.

Considerando que o objetivo da tese não é discorrer exaustivamente sobre as teorias da justiça, o que daria um trabalho monográfico por si só²¹⁸, mas sim situar o leitor que não há uma ideia única de justiça, muito menos um direito natural à herança calcado na “justiça”, segue uma breve explicação, extraída da obra de Amartya Sen, acerca das principais correntes da teoria da justiça.

Amartya Sen sustenta que é possível conglomerar as diferentes concepções de justiça em três correntes, sendo elas as correntes igualitárias, libertárias e utilitárias da justiça. Para explicar cada uma delas, Sen utiliza o exemplo de “três crianças e uma flauta”, na qual discute-se qual das crianças – Anne, Bob e Carla – devem ficar com uma flauta. Anne sustenta que a flauta deve ficar com ela, pois ela é única que sabe tocar a flauta. Bob defende que a flauta deve ficar com ele, uma vez que ele é muito pobre e não tem outros brinquedos (as outras duas crianças são ricas e dispõem de outros brinquedos). Carla, por sua vez, argumenta que flauta deve ficar com ela, pois foi ela que fez a flauta, sendo, portanto, fruto do seu trabalho.²¹⁹

De acordo com Sen o caso das crianças e a disputada pela flauta ilustra três formas de ver a justiça. Teóricos com diferentes convicções observariam o exemplo e diriam que existe uma solução muito evidente para o caso e que não é difícil enxergá-la. A corrente igualitária econômica defenderia Bob, uma vez que para eles a ideia de justiça reside em diminuir as diferenças entre ricos e pobres. A corrente libertária pragmática daria aprovação imediata para Carla, pois justiça significa, para eles, que cada um tem direito aos frutos do seu trabalho pessoal. Por último, a corrente utilitarista poderia dar duas respostas para o caso. Por um lado, poderia defender Anne, considerando que ela irá tirar mais proveito do objeto,

²¹² ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

²¹³ Robert Alexy caracteriza os princípios como mandamentos ou mandados de otimização que servem para guiar a argumentação em um determinado sentido quando existe um conflito aparente de direitos. Assim, quando há o conflito de direitos, a decisão justa é aquela que satisfaça as exigências de otimização, vale dizer, realize o máximo possível para a implementação de um direito, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas.

²¹⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

²¹⁵ Ronald Dworkin diz que os juizes seriam como Hércules – da mitologia grega. Eles teriam a árdua tarefa de julgar de acordo com a história legislativa, moral e política do contexto em que tal caso se assenta. Sua decisão deve ser baseada em princípios e compatível com a integridade do direito.

²¹⁶ SEN, Amartya Kumar. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

²¹⁷ Amartya Sen propõe uma teoria de justiça que cujo enfoque é o bem estar da sociedade (portanto, não centrada do indivíduo, mas sim na coletividade). Para ele a ideia de justiça reside na promoção das capacidades que todos os membros da sociedade devem ter para poder desenvolver livremente. Ou seja, na satisfação de necessidades fundamentais de todos os seres humanos.

²¹⁸ Sobre as teorias da justiça ver: GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

²¹⁹ SEN, Amartya Kumar. **A ideia de justiça**. Trad. Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 51.

por ser a única que sabe tocar a flauta. Por outro lado, poderia sustentar que Bob tem direito a ficar com a flauta, pois seu incremento de felicidade seria o maior, uma vez que ele não tem qualquer outro brinquedo (não possui outras comodidades).²²⁰

O que Sen quer demonstrar com o exemplo da disputa das três crianças pela flauta é que existe mais de uma perspectiva relevante quando se fala em justiça, as quais podem ser consideradas imparciais e não arbitrárias, sendo, de certo modo, impossível, sem que seja arbitrário, sustentar que uma deve prevalecer em detrimento das demais. Ora o senso de justiça pode estar baseado na busca da satisfação humana, ora na remoção da pobreza ou, ainda, no direito a desfrutar dos produtos do próprio trabalho. Todas as ideias de justiça possuem fortes argumentos ao seu favor, porém cada uma se assenta em premissas diferentes acerca de como deve ser a alocação de recursos em geral.²²¹ Vale dizer “os conceitos de justiça são expressões de preferências individuais”.²²²

Segundo Amartya Sen, cada uma das ideias de justiça busca o bem-estar individual das crianças, porém a partir de premissas distintas. Nas palavras de Sen: “Suas divergências são sobre como os arranjos sociais devem ser estabelecidos e quais instituições sociais devem ser escolhidas e, através disso, sobre quais realizações sociais devem vir a acontecer.”. Ou seja, “Não se trata apenas das diferenças entre os interesses pelo próprio benefício das três crianças (embora, é claro, eles sejam diferentes), mas do fato de que cada um dos três argumentos aponta para um tipo diferente de razão imparcial e não arbitrária.”.²²³

Como se observa, a ideia de justiça pode se assentar em premissas completamente distintas, todas imparciais e não arbitrárias e que oferecem respostas “justas” à situação concreta. Com a Análise Econômica do Direito não é diferente. A teoria também possui uma ideia central de justiça, a qual é personificada na eficiência. Segundo Albert Casamiglia, “La propuesta de los economistas – y especialmente de las escuelas más radicales es analizar el derecho desde el punto de vista – de la eficiencia.”.²²⁴

Nessa esteira, Fabiano Teodoro de Rezende Lara afirma que “Independentemente das posições adotadas pelas doutrinas principais da Análise Econômica do Direito, o problema

²²⁰ SEN, Amartya Kumar. **A ideia de justiça**. Trad. Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 51-52.

²²¹ SEN, Amartya Kumar. **A ideia de justiça**. Trad. Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 52.

²²² RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Eficácia x eficiência: a análise econômica do direito. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 1, v. 2, p. 27-33, abr./jun. 2000. p. 30.

²²³ SEN, Amartya Kumar. **A ideia de justiça**. Trad. Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 52.

²²⁴ CASAMIGLIA, Albert. Eficiencia y derecho. **Doxa**, n. 4, p. 267-287, 1987. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10913/1/Doxa4_17.pdf. Acesso em: 18 jul. 2019. p. 286.

principal, no fundo, refere-se à adoção da eficiência econômica como parâmetro de justiça.”²²⁵

Antes de tudo, deve-se ter em mente que o próprio significado de eficiência também não é universal.²²⁶ Nesse sentido, Lara Bonemer Rocha Floriani esclarece que “a aplicação do critério de eficiência depende, indubitavelmente, da ótica posicional adotado em cada caso concreto, pois [...] a eficiência para determinados indivíduos, pode não o ser para outros.”²²⁷

Dentre as diversas acepções de eficiência dentro da teoria econômica, as mais expressivas foram elaboradas por Vilfredo Pareto (Ótimo de Pareto ou Pareto-Eficiente)²²⁸ e Nicholas Kaldor e Sir John Hicks (Critério Kaldor-Hicks).²²⁹ Em apertada síntese, de acordo com a primeira, eficiência de Pareto, uma configuração é eficiente quando se torna impossível melhorar as condições de vida de uma pessoa, uma família, classe social ou algumas pessoas, sem ao mesmo tempo provocar o prejuízo a outras. Portanto, seria a troca em que não existiria possibilidade de melhora de um lado sem que houvesse a possibilidade de piora do outro. Tal conceito sofreu diversas críticas, pois permitiria, por exemplo, afirmar que a concentração de renda nas mãos de uma única pessoa poderia ser considerada ótima no sentido de Pareto, em situações em que a alocações dos recursos não pudesse melhorar a situação de um dos agentes sem prejudicar o outro.²³⁰ Por sua vez, a eficiência segundo o critério Kaldor-Hicks estabelece que é possível sim melhorar a situação de vida de alguns por piorando a situação de outros, desde que seja possível aos que obtiveram o ganho indenizar os perdedores – ganho no qual o vencedor pode indenizar o perdedor. Se não há o pagamento explícito, os perdedores podem vetar qualquer mudança.²³¹

Embora a eficiência seja um termo polissêmico, tradicionalmente “diz-se que um processo de produção é eficiente quando não é possível gerar a mesma quantidade de produção usando determinada combinação de insumos de custo menor ou quando não é

²²⁵ LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. A Análise Econômica do Direito como método e disciplina. **E-civitas Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH**, Belo Horizonte, v. I, n. 1, nov. 2008. ISSN: 1984-2716. p. 11.

²²⁶ “A eficiência, como princípio jurídico, possui novas características, gerando, também, inúmeros conceitos do princípio da eficiência, os quais podem acabar sendo manipulados por conotações ideológicas e não jurídicas”. BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. Princípio da eficiência. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2001. p. 33.

²²⁷ ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da. **O desenvolvimento pelo acesso à justiça**. Birigüi: Boreal, 2015. p. 57.

²²⁸ PARETO, Vilfredo. **Manual de economia política**. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

²²⁹ KALDOR, Nicholas. Welfare propositions of economics and interpersonal comparisons of utility. **The Economic Journal**, v. 49, n. 195, p. 549-552, sep. 1939.

²³⁰ DOMINGUES, Víctor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2001. p. 39-41.

²³¹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 64-65.

possível obter mais produção utilizando a mesma combinação de insumos.”.²³² Ou seja, “a eficiência se traduz em maximizar benefícios e minimizar perdas, na alocação de recursos”.²³³

Essa ligação umbilical entre justiça e eficiência rendeu várias críticas à Análise Econômica do Direito. Segundo Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Junior:

Os críticos dos doutrinadores que aplicam os conceitos econômicos à interpretação do Direito adotam geralmente a obra de Bentham ao afirmar que a Análise Econômica do Direito acaba por substituir os valores éticos por soluções baseadas na utilidade (eficiência), o que poderia conduzir a situações aberrantes como o comércio de órgãos ou crianças, uma vez que a comercialização de um rim traria felicidade para o vendedor e comprador: o primeiro porque teria pequena privação de atividade física, mas poderia usufruir de grande quantidade de dinheiro; e o segundo, porque teria prejuízo monetária, mas teria alcançado a sobrevivência, sem a qual o dinheiro não significa nada.²³⁴

Por essa razão, ao longo da história a ideia de justiça enquanto eficiência dentro da disciplina passou por profundas transformações, inclusive tendo alguns autores, como Richard Posner, revisto profundamente seus posicionamentos sobre o tema.²³⁵ Segundo Bruno Meyerhof Salama, “No final dos anos 1970, Posner propôs que o critério de eficiência poderia ser a pedra de toque para a formulação e interpretação do direito. Criticado, defendeu-se como pôde, até finalmente abandonar a tese.”.²³⁶

Richard Posner, na sua obra *The Economics of Justice*, defendeu que regras e instituições jurídicas deveriam ser avaliadas com base na eficiência. De acordo com Posner, para que uma decisão fosse considerada justa, bastaria que a decisão pudesse maximizar a riqueza da sociedade. Nesse sentido, regras e interpretações que maximizassem a riqueza social (eficiência) eram justas e, ao revés, teríamos normas injustas.²³⁷ Portanto, de acordo com Salama, “O que Posner propôs [...] é que as instituições jurídico-políticas, inclusive as

²³² COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 38.

²³³ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Eficácia x eficiência: a análise econômica do direito. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 1, v. 2, p. 27-33, abr./jun. 2000. p. 30.

²³⁴ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 55.

²³⁵ “[...] a concepção de eficiência aprimorada na doutrina análise econômica do direito, pelo autor Richard Posner. Em um primeiro momento, notadamente nas obras *Economics of Justice* e *Economic analysis of law*, em suas primeiras edições, o autor adotava o enfoque da maximização da riqueza. Já a partir da década de 1990, o autor abandona tal fundamentação e apresenta a visão pragmática do direito nas obras *The problems of jurisprudence*, *Overcoming law* e *Law, pragmatism and democracy*.” SANTOS FILHO, Sirio Vieira. A eficiência sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito. **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 30, n. 2, p. 210-226, 2016. p. 221.

²³⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – RIDB**, n. 1, p. 435-483, 2012. p. 436.

²³⁷ POSNER, Richard A. **The economics of justice**. 2. ed. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983. p. 115.

regras jurídicas individualmente tomadas, devam ser avaliadas em função do paradigma de maximização da riqueza.”²³⁸

Ocorre que, a concepção de justiça de Posner, franqueada na maximização de riqueza como fundação ética para o Direito, mostrou-se uma tese radical e detentora de diversas falhas. A completa separação entre a eficiência e a promoção de valores morais ou ideais de justiça, poderia conduzir a situações não boas, injustas ou incorretas, conforme demonstrado por Ronald Dworkin em seu artigo “Is wealth a value?” (“A riqueza é um valor?”).²³⁹

A título exemplificativo, na compreensão original de justiça de Posner uma sociedade escravagista e uma democrática poderiam ter o mesmo valor, desde que em ambas houvesse um número aferível de satisfação das pessoas.²⁴⁰

Nesse mesmo sentido, Carmem Lucia Silveira Ramos aponta que a eficiência, por si só, pode conduzir a situações de desigualdade distributiva. Segundo a autora, a eficiência – pura ou como um valor em si – é perfeitamente compatível com situações de injustiça distributiva, ou seja, uma situação de distribuição desigual de riqueza.²⁴¹

Diante desse cenário surgiram novas concepções mitigadas acerca da eficiência como critério de justiça. Nasceram teorias acerca da eficiência e justiça que passaram a incorporar – ou ao menos considerar – outros elementos ao lado da eficiência, como a equidade, valores democráticos etc.

De acordo com o economista Salvador Barberà Sández, “[...] el criterio de Pareto tiene capacidad muy limitada para discriminar entre distintos estados económicos; y por ello el economista tiene que apelar a consideraciones adicionales, de naturaleza distinta; de equidad, justicia, desigualdad, etc.”.²⁴²

A ideia de eficiência e justiça foram, então, repaginadas. A eficiência passou a caminhar ao lado da justiça, deixando de ser um fim em si mesma e a corresponder a um “meio” de se alcançar a justiça. Vale dizer, a eficiência tornou-se instrumental na busca da justiça – seja lá qual for a ideia de justiça que se busca implementar.²⁴³ Assim a economia

²³⁸ SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa** – RIDB, n. 1, p. 435-483, 2012. p. 448.

²³⁹ Nesse sentido: DWORKIN, Ronald. “Is Wealth a Value?” **Journal of Legal Studies**, n. 9, 1980.

²⁴⁰ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2009. p. 89.

²⁴¹ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Eficácia x eficiência: a análise econômica do direito. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, ano 1, v. 2, p. 27-33, abr./jun. 2000. p. 30.

²⁴² BARBERÀ SÁNDEZ, Barberá. Justicia, equidad y eficiencia. **Hacienda Pública Espanola**, n. 51, p. 213-248, jan. 1978. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/266626858>. Acesso em: 18 jun. 2019. p. 213.

²⁴³ CASAMIGLIA, Albert. Eficiencia y derecho. **Doxa**, n. 4, p. 267-287, 1987. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10913/1/Doxa4_17.pdf. Acesso em: 18 jul. 2019. p. 287.

passou a fornecer “ferramentas úteis para iluminar a relação entre meios jurídicos e fins normativos.”.²⁴⁴

Explicando melhor. A justiça, como se viu, diz respeito a valores e preferências. A depender das preferências de um indivíduo ou dos objetivos sociais de uma coletividade, ter-se-á diferentes concepções de justiça. Se o objetivo for a maior equidade, justa será a decisão que diminuir as desigualdades. Se o objetivo for a maximização de riqueza, justa será a decisão que realizar a melhor alocação possível dos recursos. E assim sucessivamente.²⁴⁵ Não cabe, contudo, a economia julgar quais dessas distintas concepções devem ser adotadas em uma sociedade, pois elas gravitam em torno do mundo dos valores. E cabe a cada comunidade eleger os seus.²⁴⁶

Nesse sentido, Ivo Teixeira Gico Junior sustenta que sob uma perspectiva valorativa (ética ou moral) a Análise Econômica do Direito não é capaz de responder o que é justiça. Isso porque, “Mesmo quando realizando uma análise normativa, a AED é incapaz de dizer o que é justo, o que é certo ou errado. Essas categorias encontram-se no mundo dos valores e são, portanto, questões subjetivas.”.²⁴⁷

Contudo, apesar de “la teoría económica no puede resolver estas controversias [o que é justiça]. Pero lo que sí puede hacer es clarificar los términos en que se platean”.²⁴⁸ Ou seja, conquanto a teoria econômica não possa indicar o que é justo para uma dada comunidade, ela pode apontar qual o caminho mais eficiência para implementar os postulados de justiça escolhidos por essa comunidade.

Por que não associar eficácia (o alcance do vetor normativo) com a eficiência (o alcance do vetor normativo com o mínimo de desperdícios ou perdas)? Ainda que não exista um consenso sobre o que é justiça, é evidente que a perda de recursos/esforços representa custo social, o que é indesejável sob qualquer perspectiva.²⁴⁹

Segundo Alejandro Bugallo Alvarez, apesar de não se poder dizer o que é justo sob a perspectiva juseconômica, é possível afirmar que toda norma que gera desperdício é injusta. De acordo com Bugallo Alvarez, pode-se extrair as seguintes inferências a partir da

²⁴⁴ SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – RIDB**, n. 1, p. 435-483, 2012. p. 477-478.

²⁴⁵ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 29, p. 49-68, jul./dez. 2006. p. 60-67.

²⁴⁶ BARBERÀ SÁNDEZ, Barberá. Justicia, equidad y eficiencia. **Hacienda Pública Española**, n. 51, p. 213-248, jan. 1978. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/266626858>. Acesso em: 18 jun. 2019. p. 213.

²⁴⁷ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, n. 1, p. 7-33, 2010. p. 27.

²⁴⁸ BARBERÀ SÁNDEZ, Barberá. Justicia, equidad y eficiencia. **Hacienda Pública Española**, n. 51, p. 213-248, jan. 1978. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/266626858>. Acesso em: 18 jun. 2019. p. 213.

²⁴⁹ SZTAJN, Raquel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & economia – análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 81.

imbrincada relação entre eficiência e justiça: (i) uma sociedade justa é uma sociedade com eficiência; (ii) uma sociedade que desperdiça recursos dificilmente pode ser qualificada como justa ou equitativa; (iii) a eficiência compõe a ideia de justiça, muito embora não seja o seu único componente, nem o principal; (iv) analisar as normas jurídicas a partir da eficiência pode ser útil para avaliar se as normas alcançam seu objetivos de forma eficiente ou não.²⁵⁰

Denota-se que a Análise Econômica do Direito a despeito de não dizer o que é justo, aponta que toda norma que gera desperdício (ineficiente) é injusta. Considerando que se vive em um mundo onde os recursos são escassos e as necessidades humanas potencialmente ilimitadas, todo desperdício de recursos mostra-se injusto.

Portanto, para alguns juseconomistas – cuja perspectiva é adotada na presente pesquisa – a ideia de justiça é instrumental. Não se avalia se o objetivo social que se almeja alcançar com a norma é certo ou errado, justo ou injusto. Se avalia se os meios eleitos para se alcançar o objetivo social almejado são certos (eficientes) ou errados (ineficientes), e, partir dessa análise, se tipifica a norma como justa ou injusta na ótica juseconomista. Portanto, a eficiência é um componente que integra a ideia de justiça, seja qual for a concepção de justo que dada comunidade adote.²⁵¹

A partir dessa reflexão, pode-se chegar as seguintes assertivas: (i) uma norma pode ser injusta (do ponto de vista valorativo, ético ou moral), porém eficiente; (ii) uma norma pode ser justa (do ponto de vista valorativo, ético ou moral) e eficiente; (iii) uma norma considerada ineficiente (que gere desperdícios, vale dizer, para alcançar o vetor normativo utilize mais recursos que o necessário), não poderá ser considerada justa.

Nesse sentido, Ivo Teixeira Gico Junior sustenta que:

se os recursos são escassos e as necessidades potencialmente ilimitadas, todo desperdício implica necessidades humanas não atendidas, logo, toda definição de justiça deveria ter como condição necessária, ainda que não suficiente, a eliminação de desperdícios (i.e. eficiência)." Pois, a despeito de "Não sabemos o que é justo, sabemos que a ineficiência é sempre injusta [...]."²⁵²

Nessa mesma linha, Bruno Meyerhof Salama defende que "A questão, portanto, não é tanto se eficiência pode ser igualada à justiça, mas sim como a construção da justiça pode se beneficiar da discussão de prós e contras, custos e benefícios. Noções de justiça que não

²⁵⁰ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 29, p. 49- 68, jul./dez. 2006. p. 64.

²⁵¹ É o que se observa em diferentes obras sobre o tema: GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, n. 1, p. 7-33, 2010. p. 27-28; SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Pesquisa em Direito e Economia? **Cadernos Direito GV**, São Paulo: FGV Direito, v. 5, n. 22. 2008. p. 36; CASAMIGLIA, Albert. Eficiencia y derecho. **Doxa**, n. 4, p. 267-287, 1987. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10913/1/Doxa4_17.pdf. Acesso em: 18 jul. 2019. p. 287.

²⁵² GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, n. 1, p. 7-33, 2010. p. 27.

levem em conta as prováveis conseqüências de suas articulações práticas são, em termos práticos, incompletas.”²⁵³

De igual modo, Lara Bonemer Rocha Floriani e Marcia Carla Pereira Ribeiro, ao discorrerem sobre o tema “Eficiência e Justiça”, afirmam que “A Análise Econômica do Direito pode contribuir [...] para a identificação de regras injusta, na medida em que toda regra que gera desperdício, ou seja, que é ineficiente, pode ser considerada injusta”.²⁵⁴

Para ilustrar a questão, imagina-se que dada sociedade, por entender que a mercantilização do próprio corpo é injusta, tenha optado por repelir a prostituição. Existem várias formas de desestimular esse tipo de comportamento, vale dizer, de inibir as pessoas quanto à prática de sexo mediante pagamento. Pode-se, por exemplo, optar pela punição dessa conduta, mediante a sua tipificação legal como crime – inclusive privativa de liberdade. Nesse caso a implementação da medida exigiria o aparelhamento do estado de mecanismos de fiscalização e punição, tais como investimento em polícia, poder judiciário (para julgamento das pessoas que incidissem nesse tipo de conduta) e sistema penitenciário.

Por outro lado, poder-se-ia também optar pela criação de políticas públicas voltadas a desestimular a prostituição, como, por exemplo, a criação de uma renda mínima para pessoas que se valem da prostituição como meio de sobrevivência (v.g. “bolsa prostituição”).

Qual das duas políticas legislativas seria justa? Sob as lentes da Análise Econômica do Direito aquela que atingisse o objetivo socialmente desejado gerando o menor desperdício de recursos. Nesse caso, suponha-se que ambas as políticas legislativas atinjam a finalidade (eficácia) de extirpar a prostituição, porém a primeira dispenda mais recursos com o aparato repressivo em relação a segunda com a concessão da “bolsa auxílio”. Para a juseconômica, a norma justa será a segunda, pois atinge o objetivo social almejado com menos recursos (eficiência). Nesse ponto talvez o leitor esteja pensando “que absurdo defender que o Estado custei ‘bolsas prostituição’”. A questão, de fato, é espinhosa. Porém, imagine-se que manter o aparato de repressão à prostituição custe R\$ 10.000.000,00 (dez milhões) ao ano e que as “bolsas prostituição” – que atingem a mesma finalidade de inibir a prostituição – custem R\$ 1.000.000,00 (um milhão) por ano. Caso fosse você, leitor, o responsável por dispende esses valores, qual opção você adotaria? Assim que a juseconomia, via de regra, labora, sem julgar valores, mas sim os meios para que sejam alcançados.

²⁵³ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? **Cadernos Direito GV**, São Paulo: FGV Direito, v. 5, n. 22, p. 5-42, 2008. p. 36.

²⁵⁴ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; FLORIANI, Lara Bonemer Rocha. Eficiência e Justiça. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo; KLEIN, Vinicius (Org.). **Análise Econômica do Direito: justiça e desenvolvimento**. Curitiba: CRV, 2016. p. 167.

A presente inflexão pode ser feita também em termos não monetários. A eficiência pode se assentar, como já visto, na satisfação da maior quantidade possível de utilidades. Retomando o exemplo acima, cogite-se que ambas as políticas legislativas tenham o mesmo custo monetário, porém que a primeira, de caráter repressiva, não traga tanto bem-estar, pois pune pessoas, via de regra, já marginaliza, em relação a segunda, que além de promover o bem-estar individual por meio da fonte de renda, fomenta a economia local e permite que a pessoa beneficiária atinja suas liberdades individuais. Nesse caso a segunda opção legislativa permaneceria sendo a regra justa – na ótima juseconômica –, pois seria a norma a causar o maior bem-estar a todos em envolvidos (sociedade e indivíduo).

Nesse sentido Albert Casamiglia conclui:

Observar el fenómeno jurídico desde el punto de vista de la eficiencia puede ser especialmente útil para la construcción de una política jurídica que alcance sus objetivos. Los instrumentos jurídicos pueden ser eficientes o no. Un legislador no sólo está preocupado por establecer un modelo ideal hacia el cual debe tender sino que también está preocupado por los mejores caminos que conducen a este objetivo. Muchas veces los juristas nos olvidamos de los caminos y entonces no llegamos a donde queremos.²⁵⁵

Portanto, dentro da Análise Econômica do Direito – e das ciências em geral – existem diversas posições acerca da ideia de justiça, desde aquelas extremas que pregam a coincidência entre justiça e eficiência – a eficiência é igualada a justiça – até aquelas em que a eficiência é um dos componentes indissociáveis da ideia de justiça.

Denota-se, portanto, que toda e qualquer teoria é um ponto de vista, é uma forma de ver. Na presente pesquisa, optou-se por adotar a perspectiva de justiça de acordo com a Análise Econômica do Direito, na sua vertente ou sob a perspectiva segunda a qual: **(a)** a noção de justiça é subjetiva e, portanto, cabe a cada comunidade desenvolver sua ideia de justiça – não cabe a juseconômica dizer o que justo ou injusto, certo ou errado; **(b)** a eficiência é um componente da justiça, não é o único, nem o principal; **(c)** toda norma que seja eficiente no atingimento de suas finalidades, pode ser considerada justa; **(d)** toda norma que gere desperdícios para atingir seus objetivos pode ser considerada injusta. Em suma, adota-se o pressuposto de que as normas jurídicas sejam avaliadas pelos seus efeitos, não por juízos valorativos morais – que escapam do terreno da juseconomia.

De toda intelecção, observa-se que não é possível afirmar, a priori, que a tese proposta seria “injusta”. Isso porque, conforme observado, a noção ou ideia de justiça é subjetiva, e, portanto, variável de acordo com a perspectiva ou os valores éticos ou morais que dada

²⁵⁵ CASAMIGLIA, Albert. Eficiencia y derecho. *Doxa*, n. 4, p. 267-287, 1987. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10913/1/Doxa4_17.pdf. Acesso em: 18 jul. 2019. p. 287.

sociedade adota – ou, até mesmo, certa pessoa possui. Além disso, sob a óptica juseconômica, na vertente ora adotada, não cabe ao juseconomista julgar se uma norma é justa ou injusta, mas sim se ela é eficiente ou ineficiente, e, sendo ineficiente, ela será considerada injusta e vice-e-versa.

A partir da delimitação da noção de justiça sob a qual se assenta a presente pesquisa, cabe agora transplantar tais ideias para analisar as normas sucessórias. Conforme se verá de forma detida nos capítulos subsequentes, os fundamentos ou funções do direito à herança no Brasil são os seguintes: (i) garantir o direito de propriedade individual (art. 5º, XXII, da CF/88)²⁵⁶; e (ii) concretizar o princípio de solidariedade familiar (art. 3, I²⁵⁷, e art. 227²⁵⁸, 229²⁵⁹ e 230²⁶⁰, todos da CF/88). Logo, para que a codificação sucessória brasileira seja considerada justa – sob a perspectiva juseconômica –, ela necessita atingir, de modo eficiente, seus dois fundamentos – vetores normativos – consagrados no texto constitucional.

No sistema vigente resta assegurado aos herdeiros necessários e aos facultativos (se não há testamento), em razão exclusivamente do vínculo de parentesco consanguíneo, civil ou conjugal, que possuem com o autor da herança, o direito ao acervo patrimonial por ele deixado. A codificação, nesses termos, é justa sob a perspectiva juseconômica? Vale dizer, ela, além de atingir seus vetores normativos – propriedade e solidariedade –, o faz de forma eficiente? A resposta, ao que tudo indica, é negativa.

A norma sucessória vigente, na medida em que não exige dos herdeiros qualquer contraprestação para o recebimento do patrimônio do falecido – basta a existência do vínculo consanguíneo, civil ou marital –, tende a gerar comportamentos oportunistas e permitir condutas não solidárias por parte dos herdeiros. Por exemplo, caso o autor da herança possua vários filhos e todos tenham o dever de prestar assistência (material e moral) ao genitor em vida, se nenhum deles ou apenas alguns prestarem assistência²⁶¹, ao final, no momento da morte, todos serão contemplados, de maneira igualitária, pela herança deixada pelo

²⁵⁶ 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: [...]

XXII - é garantido o direito de propriedade;

²⁵⁷ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]

²⁵⁸ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...]

²⁵⁹ Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. [...]

²⁶⁰ Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. [...]

²⁶¹ Aqui cabe uma ressalva, pois é possível ao autor da herança deserdar, via testamento, os herdeiros que o deixe desamparado em caso de alienação mental ou grave enfermidade, nos termos do art. 1.962, IV, do CC.

ascendente. Nesse caso a codificação sucessória não exige ou estimula que os herdeiros sejam solidários com o autor da herança em vida – ela permite, inclusive, o fenômeno, que será abordado no capítulo seguinte, dos caronas ou *free rider*²⁶², situação na qual apenas um ou alguns dos herdeiros têm tratamento solidário com o autor da herança e todos se beneficiam igualmente no momento da sua morte.

Ainda, na hipótese de nenhum dos herdeiros se dispor a fornecer amparo material e moral ao sucedido em vida, tal ônus caberá ao Estado e sociedade civil organizada, nos termos do art. 6, da CF/88²⁶³, gerando um ônus para o poder público. Nessa situação o ônus (dever de amparo à pessoa) ficará a cargo do Estado e o bônus (patrimônio do indivíduo, quando do seu falecimento) para os herdeiros legítimos. A situação, por óbvio, apresenta um custo social e mostra-se ineficiente.

Denota-se, portanto, que as normas sucessórias impõem a solidariedade do falecido para com seus herdeiros no momento da sua morte, porém não há imposição ou estímulo para que ocorra a situação inversa, ou seja, que os herdeiros sejam solidários com o autor da herança ainda em vida. Diante desse cenário, chega-se a seguinte conclusão: o sistema sucessório posto é ineficiente, pois não promove a maximização do bem-estar de todos os envolvidos (sucessor e sucedido) – embora pudesse promover, caso condicionasse a sucessão legítima a existência de um comportamento afetivo, em vida, do sucedido em relação ao sucessor. Logo, não são exploradas todas as potencialidades da norma. A regra não é concatenada de modo a maximizar o bem-estar de todos os envolvidos e da sociedade. Portanto, à luz da Análise Econômica do Direito a codificação atual seria considerada injusta, por não atingir o vetor normativo (princípio da solidariedade), que dá arrimo à sucessão legítima, de forma eficiente.

Nessa ordem de ideias, condicionar o deferimento da sucessão legítima à existência de um comportamento solidário – leia-se, afetivo, assistencial, de convivência – entre sucedido e sucessores poderia, ao menos em tese, maximizar o bem-estar de todos os envolvidos, tornando, portanto, a norma eficiente, conforme adiante será melhor explicitado.

Diante do exposto, conclui-se que, à luz do marco teórico adotado, não se pode dizer que a norma ao privar um herdeiro consanguíneo, civil ou conjugal, do patrimônio do falecido é injusta. Muito pelo contrário, conforme será doravante observado, a privação funcionará como um mecanismo de incentivo à um comportamento afetivo (entreadjuada, convivência,

²⁶² Na microeconomia, caronas ou *free rider* ocorre quando um ou mais agentes econômicos acabam usufruindo de um determinado benefício proveniente de uma ação coletiva, sem que tenha havido uma contribuição para a obtenção de tal.

²⁶³ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, **a assistência aos desamparados**, na forma desta Constituição.

assistência material, solidariedade, cuidado e congêneres), que será benéfico às partes envolvidas, tanto ao sucessor – que será agraciado com uma parte do patrimônio do falecido –, quanto ao sucedido – que terá todo suporte material e moral do sucessor em vida –, mostrando-se uma forma de codificação da disciplina mais eficiente, e, portanto, mais justa.

1.2.3 Paternalismo libertário

“Colocar frutas no nível dos olhos conta como uma cutucada; proibir guloseimas, não.”

Richard Thaler e Cass R. Sunstein

Conforme já ressaltado nos itens anteriores, a Análise Econômica do Direito possui diversas correntes teóricas, cada qual com seus próprios elementos. Uma delas é a Análise Econômica do Direito Comportamental, que busca explicar o comportamento dos agentes econômicos por meio de preceitos da economia e da psicologia.

Richard Thaler é um dos seus principais expoentes. Sua principal tese é que os indivíduos possuem falhas cognitivas, e, por essa razão, muitas vezes o comportamento humano diverge do comportamento racional. Vale dizer, as pessoas não são completamente racionais e, por isso, suas decisões podem ser equivocadas. Contudo, por meio de orientações – nas palavras do autor “cutucadas” ou “empurrões” –, é possível explorar essas falhas cognitivas e, através delas, guiar os indivíduos para que tomem decisões adequadas ao seu próprio bem-estar e ao bem-estar da sociedade. Em razão de suas contribuições para a economia comportamental, Thaler foi agraciado com o prêmio Nobel de Economia em 2017.²⁶⁴

Cabe lembrar que a teoria econômica tradicional descarta, ou ao menos ignora substancialmente, o comportamento irracional. Como dito alhures, parte-se do pressuposto de que as pessoas continuamente, ou ao menos na maioria das vezes, agem de forma racional, tomando decisões com vistas a maximização do seu próprio bem-estar. Ao revés, a teoria econômica comportamental inova ao incorporar a irracionalidade à análise econômica e sustentar que, embora os seres humanos sejam guiados por critérios racionais, muitas vezes eles estão propensos a cometer erros – irracionais –, em razão de fatores inconscientes envolvido no processo de decisão.

Daniel Kahneman e Amos Tversky, dois psicólogos israelenses, explicaram pela primeira vez como ocorrem as falhas de racionalidade. Segundo os autores, os seres

²⁶⁴ Sobre a teoria econômica comportamental, desde seu nascimento (no início dos anos 70) até a atualidade, ver: THALER, H. Richard. **Comportamento inadequado** – a construção da economia comportamental. Trad. Miguel Freitas da Costa. Lisboa, Portugal: Conjuntura Atual, 2016.

humanos possuem dois sistemas de pensamento, sistema 1 (ou automático) e sistema 2 (ou reflexivo). O primeiro é rápido e instintivo, agindo quando não pensamos. É ele que determina que uma pessoa abaixe automaticamente quando vem uma bola em sua direção. Ou que afaste sua mão do fogão quanto toca em uma chapa quente. O segundo é o sistema intencional e constituinte, conhecido como pensamento. Ele é responsável pelas escolhas complexas, como executar um cálculo, decidir realizar uma viagem ou não, cursar Direito ou Economia.²⁶⁵

Ocorre que as pessoas têm que tomar decisões que exigem o uso do sistema reflexivo, o tempo todo, desde o lado da cama que irão levantar, a cor da roupa que irão vestir até qual o momento adequado para atravessar a rua, porém dispõem de uma capacidade de atenção limitada. Como o uso do sistema reflexivo demanda ponderação e análise – o que leva tempo –, e as pessoas não dispõem de tempo para realizar julgamentos a todo momento, o sistema reflexivo interage com o sistema automático para conseguir fornecer uma decisão ou resposta rápida.²⁶⁶

Para tanto o sistema cognitivo usa atalhos mentais ou regras de bolso, denominados de “heurísticas”, as quais podem induzir a respostas incorretas ou irracionais chamadas de “vieses”.²⁶⁷ De acordo com Kahneman e Tversky, podem ser identificadas três heurísticas, quais sejam: (i) representatividade; (ii) disponibilidade e (iii) ancoragem.

A (i) representatividade diz respeito ao fenômeno cognitivo segundo o qual as pessoas avaliam a probabilidade de acordo com a representatividade que possuem de uma coisa, pessoa ou situação. Por exemplo, quando se questiona diante de uma pessoa muito alta, qual é a probabilidade de que ela seja uma jogadora de basquete ou um agricultor, as pessoas tendem a responder que a maior a probabilidade é ser uma jogadora de basquete. Isso ocorre porque, em seu repertório pessoal de informações sobre jogadores de basquete consta a informação que há muito mais jogadores de basquete altos. O problema é que o uso da representatividade pode levar a sérios vieses relacionados à ausência de percepção de outros fatores relevantes de julgamento. Quando o indivíduo utiliza a similaridade, ou representatividade, ele deixa de ser influenciado por vários fatores que deveriam afetar seus

²⁶⁵ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 26.

²⁶⁶ “A expressão tantas vezes utilizada em inglês, pay attention, cabe bem aqui: você dispõe de um orçamento de atenção limitado para alocar às suas atividades e, se tenta ir além desse orçamento, fracassa. [...] Todo mundo tem alguma consciência da capacidade de atenção limitada, e nosso comportamento social leva em consideração essas limitações.”. KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 28.

²⁶⁷ “heuristic principles which reduce the complex tasks of assessing probabilities and predicting values to simpler judgmental operations. In general, these heuristics are quite useful, but sometimes they lead to severe and systematic errors.”. TVERSKY, Amos; SLOVIC, Paul; KAHNEMAN, Daniel. **Judgment under uncertainty: heuristic and biases**. New York: Cambridge University Press, 1982. p. 3-18.

juízos de probabilidade. No exemplo mencionado, o fato de que há muito mais agricultores do que jogadores de basquete na população não entra no cálculo de estimativa razoável da probabilidade de que a pessoa alta seja um agricultor em vez de uma jogadora de basquete. A heurística da representatividade também pode provocar vieses em relação à equívocos na percepção de padrões de comportamento diante de eventos que ocorrem de forma aleatória. Exemplificando: se uma pessoa joga 3 vezes uma moeda e em todos os casos ela dá cara, ela tende a achar que há algum problema na moeda. Mesmo não sendo difícil, quando se joga uma moeda muitas vezes, em algumas situações ela dar cara 3 vezes consecutivas. Uma pessoa que sente uma dor no peito pode achar que está sofrendo de um infarto e ir ao hospital às pressas, mesmo existindo diversos outros quadros de saúde mais prováveis que podem levar a dores no peito, como ansiedade por exemplo.²⁶⁸

Por sua vez, a (ii) disponibilidade diz que as pessoas tendem a ser fortemente afetadas por experiências recentes, em especial quando se trata de comportamentos relacionados à riscos. Assim, após um terremoto o número de apólices de seguro contra terremotos tende a crescer de forma vertiginosa. Da mesma forma, como os acidentes de avião são amplamente divulgados, as pessoas tendem a ter mais medo de viajar de avião do que de carro, mesmo sendo 86 vezes menor a probabilidade de morrer em um acidente aéreo ao longo da vida do que em um acidente de carro.²⁶⁹ Os vieses, nesse caso, fazem com que pessoas aloquem seus recursos relacionados à prevenção de riscos de maneira equivocada, investido mais em prevenção de riscos improváveis e se preocupando menos ou alocando menos recursos em riscos que estão mais vulneráveis.²⁷⁰

Por fim, a (iii) ancoragem é um fenômeno cognitivo que indica que as pessoas utilizam, de forma inconsciente, informações que têm conhecimento como referência para dar uma resposta ou tomar uma decisão sobre questões que não saibam a resposta ou qual decisão devem adotar. Por exemplo, ao perguntar para uma pessoa que vive em uma cidade populosa qual a quantidade de habitantes que determinada cidade X possui, sua resposta tende a ser um palpite alto. Ao revés, quando a mesma pergunta recai sobre um indivíduo que reside em uma cidade de baixa demografia, a resposta tende a ser um palpite baixo. Isso ocorre porque as pessoas costumam utilizar como “âncora” um número que conhecem e o ajustar na direção que consideram apropriada para dar à resposta que acreditam correta. Nesse contexto, os vieses surgem porque os ajustes realizados são insuficientes e, conseqüentemente, a

²⁶⁸ TVERSKY, Amos; SLOVIC, Paul; KAHNEMAN, Daniel. **Judgment under uncertainty**: heuristic and biases. New York: Cambridge University Press, 1982. p. 4-11.

²⁶⁹ Dados do Conselho Nacional de Prevenção de Riscos (National Safety Council). Disponíveis em: <https://www.nsc.org/>. Acesso em: 10 jun. 2019.

²⁷⁰ TVERSKY, Amos; SLOVIC, Paul; KAHNEMAN, Daniel. **Judgment under uncertainty**: heuristic and biases. New York: Cambridge University Press, 1982. p. 11-14.

resposta fornecida é errada – tanto pela primeira pessoa, cuja resposta foi muito alta, quanto pela segunda pessoa, cuja resposta foi muito baixa.²⁷¹

Richard Thaler e Cass R. Sunstein também identificaram outros fenômenos cognitivos que comprovam a falibilidade da racionalidade humana. Trata-se de padrões de comportamento que dissonam do pressuposto do homem racional e são observados com frequência na sociedade.²⁷²

Um exemplo de erro ou falha cognitiva apontado pelos autores é o “otimismo e a confiança excessiva”. Os indivíduos tendem, de um modo geral, a agir ou tomar decisões levando em conta um alto grau de otimismo irrealista. Assim, embora cerca de 50% dos casamentos terminem em divórcio, segundo dados estatísticos, no momento da cerimônia os casais acreditam que há aproximadamente 0% de chance do seu casamento terminar com o divórcio (inclusive os que já são divorciados). Os fumantes têm consciência dos riscos e das estatísticas em relação aos prejuízos do cigarro para a saúde. Porém, de forma sistemática, acreditam que têm menos probabilidade em relação à maioria de contrair uma cardiopatia ou câncer de pulmão pelo uso do cigarro. O otimismo irreal é uma característica generalizada dos seres humanos, que acabam superestimando sua imunidade pessoal em relação à possíveis danos. Com isso, muitas vezes ficam vulneráveis aos danos, uma vez que deixam de tomar providências preventivas sensatas.²⁷³

Outro exemplo de falha cognitiva apresentado é a “aversão à perda”. As pessoas odeiam perdas e, de um modo geral, a tristeza pela perda de algo supera cerca de duas vezes a felicidade gerada pelo ganho de alguma coisa. Ocorre que, a aversão à perda conduz a inércia, vale dizer, um desejo muito grande que as coisas permaneçam como estão. Com isso, mesmo quando uma transação pode ser vantajosa, muitos indivíduos podem deixar de fazê-la, mesmo ela sendo do seu interesse.²⁷⁴

Ainda, um terceiro exemplo de erro cognitivo demonstrado é o “enquadramento”. A ideia é que as pessoas decidem conforme os problemas lhes são apresentados. Assim, se uma pessoa com câncer recebe a notícia que 90% das pessoas com o mesmo tipo de câncer sobrevivem a um determinado tratamento, existem grandes chances que ela fique reconfortada e realize o tratamento recomendado. Por outro lado, caso a mesma pessoa receba a informação que cerca de 10% das pessoas com a doença vêm a óbito em razão do

²⁷¹ TVERSKY, Amos; SLOVIC, Paul; KAHNEMAN, Daniel. **Judgment under uncertainty: heuristic and biases**. New York: Cambridge University Press, 1982. p. 14-18.

²⁷² THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 19-42.

²⁷³ THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 34-36.

²⁷⁴ THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 36-37.

referido tratamento, é muito provável que ela fique alarmada e não queira se submeter ao tratamento em questão. Isso demonstra que as pessoas tendem a tomar decisões de acordo com a forma como os problemas são expostos, pois não se dão ao trabalho de verificar se a forma como o problema é exposto produziria um resultado ou uma resposta diferente da fornecida.²⁷⁵

Como último erro grosseiro, assinala-se “o viés do status quo”. As pessoas têm, por razões desconhecidas, uma tendência geral de manter sua situação atual. Tal falha cognitiva é amplamente explorada por empresas que prestam serviços continuados, como assinatura de revistas ou de canais de televisão. Tais empresas oferecem seus serviços de forma gratuita por um período inicial, mas passado certo tempo passam a ser cobrados. A única forma de cancelar a assinatura é ligando em uma central de atendimento e perdendo alguns minutos para efetivar o seu cancelamento. Em razão do viés do *status quo*, as pessoas raramente arrumam tempo para cancelar suas assinaturas e continuam recebendo revistas que não leem ou canais que não assistem.

Tais exemplos demonstram a falibilidade da racionalidade humana. As pessoas, em razão da complexidade do mundo real e por estarem ocupadas e terem atenção limitada, não podem se dar ao luxo de calcular, o tempo todo, as escolhas que devem realizar. Por essa razão optam por adotar regras sensatas, baseadas em esquemas cognitivos simplificadores, mas que as vezes as levam a caminhos inesperados ou indesejados.

Com isso, os indivíduos em muitos casos fazem escolhas bastante ruins, tomam decisões que, provavelmente, não teriam adotado caso estivessem munidos de maior atenção, informações completas, capacidade cognitiva e autocontrole pleno.²⁷⁶

A partir dessas intelecções, Richard Thaler e Cass R. Sunstein confirmam que é possível, através da exploração dessas falhas cognitivas, orientar as pessoas para que tomem determinadas decisões. Segundo os autores, “[...] as pessoas são, digamos, orientáveis. Suas escolhas, até mesmo nas decisões mais importantes da vida, são influenciadas de uma maneira que não seria prevista em um arcabouço econômico padrão”.²⁷⁷

De acordo com Thaler e Sunstein, por meio de um sistema de projeção de escolhas, constituído de orientações sutis – leia-se “um empurrão” ou uma “cutucada” –, que pode advir

²⁷⁵ THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 38-40.

²⁷⁶ THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 5.

²⁷⁷ THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 42.

da esfera privada²⁷⁸ ou pública²⁷⁹, é perfeitamente possível induzir as pessoas a realizarem as escolhas que lhes tragam maior bem-estar, sem, contudo, retirar-lhes a liberdade de escolha.

Os autores deram a essa teoria o nome de *Libertarian Paternalism*, em português “paternalismo libertário”, cuja origem se deu em um artigo publicado pela revista econômica *The American Economic Review*, em 2003.²⁸⁰ O termo paternalista remonta a ideia de autoridade paterna. No sentido de uma relação subordinada de mando visando à proteção. Já o termo libertário vem da ideia de liberdade de escolha, ou seja, consiste na ideia de que as pessoas devem ser livres para fazer o que quiserem, tendo a opção de escolherem o que desejarem. A conjugação dos termos remonta a uma ideia de proteção, mas que preserva a liberdade de escolha ou de tomada de decisão dos indivíduos segundo o seu próprio julgamento.²⁸¹

Thaler e Sunstein definem o paternalismo libertário como “[...] uma abordagem que preserva a liberdade de escolha, mas que autoriza tanto instituições privadas e públicas a orientar as pessoas em direções que irão promover o seu bem-estar.”²⁸² Denota-se, portanto, que a teoria paternalista libertária prega que é possível guiar as decisões das pessoas, sem restringir sua liberdade de escolha.

De acordo com os autores, o paternalismo libertário é realizado por meio de *nudges* – leia-se, cutucadas ou empurrões. *Nudges* têm basicamente duas características: (i) são orientações sutis, que não proíbem nenhuma opção, nem mudam significativamente seus incentivos econômicos²⁸³; (ii) exploraram as deficiências cognitivas e motivacionais das pessoas de forma paternalista. Portanto, *nudges* consistem em mecanismos que exploram de falhas cognitivas da deliberação humana e escolha, sem alterar incentivos financeiros (desincentivos), com vistas a induzi-las à tomada de decisões mais acertadas.

Posteriormente, Cass R. Sunstein, no livro *Why nudge?*, ampliou a conotação do termo, sustentando que *nudge* é um termo amplo, que engloba diversas intervenções, não

²⁷⁸ Por exemplo, uma empresa pode induzir pessoas a comprarem determinado produto a partir da forma como são alocados na prateleira dos supermercados. Se estão na altura dos olhos do consumidor ou na última seção da prateleira.

²⁷⁹ Por exemplo, uma política pública que vise induzir as pessoas a consumirem menos sal, determinando que bares e restaurantes não deixem o condimento exposto nas mesas. Muito embora o consumidor possa pedir, a qualquer momento, um.

²⁸⁰ THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. Libertarian paternalism. *The American Economic Review*, v. 93, n. 2, p. 175-179, 2003.

²⁸¹ SANTOS, Nátali Emily dos; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Pátria mãe: a relação entre o papel do Estado e estilos parentais. *Revista Direito & Paz*, [S.l.], v. 2, n. 35, p. 234-255, dez. 2016. p. 252.

²⁸² Tradução livre do trecho: “[...] an approach that preserves freedom of choice but that authorizes both private and public institutions to steer people in directions that will promote their welfare.”. THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. Libertarian paternalism. *The American Economic Review*, v. 93, n. 2, p. 175-179, 2003. p. 179.

²⁸³ THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 6.

apenas as que se baseiam na exploração de vieses da cognição. Segundo Sunstein, a caixa de ferramenta do paternalismo libertário também inclui medidas que laboram com base em incentivos. Os *nudges* não seriam apenas mecanismos que buscam explorar as falhas de cognição humana, mas sim toda ferramenta que vise neutralizar referidas falhas (conduzindo os indivíduos a adotarem decisões melhores), seja por meio da exploração de uma falha cognitiva por outra – aproveita-se de um viés para resolver outro viés –, seja ainda por meio da racionalidade – por meio de incentivos.²⁸⁴

De acordo com Gabriel Cabral, o termo *nudge* possui diversas concepções: “pode-se notar que é relativamente grande o número de comentadores que interpretaram o conceito de *nudge* de forma diferente dos criadores do termo.”. Após investigar à fundo o significado do termo, Cabral concluiu que “a falta de rigidez conceitual pode ter duas razões: ora os autores não conseguiram ser claros o suficiente; ora sequer tentaram, e propositadamente deixaram o termo conceitualmente frouxo para que pudesse ser assimilado e popularizado mais facilmente.”.²⁸⁵

Diante da divergência de interpretações acerca da definição do termo, bem como da imprecisão teórica dos seus próprios criadores, neste trabalho, optou-se por adotar a ideia de paternalismo libertário como toda medida que vise corrigir uma falha na cognição do indivíduo, para aumentar o seu bem-estar, sem lhe impor qualquer medida coercitiva.

Pode-se dizer que a concepção ora adotada basicamente se contrapõe à ideia de “paternalismo coercitivo”. Nesse último, ao invés de orientar as pessoas para decisões corretas, o que se prega é a proibição de determinadas condutas, tornando o ato ilegal.²⁸⁶ Assim o estado faz quando, por exemplo, proíbe as pessoas de fumarem em determinados lugares, impõem o uso do cinto de segurança em veículos automotores ou o uso de capacetes em motocicletas.

Nesse sentido, alinha-se a definição de Rodrigo Luís Kanayama, segundo o qual, “O paternalismo libertário é o ponto médio entre o liberalismo e o paternalismo coercitivo. Mantém

²⁸⁴ “Soft paternalism includes interventions (such as warnings and default rules) that may be helpful but that need not specifically counteract biases and decisional inadequacies. Second, the word “counteracting” is better than “exploiting.” Nudges can counteract biases (such as unrealistic optimism) without exploiting anything.”. SUNSTEIN, Cass R. **Why nudge?: the politics of libertarian paternalism**. New Haven: Yale University Press, 2014. p. 58.

²⁸⁵ CABRAL; Gabriel. *Intuições e instituições: novas perspectivas do paternalismo de Estado*. 147 f. 2016. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2016. p. 79.

²⁸⁶ “There have been similar efforts, and similar difficulties, in differentiating between so-called “hard” paternalism and “soft” paternalism. [...] Or, the terms may be used to differentiate the content of the actions the paternalist promotes – the soft paternalist merely imposes what the agent would want if informed, while the hard paternalist may impose actions the agent would not want even if aware of the facts.”. CONLY, Sarah. **Against autonomy: justifying coercive paternalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 5.

a possibilidade de escolhas, mas incentiva a escolha adequada. O Estado dá um empurrão (*nudge*) para a escolha certa.”.²⁸⁷

Portanto, na presente pesquisa a ideia de paternalismo libertário não envolve qualquer meio de coerção. A liberdade de escolha é salvaguardada, permitindo que os indivíduos continuem a adotar um caminho diferente daquele desenhado pelo pela política paternalista. O que há é um incentivo, um empurrão para a escolha certa. Não uma imposição. Ou seja, “Se as pessoas querem fumar cigarros, comer muitos doces, escolher um plano de saúde ruim, ou deixar de guardar dinheiro para a aposentadoria, paternalistas libertários não as forçarão a fazer diferente – ou fazer as coisas muito mais difíceis para elas”.²⁸⁸

Inclusive, a política paternalista ao preservar a liberdade de escolha permite que os indivíduos sejam salvos de medidas paternalista que promovam escolhas ou a tomada de decisões ruins.²⁸⁹

Políticas paternalista libertárias já são amplamente difundidas pelos estados. Nesse sentido, pode-se citar a cidade de Chicago, Estados Unidos da América, que adotou uma política pública de redução de velocidade que ilustra muito bem a questão. A cidade utilizou-se de uma ilusão de ótica para incentivar os motoristas a reduzirem a velocidade em uma curva perigosa.

Conforme se observa na imagem ao lado, os motoristas veem no asfalto um sinal para redução de velocidade e em seguida uma série de faixas brancas. As faixas têm maior espaçamento no início e à medida que o veículo se aproxima da curva, as faixas ficam mais próximas, criando a ilusão de que a velocidade do veículo está aumentando (vide figura 1)²⁹⁰. Instintivamente os motoristas reduzem a velocidade.

O exemplo em testilha ilustra muito bem a política paternalista libertária, que se aproveita de uma falha de percepção cognitiva para induzir os motoristas a pisarem no freio antes que cheguem na curva e corram o risco de se envolverem em um acidente.



²⁸⁷ KANAYAMA, Rodrigo Luís. Políticas públicas: entre o liberalismo e o paternalismo. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, p. 213-231, abr./jun. 2013. p. 219.

²⁸⁸ THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 42.

²⁸⁹ THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 12.

²⁹⁰ THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 41.

O prefeito da cidade de Nova York, Estados Unidos da América, Michael Bloomberg, em 2012 proibiu restaurantes, redes de *fast-food*, carrinhos de rua, cinemas, estádios, casas de shows, mercearias e "adegas" de comercializarem refrigerantes, limonadas, chá gelado e bebidas energéticas de tamanho grande (mais de meio litro). As embalagens pequenas continuaram sendo permitidas em todos os lugares e as grandes passaram a ser comercializadas apenas em supermercados. O veto às bebidas grandes visava o combate à obesidade, uma vez que continham maiores porções de açúcar. Seu objetivo era desencorajar o consumo exagerado, retirando dos lugares o fácil acesso aos produtos. Em razão da medida adotada, o prefeito passou a ser chamado de "babá Bloomberg" ou babá estatal (*nanny-state*) e acusado de retirar o poder de escolha individual dos cidadãos.²⁹¹

No Brasil diversos municípios e estados (v.g. São Paulo²⁹², Porto Alegre²⁹³, Espírito Santo²⁹⁴, Belo Horizonte²⁹⁵) têm buscado implementar a chamada "Lei do Sal", a qual proíbe aos estabelecimentos que comercializam alimentos preparados para consumo, como bares, restaurantes, lanchonetes e similares, a exposição, nas mesas e balcões, de recipientes que contenham cloreto de sódio (sal de cozinha) – caso o cliente o queira o tempero, ele pode solicitar ao comerciante. O objetivo é evitar o consumo excessivo do sal na alimentação, tirando do campo de visão do consumidor o tempero. De acordo com a exposição de motivos contida no Projeto de Lei n. 942/2015, da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, a medida se justifica considerando que "estamos diante de um enorme problema de saúde

²⁹¹ SUNSTEIN, Cass R. It's for your own good! **The New York Review of Books**, mar. 2013. Disponível em <http://www.nybooks.com/articles/archives/2013/mar/07/its-your-own-good/?pagination=false>. Acesso em: 14 ago. 2019; NOVA York proíbe refrigerantes grandes para combater obesidade. **Época Negócios**, mar. 2013. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Informacao/Acao/noticia/2013/03/nova-york-proibe-refrigerantes-grandes-para-combater-obesidade.html>. Acesso em: 14 ago. 2019.

²⁹² SÃO PAULO. **Projeto de Lei n. 942/2015**. Proíbe a exposição de recipientes que contenham cloreto de sódio (sal de cozinha) em mesas e balcões de bares, restaurantes, lanchonetes e similares situados no Estado. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1262055>. Acesso em: 14 ago. 2019.

²⁹³ A medida foi aprovada pela Câmara de Vereadores, porém foi vetada pelo prefeito de Porto Alegre, José Fortunati. PORTO ALEGRE. **Lei n. 12017/2016**. Institui o programa menos sal, mais saúde e a semana menos sal, mais saúde e dá outras providências. Porto Alegre: Prefeitura Municipal, 2016. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/rs/p/porto-alegre/lei-ordinaria/2016/1202/12017/lei-organica-porto-alegre-rs>. Acesso em: 14 ago. 2019.

²⁹⁴ No Espírito Santo a Lei Estadual n. 10.367/2015, que instituiu a proibição, foi julgada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo, sob o argumento que estaria presente uma indevida intromissão do Estado no exercício da atividade econômica privada, restando infringido os princípios da livre iniciativa e da ordem econômica. TJES. **ADI n. 00375602120168080000**. Relator Des. Ney Batista Coutinho. Julgado em: 25/05/2017.

²⁹⁵ "Art. 1º - Ficam os estabelecimentos que comercializam alimentos preparados para consumo, como bares, restaurantes, lanchonetes e similares, no Município de Belo Horizonte, proibidos de expor, nas mesas e balcões, recipientes que contenham cloreto de sódio (sal de cozinha). Parágrafo único - Os estabelecimentos disponibilizarão, sem exposição, embalagens individuais, nos termos da Lei n. 10.605, de 15 de janeiro de 2013, contendo cloreto de sódio (sal de cozinha) para o consumo, quando solicitado pelo cliente." BELO HORIZONTE. **Lei n. 10.982/2016**. Dispõe sobre a proibição da exposição, em mesas e balcões, de recipientes que contenham cloreto de sódio (sal de cozinha) em bares, restaurantes, lanchonetes e similares. Belo Horizonte: Prefeitura Municipal, 2016. Disponível em: <http://sindhorb.org.br/plus/modulos/leis/verLei.php?cdlei=59>. Acesso em: 14 ago. 2019.

pública. É consenso no meio médico que o excesso de cloreto de sódio é um dos principais inimigos da boa saúde. Para mencionar apenas um exemplo [...] citamos a hipertensão arterial, causa direta de doenças cardíacas e renais.”.²⁹⁶ Ainda, de acordo com o projeto, “Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), o brasileiro consome cerca de 12g de sal por dia, equivalente a 12 sachês, ou uma colher de sopa, quando o recomendado seria metade dessa quantidade, ou seja, uma colher de sobremesa.”.²⁹⁷ No entanto, o texto também faz a seguinte ressalva, “Acreditamos que, em situações normais, deve ser mínima a interferência do Poder Público em atividades de natureza privada. Todavia, em se tratando – como é o caso, repita-se – de problema de saúde pública, é dever dos representantes do povo manifestar-se.”.²⁹⁸ Nesse caso, observa-se que o legislador explora a falha cognitiva denominada “viés do status quo” – em que as pessoas tendem a inércia e, por isso, via de regra não solicitarão o frasco de sal – para neutralizar outras falhas cognitivas, como confiança ou otimismo excessivo – o consumo demasiado do tempero não lhes irá prejudicar a saúde.

Os dois últimos casos narrados demonstram que as pessoas podem ignorar ou subestimar os efeitos deletérios do consumo excessivo de açúcar ou sal (“otimismo e confiança excessiva”), consumindo os condimentos além dos níveis recomendados e gerando para si próprias resultados não desejáveis (v.g. obesidade ou hipertensão). Contudo as ações de governo (políticas públicas) paternalistas libertárias podem induzir os indivíduos a regularem o seu consumo, sem tirar-lhes o poder de escolha. Nos casos citados, os indivíduos permanecem com a liberdade de tomar uma grande quantidade de bebidas açucaradas, desde que compre mais de uma garrafa, ou ingerindo mais sal, desde que peça o tempero para o comerciante.

As pessoas também podem criar medidas paternalistas libertárias direcionadas a si próprias. O casamento pode ser considerado uma delas. O instituto pode ser visto como uma medida de autocontrole, cujas pessoas aderem com o objetivo de aumentar a probabilidade de uma relação ser duradoura. Em especial se o divórcio for difícil. A estabilidade do casamento pode ser boa para os cônjuges, que conseguem uma espécie de proteção maior

²⁹⁶ SÃO PAULO. **Projeto de Lei n. 942/2015**. Proíbe a exposição de recipientes que contenham cloreto de sódio (sal de cozinha) em mesas e balcões de bares, restaurantes, lanchonetes e similares situados no Estado. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1262055>. Acesso em: 14 ago. 2019.

²⁹⁷ SÃO PAULO. **Projeto de Lei n. 942/2015**. Proíbe a exposição de recipientes que contenham cloreto de sódio (sal de cozinha) em mesas e balcões de bares, restaurantes, lanchonetes e similares situados no Estado. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1262055>. Acesso em: 14 ago. 2019.

²⁹⁸ SÃO PAULO. **Projeto de Lei n. 942/2015**. Proíbe a exposição de recipientes que contenham cloreto de sódio (sal de cozinha) em mesas e balcões de bares, restaurantes, lanchonetes e similares situados no Estado. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1262055>. Acesso em: 14 ago. 2019.

contra decisões impulsivas ou destrutivas, que seriam prejudiciais tanto para o relacionamento quando ao seu próprio bem-estar a longo prazo. A estabilidade matrimonial, de um modo geral, também pode ser positiva para os filhos.²⁹⁹

Nessa esteira, Thaler e Sunstein consideram que pode-se “até mesmo ver a instituição legal do casamento como uma estratégia de pré-compromisso, que não difere da adotada por Ulisses ao se aproximar das sereias e na qual as pessoas conscientemente escolhem um *status* legal que irá protegê-las de seus próprios erros.”³⁰⁰ Na história da Odisseia, Ulisses é um herói cuja missão era realizar a travessia pelo mar até Ítaca. Durante o trajeto a embarcação passaria por um vale de sereias, cujo canto tinha um poder de sedução e fascínio que desvia os homens dos seus objetivos e levava suas embarcações às rochas. Ulisses tinha desejo de ouvir o “canto das sereias”, porém sabia das suas consequências. Ciente disso, determinou que todos os marinheiros tapassem os próprios ouvidos com cera e o amarassem no mastro da embarcação, não o soltando em hipótese alguma, por mais que ele implorasse.

Assim como o herói grego, as pessoas, ao optarem pelo casamento, estão, em verdade, em um momento de sobriedade e sensatez, materializando e limitando seu poder de deliberação futura em relação à permanência da relação familiar, para não sucumbir a paixões ocasionais ou fraquezas momentâneas. Isso porque, “o casamento oficial pode contribuir para um tipo de compromisso que beneficia tanto os casais quanto os filhos.”³⁰¹ Ou seja, mesmo as pessoas querendo permanecer unidas em relações duradouras, seja para seu próprio bem-estar, seja para o bem-estar dos filhos, elas estão vulneráveis à tomada de decisões deletérias que colocam em risco à estabilidade da relação. Por essa razão o matrimônio pode ser considerado uma medida paternalista libertária, com o fito de conter a tomada de uma decisão precipitada de rompimento familiar futuro. Muito embora preserve, caso essa seja a decisão definitiva do casal, a possibilidade de o fazê-lo pelas vias ordinárias.

O exemplo acima ilustra que, embora as relações familiares sejam fundamentais para o bem-estar individual dos seus membros e da sociedade, as pessoas estão sujeitas ao rompimento das relações familiares em razão de decisões equivocadas. Nesse contexto que nasce a necessidade de medidas paternalistas libertárias que possam orientar as famílias a preservar a manutenção da solidariedade – leia-se, do mesmo modo, um comportamento afetivo –, entre seus componentes.

²⁹⁹ THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 237.

³⁰⁰ THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 238.

³⁰¹ THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 241.

Nátali Emily dos Santos e Oksandro Osdival Gonçalves sustentam que no Brasil, um país com um longo histórico colonial e uma recente independência, pregar o liberalismo em sua forma pura (ausência total de supervisão) pode gerar consequências severas. Por outro lado, defender um Estado interventor, que toma para si todas as responsabilidades, tampouco parece adequado, pois gera insegurança e impõe obstáculos ao crescimento. Logo, o ideal é buscar um meio termo, ou seja, algo que não interfira bruscamente na autonomia, mas também permita o desenvolvimento. Nesse sentido, “Paternalismo Libertário seria provavelmente a alternativa mais adequada porque a economia se enquadra com o Estilo Parental Participativo e significa direcionar as escolhas sem, contudo, privar a liberdade.”.³⁰²

À presente tese se alinha as ideias do paternalismo libertário. Busca-se, conforme adiante será sustentado, ao condicionar a sucessão legítima à existência de um comportamento afetivo entre o autor da herança e os pretensos sucessores, induzir os sujeitos a travarem relações de solidariedade entre si, sem, contudo, coagi-los para tanto. Parte-se do pressuposto que é benéfico, tanto do ponto de vista individual quanto coletivo, que os membros da família mantenham um comportamento solidários (leia-se afetivo) entre si.³⁰³ Para tanto, um “empurrão” para manutenção dessas relações, sem, contudo, tolher a liberdade individual daqueles que optarem por não manter contato com o falecido, por iniciativa própria ou por questão de prioridade, parece ser o caminho mais adequado.

³⁰² SANTOS, Nátali Emily dos; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Pátria mãe: a relação entre o papel do Estado e estilos parentais. **Revista Direito & Paz**, [S.l.], v. 2, n. 35, p. 234-255, dez. 2016. p. 253.

³⁰³ Conforme sustentam Thaler e Sunstein, “Muitas pessoas acreditam que a instituição oficial do casamento ajuda a garantir os compromissos das pessoas de maneira que é positiva tanto para o indivíduo quanto para a sociedade”. THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 240.

2 A RESSIGNIFICAÇÃO DA SUCESSÃO LEGÍTIMA À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

2.1 TRANSFORMAÇÕES SOCIOECONÔMICAS NA FAMÍLIA E SEUS REFLEXOS NA SUCESSÃO *CAUSA MORTIS*

2.1.1 Apontamentos acerca das mudanças socioeconômicas e sociológicas da família

“Mudanças na estrutura familiar, mudanças na natureza da ordem jurídica, mudanças demográficas e alterações de normas sociais deixam seu timbre no direito das sucessões.”

Lawrence M. Friedman

A investigação histórica doravante realizada adota a perspectiva segundo o qual “não é possível repensar criticamente o direito presente e projetar um outro futuro sem levar seriamente em consideração o passado”.³⁰⁴ Portanto, para além de compreender o passado, busca-se, no presente resgate histórico, entender o presente e fazer projeções para o futuro.

A família ao longo da história sofreu inúmeras transformações, de unidade com finalidade econômica, procracional, política e religiosa, fundada na desigualdade e na autoridade do homem – *pater familiae*³⁰⁵ – sobre seus membros (mulher, filhos, filhas, escravos, netos etc.), passou gradativamente a ser o lócus de coordenação e comunhão de interesses da vida.³⁰⁶ O presente tópico tem por finalidade trazer alguns apontamentos a respeito dessas mudanças, com enfoque nas alterações que são importantes para o direito das sucessões vigente no Brasil, e como isso impacta sobre a tese proposta.

Até o início da década de 70, sequer era possível falar em uma história da família. Qualquer perspectiva histórica da família estava confinada nos cinco livros de Moisés, os quais retratavam, com riqueza de detalhes, a família patriarcal – que, por sua vez, era a imagem e semelhança da família burguesa –, de modo que não havia uma perspectiva de evolução da família.³⁰⁷

³⁰⁴ STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. **A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao código civil de 1916**. 220 f. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. p. 3.

³⁰⁵ O termo advém do Direito Romano, em que a família era organizada a partir do princípio da autoridade do pai sobre seus membros.

³⁰⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 15-18.

³⁰⁷ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trad. Leandro Konder. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000. p. 6.

A primeira obra a retratar, sob um viés histórico, a família, pode ser atribuída à Johann Jakob Bachofen, em 1861. Segundo o autor, primitivamente – pré-história da família contemporânea –, os seres humanos viviam em uma promiscuidade sexual, denominada *heterismo*. Nesse cenário não era possível estabelecer qualquer vínculo de paternidade – a mulher mantinha relação com vários homens –, de modo que filiação era identificada apenas na linha materna. As mulheres eram identificadas como progenitoras das jovens gerações, e, por essa razão, eram objeto de grande prestígio e respeito, chegando a dominar alguns bandos (ginococracia). A passagem do heterismo à monogamia e, por consequência, da maior devoção ao homem em relação à mulher, ocorreu de modo acentuado entre os gregos. Tal fenômeno teria sido consequência de novas concepções religiosas, em especial a substituição de velhos deuses por novos deuses.³⁰⁸

Posteriormente, surgiram diversos autores buscando retratar a história da família, como Giraud-Teulon, em artigo intitulado “Sur les origines de la famille”³⁰⁹, de 1874, e Friedrich Engels, na sua obra *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, na qual o autor registra o desenvolvimento da família e a coloca como um elemento umbilicalmente ligado ao desenvolvimento da propriedade e do Estado.

Friedrich Engels, usando da obra de Lewis Henry Morgan³¹⁰, retrata a pré-história da família em 3 estágios: (i) estado selvagem, período no qual o homem apropria os produtos da natureza, prontos para serem consumidos, utilizando de produções artificiais, como instrumentos de pedra, madeira etc.; (ii) estado de barbárie, período no qual aparece a pecuária e a agricultura, sendo a produção da natureza complementada pelo trabalho humano; (iii) estado civilizacional, no qual o homem além da produção, cria a indústria e a arte.³¹¹

Em linhas muito gerais, no primeiro estágio a família era um grupo, no qual a promiscuidade sexual imperava entre seus membros.³¹² Em um segundo momento passam a ser vedadas as relações sexuais, primeiro entre pais e filhos e depois entre irmãos, dando

³⁰⁸ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trad. Leandro Konder. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000. p. 7.

³⁰⁹ ALEXIS, Giraud-Teulon. Sur les origines de la famille. **Bulletin de la Société d'anthropologie de Lyon**, tome 21, p. 40-51, 1902. Disponível em: <https://doi.org/10.3406/linly.1902.12243>. Acesso em: 8 set. 2019.

³¹⁰ MORGAN, Lewis Henry. Systems of consanguinity and affinity of the human family. In: SMITHSONIAN. **Contributions to knowledge**. v. XVII. Washington: The Smithsonian Institution, 1871. Disponível em: <https://archive.org/details/systemsofconsang00morgrich/page/n5>. Acesso em: 8 set. 2019.

³¹¹ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trad. Leandro Konder. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000. p. 28.

³¹² ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trad. Leandro Konder. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000. p. 36.

início a um sistema organizacional mais ou menos semelhante a noção hodierna de família.³¹³ Nesses estágios iniciais a propriedade da terra era coletiva e todos extraíam da natureza o necessário para sobrevivência.

Sendo a propriedade coletiva, os povos desconheciam o direito sucessório, pois nos grupos familiares havia a comunhão de bens, onde todos eram proprietários. Dito de outro modo, não existia propriedade privada da terra, de modo que não fazia sequer sentido a sucessão *causa mortis*.³¹⁴

A família, com características mais semelhantes a família tradicional, teria nascido na fase de transição entre o estado de barbárie e o estado civilizacional, por meio da divisão do trabalho na família, com vistas ao exercício da agricultura. O homem era detentor dos instrumentos de trabalho e responsável pela produção. Nessa condição adquiriu o caráter de “chefe da família”, e a mulher, por essa razão, ficava submissa ao seu comando.³¹⁵ Os filhos serviam para auxiliar na lavoura e nos serviços domésticos. Nesse momento que a propriedade coletiva da terra passa, então, a ser privada, por meio do trabalho da família – agricultura e domesticação dos animais.³¹⁶

É nesse contexto que surge a família monogâmica e patriarcal. O objetivo da monogamia era garantir que a propriedade do homem ficasse com os seus filhos, já que eles a herdavam (se a mulher pudesse ter relações com vários homens não seria possível identificar a paternidade).³¹⁷ E a família era patriarcal na medida em que o marido era o chefe do grupo familiar. Cabia a mulher a tarefa de reprodução e serviços domésticos, aos filhos o auxílio na produção e aos escravos (que faziam parte da família) o dever de auxiliar nos serviços domésticos.³¹⁸ Disso denota-se que a família antiga se forma com base em questões econômicas, como a primeira forma de divisão do trabalho, assentada na agricultura.³¹⁹ Disso decorre a necessidade de se ter muitos filhos, pois eles eram a mão de obra necessária a produção e proteção da propriedade.

³¹³ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda; NOVAES, Maria Fernandes. **Direito das sucessões**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 23; BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1978. p. 69.

³¹⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1978. p. 69-70.

³¹⁵ Acerca do surgimento do patriarcado, a questão não é unânime. Nesse sentido, Paulo Nader sustenta que “O fato de o homem ser guerreiro, caçador, deslocando-se no espaço como nômade, enquanto a mulher cuidava da sobrevivência dos filhos, cultivando a terra, muito contribuiu para a caracterização do pretendido tipo familiar.”. NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. Direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. posição 6, versão ebook.

³¹⁶ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trad. Leandro Konder. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000. p. 58-59.

³¹⁷ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trad. Leandro Konder. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000. p. 82.

³¹⁸ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trad. Leandro Konder. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000. p. 58-59.

³¹⁹ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trad. Leandro Konder. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000. p. 62 e 70.

Da leitura de Engels acerca do surgimento da família tradicional, pode-se extrair os seguintes elementos: (i) a família tem sua organização e estruturação motivada por questões econômicas, relacionadas a produção agrícola e pecuária; (ii) o homem figura como chefe do grupo familiar por deter os instrumentos de produção; (iii) a monogamia surge por questões sucessórias, como forma de manter a propriedade do homem junto à sua prole; (iv) a mulher incumbe a tarefa de procriar e realizar os serviços domésticos; (v) aos filhos cabe auxiliar na produção; (vi) os escravos fazem parte da família e auxiliam nos serviços domésticos. Diante disso, conclui-se que a família se organiza como uma “unidade produtiva”, cuja fundamentação é viabilizar a agricultura, e, com isso, assegurar a sobrevivência dos seus membros.

Em apertada síntese, essa é a gênese da ideia de família, que nasceu em estágios civilizacionais embrionários da sociedade grega e romana.

Foi em Roma que a expressão “família” passou a ter significado jurídico, muito embora distinto dos dias de hoje. Alguns autores sustentam que o termo servia, entre os romanos antigos, para designar os escravos. Isso porque “famulos” queria dizer escravos.³²⁰ Logo, família era o conjunto de escravos pertencentes a um mesmo dono.³²¹ Posteriormente, ainda em Roma, passou a significar, entre outros sentidos, o conjunto de pessoas colocadas sobre o poder de um chefe (o *pater familias*) ou o conjunto de patrimônio do *pater familias*.³²²

Em Roma, a família era chefiada pelo homem, a quem era atribuído o *pater familias*, que consistia no conjunto de poderes que irradiava sobre todos os demais membros da família (*patria potestas*). Tratava-se de um poder sem precedentes, de modo que o pai podia vender os filhos, impor castigos, penas corporais e até mesmo tirar-lhes a vida. A mulher também ficava totalmente submissa a autoridade marital, podendo até ser repudiada.³²³

Participavam ou faziam parte da família romana todas as pessoas colocadas sob o *patria potestas* – poder que emana do *pater familias* –, independentemente da existência de vínculo sanguíneo ou não. Portanto, todas as pessoas submetidas ao *patria potestas* são membros da família, inclusive os escravos e os filhos casados. Isso porque, com o casamento a mulher – *mater familias* –, em algumas situações (mulheres casadas com *manus*³²⁴), perdia o vínculo com a família antiga a passava a pertencer a nova família, sob o comando do novo

³²⁰ ROSA, Conrado Paulino da. **IFamily**: um novo conceito de família? São Paulo: Saraiva, 2013. p. 19.

³²¹ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 14. ed., rev., corr. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 114; LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 20.

³²² CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 106.

³²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito de família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 31.

³²⁴ Casamento “*cum manu*” é aquele em que a mulher cai sob o poder do marido ou do *pater familias* do marido. Diferenciava-se do casamento “*sine manu*”, que era aquele em que a mulher não caía sob o poder do marido, mas continuava sob a *manus pater* da família que provinha. CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 118-119.

pater familias. Portanto, a família não precisava ser formada por laços de sangue. Ela estava unida, na verdade, pelo culto aos antepassados. Assim, a mulher, os filhos, netos, cônjuges dos filhos, todos faziam parte da “grande família”.

Existem várias teorias sobre estrutura da família romana primitiva, sendo as principais: (i) consórcio econômico; (ii) consórcio religioso; e, (iii) consórcio político. Vale dizer, a família era um grupo religioso (*pater* era o sacerdote), econômico (*pater* era o dirigente) e político (*pater* era o magistrado.) Dentre todas, destaca-se a posição de Pietro Bonfante, segundo o qual a família romana era um consórcio político-religioso. Tratava-se de um organismo político, semelhante ao Estado, cujo objetivo se assentava na ordem e na defesa. Em razão disso se justificavam os poderes conferidos ao homem, o *pater familias*, que eram semelhantes ao de um soberano.³²⁵

Segundo Maria Vital da Rocha, “os poderes absolutos e repugnantes que o *pater* exercia sobre os seus subordinados, podem ser melhor entendidos a partir da função da família romana naquela época que, por sua vez, tinha finalidade diversa da família moderna”. De acordo com a autora, “além das finalidades de proteção, manutenção e educação, o *pater* devia manter também a disciplina e a ordem interna do grupo, conservá-lo e defendê-lo de ataques externos”.³²⁶

Essa forma de organização familiar, que gira em torno do *pater familias*, tem importante reflexo no direito sucessório romano. Em decorrência do amplo poder atribuído ao chefe da família, existiu, inicialmente em Roma, uma plena liberdade de testar, conforme se denota na Tábua V, “*De hereditatibus et tutelis*”, da Lei das XII Tábuas.³²⁷ Assim, “as atribuições do *pater*, a essa época, eram absolutas, tanto assim que poderia deserdar os filhos e a mulher, instituindo herdeiro um estranho, sem que qualquer restrição legal fosse oposta.”³²⁸ Contudo, posteriormente, reformas limitaram progressivamente essa liberdade, conforme será estudado no tópico seguinte.

Como o passar do tempo, nos fins da república romana, começa a ganhar importância a família natural, baseada no casamento e no vínculo de sangue. E a severidade dos poderes do *pater potestas* são atenuadas. Admite-se obrigações recíprocas entre os cônjuges. A mãe liga-se a laços mais estreitos aos filhos. O pai só tem direito a módicos castigos em relação ao filho e a morte do filho deve obedecer a certas formalidades. A venda dos filhos deixa de

³²⁵ ROCHA, Maria Vital da. Algumas considerações sobre a família romana primitiva. **Revista Pensar R. C. Unifor**, Fortaleza, n. 5, p. 157-164, fev. 2000. p. 158.

³²⁶ ROCHA, Maria Vital da. Algumas considerações sobre a família romana primitiva. **Revista Pensar R. C. Unifor**, Fortaleza, n. 5, p. 157-164, fev. 2000. p. 159.

³²⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1978. p. 178-180.

³²⁸ MEIRA, Sílvio. **Instituições de Direito Romano**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1968. p. 441.

ser permitida. Entre uma série de outras modificações, aproximando ainda mais a família à ideia de “família tradicional”.³²⁹

Por fim, com Constantino, século IV d.C., uma nova concepção de família passou a ter vigência em Roma – a concepção cristã –, que lhe atribuiu uma nova feição, deixando de existir a grande família, que deu lugar a família formada pelo casal e sua prole, cuja coesão se funda no sacramento do casamento.³³⁰

Conforme observa Paulo Nader, muito embora a história da família não tenha se iniciado em Roma, é em Roma que a história começa a ser escrita. Por isso o conhecimento da família romana é importante para o estudo da história da família. Segundo Nader, “ali estão, com as alterações introduzidas pelo Direito Canônico e germânico, no Período Medieval, as origens do Direito de Família pátrio.”.³³¹

Na idade média permaneceu, de um modo geral, esse modelo de “família natural” que se instalou nos fins da república em Roma. As relações familiares eram regidas exclusivamente pelo direito canônico, muito embora com grande incidência de normas romanas relativas ao *pater familias* ou pátrio poder e de outras normas de origem germânica.³³² Nesse período, a família ainda possuía raízes eminentemente agrárias, e a organização familiar girava em torno da produção, seja na agricultura, seja no artesanato familiar.

Giraud-Teulon Alexis resume a história da família, até esse estágio civilizacional, da seguinte forma, “no começo, a promiscuidade, depois o matriarcado, depois patriarcado, então cristianismo que limita mais e mais instinto sexual.”.³³³

Tal modelo familiar, baseado na relação pai, mãe e filhos, unidos sob a égide do casamento, elevado a condição de sacramento, tornou-se o modelo hegemônico na sociedade ocidental. Desde a Roma antiga, passando pelo império, a república, atravessando a Idade Média, até chegar na Idade Moderna, permaneceu, com algumas variações, como o modelo dominante.³³⁴

³²⁹ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 14. ed., rev., corr. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 606-608.

³³⁰ MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 35.

³³¹ NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. Direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. posição 10, versão ebook.

³³² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 31.

³³³ Tradução livre : “Donc, la succession suivante: au début, la promiscuité, puis le matriarcat, puis le patriarcat, puis le christianisme qui limite de plus en plus l'instinct sexuel.”. ALEXIS, Giraud-Teulon. Sur les origines de la famille. **Bulletin de la Société d'anthropologie de Lyon**, tome 21, p. 40-51, 1902. p. 51. Disponível em: <https://doi.org/10.3406/inly.1902.12243>. Acesso em: 8 set. 2019.

³³⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO PAMPLONA, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. v. 6. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 56.

A família do século XIX e XX permanece tendo como característica central a qualidade de unidade econômica, cabendo a função de elemento essencial de produção. Possuía a mesma estrutura hierarquizada de outrora, na qual o homem era detentor de poder sobre a mulher e os filhos. Seu principal papel era a produção e mais braços significava mais mão de obra para o trabalho. Por isso a necessidade ter muitos filhos nesse período, para facilitar o trabalho e a produção.³³⁵

Enquanto unidade produtiva, a família tinha um relevantíssimo papel para o desenvolvimento do Estado. Por isso “possuía um sentido transpessoal, institucionalizada, como se dotada de vida própria, existindo em função de um interesse familiar superior, sobreposto às vontades individuais”. Inclusive, por esse motivo não era permitido, em um primeiro momento, o divórcio, como uma forma de preservar o patrimônio dentro da família e permitir a continuidade da produção.³³⁶

A primeiras codificações civis que surgiram na Europa, como o Código Civil Francês de 1804 e o Código Civil Italiano de 1865, regulamentavam esse modelo de família. Vale dizer, suas normas eram voltadas a tutela do patrimônio, das relações produtivas no seio da família, não em função dos interesses pessoais dos seus membros.

Segundo Simone Tassinari, o “bom andamento [sic. da família] era fundamental para o desenvolvimento do Estado. Enquanto unidade econômica cabia a entidade família a função de elemento essencial da produção, que crescia à medida que mais braços responsabilizavam-se pelo trabalho”.³³⁷

Nesse sentido, Pietro Perlingieri relata que o Código Civil Italiano de 1865, sob as influências do Código Civil Francês, “caracteriza-se especialmente, por colocar no centro do ordenamento jurídico a propriedade privada, sobretudo a propriedade imobiliária da terra: na manutenção e no incremento desta, é predominantemente inspirada a disciplina da família e das sucessões mortis causa”.³³⁸

No Brasil, a família sofreu forte influência da família romana (do período Justiniano), da família canônica e da família germânica.³³⁹ Da colonização até 1930, o Brasil era composto por uma sociedade eminentemente rural, e a família, por consequência, reproduzia aquela

³³⁵ CARDOSO, Simone Tassinari. **Do contrato parental à socioafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 32-34.

³³⁶ CARDOSO, Simone Tassinari. **Do contrato parental à socioafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 33-34.

³³⁷ CARDOSO, Simone Tassinari. **Do contrato parental à socioafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 32.

³³⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 4.

³³⁹ NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. Direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. posição 10, versão ebook; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 32.

estrutura organizacional voltada a atividade produtiva.³⁴⁰ Vale dizer, uma família patriarcal, na qual o homem era o chefe da sociedade conjugal, era conferido a ele uma posição privilégio em relação à mulher e os filhos, cabendo a tarefa de administrar o patrimônio da família e assegurar que cada membro desenvolve-se suas funções dentro da família. Assim, aos filhos cabia o papel de força de trabalho da propriedade rural. À mulher, os cuidados domésticos e dos filhos. E ao homem a gestão do bom funcionamento dessa engrenagem.³⁴¹ Segundo Michelle Perrot, o “capitalismo em larga medida familiar, [sic] assegurava o funcionamento econômico, a formação da mão-de-obra, a transmissão dos patrimônios.”³⁴²

Tratava-se da família conhecida como “grande família”, que “tinha forma extensiva, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção, com amplo incentivo à procriação. Tratava-se de uma entidade patrimonializada, cujos membros representavam força de trabalho.”. Assim, a organização da família tinha o importante papel de viabilizar “condições de sobrevivência a todos”.³⁴³

Para além da doutrina, os dados revelam essa realidade. De acordo com o censo demográfico de 1920, o Brasil era um país predominantemente agrícola, senão vejamos:

Segundo os resultados do censo demográfico (já divulgados em resumo pela Diretoria Geral de Estatística), dos 30.635.605 habitantes recenseados no Brasil em 1 de Setembro de 1920, 6.376.880 consagravam a sua atividade na exploração do sólo e do sub-sólo, 74.650 na extração de matérias minerais, 1.189.357 na indústria em geral, 253.587 especialmente na indústria de transportes, 497.548 no comércio, 88.363 como elementos da força pública, 97.712 na administração pública, 40.167 na administração particular, 168.879 nas profissões liberais, 373.879 no serviço doméstico; vivendo 40.790 de suas rendas e 21.444.561 sem profissão definida ou em inatividade (profissões mal definidas 416.568 profissões não declaradas e sem profissão, inclusive os menores de 14 anos, 21.027.993). Eliminados os menores de 14 anos (12.631.575) e excluídas as mulheres sem profissão declarada (7.372.264), ficará reduzido o número dos desocupados menos da vigésima parte (1.024.154).³⁴⁴

Analisando os dados acima, percebe-se que das 9,1 milhões de pessoas em atividade, 6,3 milhões (69,7%) se dedicavam às atividades agrícolas, 1,2 milhão (13,8%) à indústria e

³⁴⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1978. p. 68.

³⁴¹ Nesse sentido, assevera Michelle Perrot, “Essa família celebrada, santificada, fortalecida era também uma família patriarcal, dominada pela figura do pai. Da família, ele era a honra, dando-lhe seu nome, o chefe e o gerente. Encarnava e representava o grupo familiar, cujos interesses sempre prevaleciam sobre as aspirações dos membros que a compunham. Mulher e filho lhe eram rigorosamente subordinados. A esposa estava destinada ao lar, aos muros de sua casa, à fidelidade absoluta. Os filhos deviam submeter suas escolhas, profissionais e amorosas, às necessidades familiares.”. PERROT, Michelle. “O nó e o ninho”. **Veja 25: reflexões para o futuro**. São Paulo: Abril, 1993. p. 77-78.

³⁴² PERROT, Michelle. “O nó e o ninho”. **Veja 25: reflexões para o futuro**. São Paulo: Abril, 1993. p. 76-77.

³⁴³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 34.

³⁴⁴ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Recenseamento do Brasil**: Realizado em 1 de Setembro de 1920. Rio de Janeiro: IBGE, 1927. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv6478.pdf>. Acesso em: 12 set. 2019. p. 69-70.

1,5 milhão (16,5%) aos serviços. Portanto, o país possuía características preponderantemente agrícolas, com presença maciça da agricultura de subsistência e do grande latifúndio.

Segundo Orlando Gomes, nesse período o Brasil possuía uma estrutura de produção voltada à exportação de matérias-primas e gêneros alimentares e da importação de artigos fabricados. A indústria nacional, nesse estágio, ainda estava no começo do seu desenvolvimento.³⁴⁵

No plano legislativo, a família foi regulamentada, inicialmente, seguindo um modelo organizacional que atendia aos anseios da época. Ou seja, família enquanto unidade produtiva rural, com divisão de tarefas, estrutura hierarquizada e amplos poderes ao chefe da organização, o marido. Em um primeiro momento, via as Ordenações do Reino e as Ordenações Filipinas, bem como as sucessivas alterações legislativas³⁴⁶, até culminar no Código Civil brasileiro de 1916, que “trouxe algumas inovações ao direito de família, mas manteve muitas das estruturas que se estabeleceram no longo dos tempos.”³⁴⁷

Conforme leciona Silvio Rodrigues, “a família de que cuida o legislador de 1916 é a tradicional, inspirada no privilégio da varonia, pois o art. 233 do C.C. declara que o homem é o chefe da sociedade conjugal, limitada bastante da mulher casada, que inclusive é vista como relativamente incapaz quanto a certos atos e a maneira de os exercer (art. 6º)”³⁴⁸

A intenção do legislador era a “manutenção da família, como instituição, em detrimento de seus membros, cuja divisão de funções era nítida, justamente porque tinha a missão de servir a família como unidade produtora e reprodutora das riquezas.”³⁴⁹ Isso porque, “era interesse do Estado que esta família monolítica, como unidade produtiva e esteio econômico da nação, fosse regulada ostensivamente”³⁵⁰

Nesse contexto histórico o direito das sucessões, praticamente uma cópia do direito romano das Novelas 188 e 127, conforme adiante será detidamente analisado, tinha como função primordial manter o patrimônio, constituído pela terra e seus acessórios, no seio da

³⁴⁵ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. Salvador: Livraria Progresso, [1959?]. p. 40.

³⁴⁶ Tais como “a Lei de 6 de outubro de 1784, que disciplinava os esponsais; a Lei de 29 de outubro de 1775, que mitigou os costumes relativos ao consentimento paterno para a realização de casamento; a Lei de 9 de abril de 1772, que instituiu a obrigatoriedade de prestação solidária de alimentos entre parentes; o Decreto de 3 de novembro de 1827, que instituiu o casamento civil, pela primeira vez, em território nacional, destinado aos acatólicos; o Decreto de 2 de setembro de 1847, atinente aos direitos do filho natural; o Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, que, sob a lavra de Rui Barbosa, introduziu o casamento civil.”. NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. Direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. posição 10, versão ebook.

³⁴⁷ NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. Direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. posição 10, versão ebook.

³⁴⁸ RODRIGUES, Silvio. Breve histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 88, 1993. p. 241.

³⁴⁹ MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. **A função social da legítima no direito brasileiro**. 219f. 2018. Dissertação (Mestrado) – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP), São Paulo, 2018. p. 62-63.

³⁵⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 156.

família, permitindo a continuidade da produção pelos filhos e descendentes do falecido. Vale dizer, o patrimônio, transferido via herança, era constituído, basicamente, pelos meios de produção, a terra e os utensílios necessários para agricultura ou o trabalho manufaturado.

Ocorre que, a partir de 1940 o Brasil começa a ter uma severa mudança demográfica. De acordo com dados do IBGE, “Em 1940, o contingente de população urbana no Brasil correspondia a 12,8 milhões de habitantes e, em 2000 atingiu 137,9 milhões, tendo tal acréscimo de 125,1 milhões de habitantes urbanos resultado no aumento do grau de urbanização, que passou de 31,3%, em 1940, para 81,2%, em 2000.”.³⁵¹ Pode-se observar que além de um exponencial aumento da população, houve, em especial, um crescimento significativo da população urbana.

Essa mudança de perfil demográfico, impulsionada pela industrialização, causa profundas transformações na família. Até então, “a estrutura jurídica da família, como se vê, muito se aproximava da romana”.³⁵²

As famílias deixam de ser numerosas, com um declínio da taxa de natalidade, devido ao custo maior das cidades, como educação, saúde etc. Além disso, as mulheres passam a ingressar no mercado de trabalho, tendo que conciliar o labor e o cuidado dos filhos. Ainda, a partir da década de 60, as mulheres passam a ter acesso à métodos contraceptivos. Com isso, da década de 40 até o ano 2000, a taxa de fecundidade entre mulheres cai de 6,2 filhos para 2,4 filhos por mulher. Assim, a grande família rural dá lugar a pequena família urbana, comumente chamada de “família nuclear”.³⁵³

O homem começa a perder progressivamente a condição de autoridade máxima dentro da família. À mulher passam a ser atribuídos, paulatinamente, direitos relacionados à direção da sociedade conjugal. Os filhos também ganham maior autonomia, uma vez que não dependem mais da estrutura familiar como forma de sustento, eis que passam a exercer atividades remuneradas nos grandes centros urbanos.³⁵⁴ Assim é o prelúdio da bancarrota da família patriarcal, que aos poucos perde espaço para um novo tipo de família, impulsionada, especialmente, pelo rápido processo de urbanização e a emancipação feminina.³⁵⁵

Nesse sentido, leciona Conrado Paulino da Rosa:

³⁵¹ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Tendências demográficas**: uma análise da população com base nos resultados dos censos demográficos 1940 e 2000. Rio de Janeiro: IBGE, 2007. p. 19. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv34956.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2019.

³⁵² ROSA, Conrado Paulino da. **IFamily**: um novo conceito de família? São Paulo: Saraiva, 2013. p. 31

³⁵³ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Tendências demográficas**: uma análise da população com base nos resultados dos censos demográficos 1940 e 2000. Rio de Janeiro: IBGE, 2007. p. 33-34. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv34956.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2019.

³⁵⁴ PERROT, Michelle. “O nó e o ninho”. **Veja 25**: reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993. p. 79.

³⁵⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: famílias. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 17-18.

Ao tempo em que a economia doméstica estava concentrada no meio rural, a família já foi mais ampla e abrangia um espectro maior de parentes em linha reta e colateral, mas foi sendo reduzida, resumindo-se numericamente aos pais e filhos, com a sua migração para os centros urbanos, na busca de emprego na indústria em franca expansão, ao mesmo tempo que estabelecia a ocupação da família restrita de pequenos espaços para a moradia exclusiva dos parentes em linha reta e em bastante proximidade de graus.³⁵⁶

A legislação brasileira abarca e impulsiona essa nova realidade. Impulsiona porque, na medida em que confere novas funções à família e novos direitos à mulher e aos filhos, ela atende, ao mesmo tempo, os interesses do humano e do capital diante da nova realidade social. Explica-se.

O Código Civil de 1916, ao prever, em seu art. 233, IV, do C.C., que cabia ao marido a obrigação de manter a família, promovia a divisão do trabalho entre os cônjuges, ficando a mulher dentro de casa cuidando dos filhos e da economia doméstica e o homem na atividade agrícola com vistas ao sustento de da família.³⁵⁷

Porém, com a mudança do perfil socioeconômico brasileiro, que passa de uma sociedade agrária para uma sociedade urbana, industrial e de consumo, “a família que antes se voltava a produção, agora se concentra no consumo de produtos. [...] Ao invés de produzir, a célula doméstica dedicava-se ao consumo [...]”.³⁵⁸

Nesse novel cenário a mulher tem um novo papel na economia. Ela não é mais a dona do lar. Ela representa, tanto quanto o homem, mão de obra para a indústria de produtos e serviços. Vale dizer, “a evolução dos costumes tirou a mulher de dentro do lar, para conduzi-la a atividade remunerada nos escritórios, nas lojas, nas fábricas, nos hospitais, etc”.³⁵⁹ E, além da mão de obra, ela também faz parte do ciclo de consumo.

Não é à toa que paulatinas alterações legislativas – como o Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/1962) e a Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/1977) – começaram a reconhecer direito às mulheres. A mulher casada passou, com Lei n. 4.121/1962, a concorrer com o rendimento de seus bens para o sustento da família³⁶⁰, bem como a deter a titularidade do patrimônio adquirido com a força do seu trabalho.³⁶¹ Por sua vez, a Lei n. 6.515/1977 altera o regime

³⁵⁶ ROSA, Conrado Paulino da. **IFamily: um novo conceito de família?** São Paulo: Saraiva, 2013. p. 23.

³⁵⁷ RODRIGUES, Silvio. Breve histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 88, 1993. p. 251.

³⁵⁸ CARDOSO, Simone Tassinari. **Do contrato parental à socioafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 74.

³⁵⁹ CARDOSO, Simone Tassinari. **Do contrato parental à socioafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 74.

³⁶⁰ Art. 2º A mulher tendo bens ou rendimentos próprios, será obrigada, como no regime da separação de bens (art. 277 do Código Civil), a contribuir para as despesas comuns, se os bens comuns forem insuficientes para atendê-las.

³⁶¹ “Art. 246. A mulher que exercer profissão lucrativa, distinta da do marido terá direito de praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e a sua defesa. O produto do seu trabalho assim auferido, e os bens com êle adquiridos, constituem, salvo estipulação diversa em pacto antenupcial, bens reservados, dos quais poderá dispor livremente com observância, porém, do preceituado na parte final do art. 240 e nos ns. II e III, do artigo 242. Parágrafo único.

legal de bens, que passa a ser de comunhão universal para comunhão parcial, demonstrando o legislador o interesse de que os bens particulares ficam reservados aos respectivos titulares. Tais mudanças ao mesmo tempo que conferem maiores direitos à mulher, também a incentivam a participar do mercado de trabalho, na medida em que começam a contribuir com a força do seu trabalho para amealhar patrimônio próprio e o sustento da família. Nesse contexto é a advertência de Silvio Rodrigues, segundo o qual “a mulher ganha tanto ou mais que o marido e é justo que participe do sustento da família, como de resto lhe impõe em relação aos filhos o inciso IV do art. 231 do Código Civil.”.³⁶²

Diante dessa nova realidade socioeconômica, “a organização familiar clássica mergulha no obsolescimento, não atendendo às atuais condições estruturais da família pós-moderna.”.³⁶³ E nessa toada, as reforças legislativas no direito de família buscaram acompanhar esse alvorecer de um novo modelo de organização familiar. A família deixou progressivamente de ser compreendida como núcleo econômico e reprodutivo e avançou para uma concepção instrumental, enquanto unidade de afeto, ajuda mútua e meio de desenvolvimento da personalidade do homem.

O auge desse processo disruptivo veio com a Constituição Federal de 1988, que trouxe severas mudanças para o Direito de Família, chacoalhando as estruturas tradicionais e seculares que impregnavam as normas familiaristas. Conforme leciona Conrado Paulino da Rosa, “as mudanças foram tão paradigmáticas que, tal como um divisor de águas, podemos separar o Direito de Família em antes e depois de tal acontecimento.”.³⁶⁴

A família continuou a ser a “base da sociedade” e objeto de “especial proteção do Estado”, nos termos do art. 266, *caput*, da CF/88, porém alterou sua essência, não sendo mais uma instituição essencialmente patrimonializada, mas sim voltada a realização pessoal dos seus membros. Essa nova feição decorreu, em boa parte, do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da república, nos termos do art. 1º, III, da CF/88, que irradiou sobre toda legislação privatista. Por esse princípio, passa-se a valorizar a pessoa humana em detrimento do patrimônio, o que ficou conhecido como a “personalização, repersonalização e despatrimonialização do Direito Privado”.³⁶⁵

Nessa nova quadra da história brasileira familiarista, a família passou a ser valorizada de maneira instrumental, constituindo um núcleo de desenvolvimento da personalidade e da

Não responde, o produto do trabalho da mulher, nem os bens a que se refere este artigo pelas dívidas do marido, exceto as contraídas em benefício da família”.

³⁶² RODRIGUES, Silvio. Breve histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 88, 1993. p. 241.

³⁶³ ROSA, Conrado Paulino da. **IFamily**: um novo conceito de família? São Paulo: Saraiva, 2013. p. 46.

³⁶⁴ ROSA, Conrado Paulino da. **IFamily**: um novo conceito de família? São Paulo: Saraiva, 2013. p. 35.

³⁶⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: direito de família. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Posição 7, Ebook.

dignidade dos seus integrantes. Vale dizer, a família deixa de ser um fim em si mesma e começa a ser a fonte do “bem-estar e o desenvolvimento da sociabilidade de seus membros.”.³⁶⁶ Ela passa a ser vista como um dos pilares da vida psicológica dos indivíduos, lhe propiciando sentimento de pertencimento social e saúde psíquica.

Segundo Rolf Madaleno, a CF/88 revolucionou o Direito de Família brasileiro a partir de três eixos: (i) o reconhecimento da pluralidade de famílias (matrimonial, união estável e a monoparental); (ii) a igualdade entre os filhos de qualquer origem (consanguínea, civil ou dentro ou fora do casamento); (iii) a consagração da igualdade plena entre marido e mulher no seio da família.³⁶⁷

De acordo com Silvio Rodrigues, “o mais devastador dispositivo constitucional, a revolucionar a estrutura do Direito de Família pátrio, foi o art. 226, §5º, da Carta de 1988”, o qual proclama que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Isso porque a família tradicional, que atravessara milênios baseada nos privilégios da varonia, deu lugar a igualdade absoluta entre os cônjuges.³⁶⁸

Outra grande mudança revolucionária, que muito importa para a presente pesquisa, diz respeito à expansão do conceito de família, que deu margem ao reconhecimento de diversos outros modelos familiares que não fossem obrigatoriamente agasalhados pelo casamento, tal como a união estável, a família monoparental e diversas outras configurações familiares.³⁶⁹ Instaurou-se, com isso, um dos mais importantes princípios vigentes no dia de hoje “o princípio do pluralismo das entidades familiares”.³⁷⁰

Nesse novo cenário inaugurado, “o conceito de família, até então extremamente taxativo, passou a apresentar um conceito plural”.³⁷¹

De acordo com Paulo Lobo, a família deixou de ser identificada pelo manto do casamento e passou a ser caracterizada pela presença dos seguintes elementos comuns, sem as quais não se configuram entidades familiares:

- a) estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida;

³⁶⁶ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Novas entidades familiares e seus efeitos jurídicos. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 6. 2007, Belo Horizonte. **Anais [...]**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2007. p. 2. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/70.pdf>. Acesso em: 12 set. 2019.

³⁶⁷ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 4.

³⁶⁸ RODRIGUES, Silvio. Breve histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 88, 1993. p. 270.

³⁶⁹ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 5.

³⁷⁰ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Novas entidades familiares e seus efeitos jurídicos. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 6. 2007, Belo Horizonte. **Anais [...]**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2007. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/70.pdf>. Acesso em: 12 set. 2019.

³⁷¹ ROSA, Conrado Paulino da. **IFamily: um novo conceito de família?** São Paulo: Saraiva, 2013. p. 46.

- b) ostensibilidade, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente;
- c) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do novel econômico.³⁷²

O novo modelo de família instalado pelo constituinte de 1988 é aberto, plural e tem como elemento principal o afeto. Há plena liberdade de escolha na formação da família, a depender das escolhas existenciais de cada um. Onde existir afeto, há família.³⁷³ Nesse contexto que surgiram as famílias monoparentais, anaparentais, reconstituídas, simultâneas, homoafetivas, poliafetivas, multiparentais, entre outras.³⁷⁴

Já não são elementos estruturantes o casamento, a existência de filhos ou sequer os laços sanguíneos. Não se fazem presentes rígidos requisitos para sua constituição. Basta que existam indivíduos, unidos pelo afeto, com vistas ao desenvolvimento de sua personalidade e da realização pessoal de cada um dos seus membros. Assim, “o único requisito para sua constituição deixa de ser jurídico (como era o casamento) e passa a ser fático, ou seja, o afeto.”³⁷⁵

Nesse sentido, Simone Tassinari assevera que enquanto na família patriarcal o afeto era presumido, na família eudemonista a *affectio* é um dos elementos mais importantes, pois é ele que forma e promove a continuidade do vínculo familiar. Assim, a família passa a existir enquanto um local de reciprocidade.³⁷⁶

Alguns autores, a exemplo de Daniel Borrillo, dão a esse fenômeno contemporâneo, o qual não apenas a família brasileira faz parte, de contratualização do Direito de Família. Segundo Borrillo, o casamento e a filiação passaram a ser fundamentados na vontade, de modo que a regulamentação jurídica desses institutos atende as regras de negociação e contratualização. As famílias são formadas não apenas por vínculos biológicos ou sacramentais (como no caso do casamento), mas sim pelo desejo de convivência, como ocorre com as uniões civis, a adoção e as técnicas de reprodução assistida.³⁷⁷

Nessa ordem de ideias, conclui-se que a família contemporânea é formada a partir dos laços de convivência, assentada no desejo e no afeto. A origem biológica e o casamento

³⁷² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DO DIREITO DA FAMÍLIA, 3., 2001, Recife. **Anais [...]**. Recife: IBDFAM, 2001. p. 3. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/193.pdf. Acesso em: 8 set. 2019.

³⁷³ CARDOSO, Simone Tassinari. **Do contrato parental à socioafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 91.

³⁷⁴ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Novas entidades familiares e seus efeitos jurídicos. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 6. 2007, Belo Horizonte. **Anais [...]**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2007. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/70.pdf>. Acesso em: 12 set. 2019.

³⁷⁵ ROSA, Conrado Paulino da. **IFamily: um novo conceito de família?** São Paulo: Saraiva, 2013. p. 47.

³⁷⁶ CARDOSO, Simone Tassinari. **Do contrato parental à socioafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 101-102.

³⁷⁷ BORRILLO, Daniel. **La famille par contrat: la construction politique de l'alliance et de la parenté**. Paris: Presses Universitaires de France, 2018. p. 127.

sacramentado deixaram de ser os únicos elementos definidores do vínculo família, abrindo espaço para um mosaico infinito de novas configurações familiares.

Contudo, no âmbito do direito sucessório, muito pouco, quase nada, foi alterado, conforme será detidamente analisado no item subsequente. Muito embora a família e o Direito de Família (que passou a ser chamado de Direito das Famílias) tenha se redesenhado completamente, o direito das sucessões tem se omitido, permanecendo laborando, em larga medida, na lógica da secularizada família tradicional. Se a família deixou de ser unidade produtiva, qual seria o fundamento e a função do direito sucessório na atualidade? Daí advém a necessidade de revisitar as funções e fundamentos do direito sucessório, para perquirir qual poderia ser a sua função diante das novas relações familiares contemporâneas.

2.1.2 Surgimento e desenvolvimento do Direito das Sucessões: identificação de seus fundamentos

“el Derecho más vivo es el de los muertos, y debe adaptarse a las relaciones sociales que reglamenta y es que la realidad social del tiempo en que deben ser aplicados”
Carlos Pérez Ramos

Nesse subitem será realizado alguns apontamentos sobre a construção história do Direito das Sucessões, demonstrando seu papel ao longo da história. O objetivo é evidenciar quais são os fundamentos, ao longo dos tempos, da transmissão *causa mortis* que deram arrimo a existência do Direito das Sucessões na atualidade, com objetivo de perquirir se ainda guardam amparo nos dias atuais.

A doutrina sustenta que os povos primitivos não conheciam o direito sucessório, uma vez que a propriedade da terra era coletiva. Logo, as famílias viviam em comunhão de bens, em que todos eram titulares do patrimônio comum.³⁷⁸

Contudo, a partir do momento em que o homem passou a cultivar a terra, tornando-se dela o seu senhor – proprietário –, surge a necessidade de transmitir para seus herdeiros o patrimônio amealhado em vida.³⁷⁹ Portanto, “o direito à sucessão surge como uma continuidade do direito de propriedade”.³⁸⁰

³⁷⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1978. p. 69; CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda; NOVAES, Maria Fernandes. **Direito das sucessões**. 5. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 23.

³⁷⁹ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trad. Leandro Konder. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000. p. 58-59.

³⁸⁰ ROCHA, Maria Vital; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. Ordem de Vocação Hereditária no Código Civil Brasileiro: Comparação com o Direito Romano. *In*: MARIN, Maria Teresa Duplá; ORIA, Patricia Panero (Org.). **Fundamentos del derecho sucesorio actual**. Madri: Marcial Pons, 2018. p. 783.

Na Grécia Antiga e em Roma, nos períodos mais remotos, acredita-se que após a morte as pessoas continuavam a viver sobre a terra, razão pela qual eram enterradas em casa com seus objetos pessoais e passavam a ser cultuadas, como seres sagrados. O parentesco se ligava a esse culto comum – todos que cultuavam o falecido pertenciam a mesma *gens* ou família. No direito sucessório, o culto era transmitido pela linhagem masculina. O filho homem dava continuidade ao culto familiar, e, por consequência, tornava-se titular da propriedade deixada pelo falecido.³⁸¹

No âmbito legislativo, o direito sucessório foi pela primeira vez regulado no Direito Romano, muito embora inicialmente o instituto possuísse características distintas das de hoje. Segundo José Carlos Moreira Alves, no direito romano clássico o termo *successione* designava o que hoje nós entendemos por sucessão universal. Não existia sucessão universal e sucessão singular, como se conhece hodiernamente, mas apenas a sucessão universal, que consistia na substituição de uma pessoa por outra na sua posição jurídica.³⁸² Assim, quando o *pater familias* falecia ou perdia a capacidade de gestão, quem passava a ocupar sua posição detinha a titularidade do patrimônio e a soberania familiar. Via de regra o primogênito do sexo masculino, porém, na falta de filho, o homem designava uma filha para lhe dar sucessão, que se tornava seu filho (o neto se tornava filho do avô), para lhe suceder.³⁸³

Nesse sentido, Clóvis Beviláqua assevera que “o novo chefe substituía o primeiro em todos os seus direitos e deveres, é o continuador de suas funções político-administrativas. Porém, tal sucessão não depende de morte do primeiro chefe, pois ele será substituído no momento em que não dispuser mais de confiança dos seus”.³⁸⁴

Somente no período pós-clássico e Justiniano é que o termo *successio* ganha o sentido de transferência patrimonial em razão da morte, donde passa existir a espécie de sucessão denominada *hereditas*.³⁸⁵

Aqui cabe uma ressalva ou observação. O Direito Romano, no extenso decorrer da história de Roma, sofreu diversas alterações. O sistema hereditário também, conforme a época considerada. Segundo José Cretella Junior, o direito romano pode ser dividido nos seguintes sistemas: (i) Lei das XII Tábuas; (ii) direito pretoriano; (iii) direito imperial; e (iv) sistema Justiniano.³⁸⁶

³⁸¹ ANTONINI, Mauro. **Sucessão necessária**. 222p. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 71.

³⁸² ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 14. ed., rev., corr. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 706.

³⁸³ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. p. 25.

³⁸⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1978. p. 70.

³⁸⁵ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 14. ed., rev., corr. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 706-707.

³⁸⁶ CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 369.

Em Roma, nos seus diversos sistemas legais, havia uma preferência da sucessão testamentária sobre a legal. Tal opção legislativa estava ligada à própria forma de organização familiar, que girava em torno do *pater familias*. Cabe lembrar, conforme discorrido no item anterior, que o *pater familias* detinha um poder soberano no âmbito doméstico. Em decorrência desse amplo poder, prevaleceu em Roma, inicialmente, a plena liberdade de testar, conforme se denota na Lei das XII Tábuas.³⁸⁷ “As atribuições do *pater*, a essa época, eram absolutas, tanto assim que poderia deserdar os filhos e a mulher, instituindo herdeiro um estranho, sem que qualquer restrição legal fosse oposta.”³⁸⁸

Assim, era o *pater* quem designava, via testamento, quem perpetuaria o seu direito de propriedade. Somente no caso da ausência de testamento ou na hipótese de ser declarado inválido é que se aplicavam as regras relativas à sucessão legítima. Na Tabula V, da Lei das XII Tábuas, que regulava a herança e a tutela, restava estabelecido que “se o pai de família morrer intestado, não deixando herdeiro seu (necessário), que o agnado³⁸⁹ mais próximo seja o herdeiro. Não havendo agnados, que a herança seja entregue aos gentis”.³⁹⁰ Denota-se, portanto, que “os romanos davam preferência à sucessão testamentária, porque a vontade do defunto devia prevalecer sobre a vontade do legislador”.³⁹¹

Contudo, com o passar do tempo, em razão de excessos, percebeu-se a necessidade de impor algumas limitações à liberdade de testar, surgindo algo parecido com o que hoje denominamos de sucessão necessária ou legítima (legítima romana). Em um primeiro momento foram impostas restrições ao direito de legar (*v.g. Lex Falcidia*, de 40 a.C.). Já no fim da República Romana, passou-se a ser vedado a deserção de parentes próximos sem que houvesse um motivo justificável, sob o fundamento de que o testador lhes devia afeição (*officium pietatis*).³⁹²

Nesse sentido, Sílvio Meira relata, acerca das restrições à liberdade de testar, que “partia-se do princípio de que o testador deveria afeição aos seus parentes próximos (*officium pietatis*). Se prejudicava a esses parentes, sem justo motivo, era o testamento inficioso. Teria

³⁸⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1978. p. 178-180.

³⁸⁸ MEIRA, Sílvio. **Instituições de direito romano**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1968. p. 441.

³⁸⁹ Agnação é o parentesco civil, aos olhos da lei, compreendendo filhos, legítimos ou adotivos, a mulher, as mulheres dos filhos, os filhos dos filhos (netos), entre outros. CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 108.

³⁹⁰ “a) a gens, cujos membros, que se denominavam *gentiles*, julgavam descender de um antepassado comum, lendário e imemorable, do qual recebiam o nome gentílico (e era esse nome, e não, necessariamente, o parentesco consanguíneo, que os unia);”. ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 14. ed., rev., corr. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 602.

³⁹¹ ROCHA, Maria Vital; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. Ordem de vocação hereditária no Código Civil brasileiro: comparação com o direito romano. In: MARIN, Maria Teresa Duplá; ORIA, Patricia Panero (Org.). **Fundamentos del derecho sucesorio atual**. Madri: Marcial Pons, 2018. p. 783-784.

³⁹² BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1978. p. 292.

surgido a inoficiosidade por influência do pensamento grego, que a pouco a pouco penetrou em Roma ao fim da República [...]”.³⁹³

No império de Justiniano foi introduzida a Novela 115, que instituiu que os descendentes e ascendentes deveriam ser instituídos herdeiros (herdeiros necessários) e a deserdação somente poderia ocorrer em umas das hipóteses previstas na referida novela.³⁹⁴ Segundo Clóvis Beviláqua, a Novela 115 estabelecia que “se o testador não instituísse nem deserdasse os seus descendentes e ascendentes, o testamento era rescindível, abrindo-se a sucessão *ab intestato*”.³⁹⁵

A sucessão legítima, com moldes semelhantes ao que se verifica em muitos países ao redor do mundo, inclusive no Brasil, foi produzida em Roma no império de Justiniano, por meio das Novelas 118 e 127, nos anos 543 e 548 d.C., respectivamente.³⁹⁶ Contudo, cabe lembrar que a sucessão legítima era subsidiária à testamentária, de modo que era aplicada na hipótese da ausência de testamento (sucessão *ab intestato*), caso o testamento não fosse válido ou se o herdeiro instituído não pudesse ou não quisesse receber a herança.³⁹⁷

Até então prevalecia, em termos sucessórios, a preferência de parentes agnáticos em relação ao parentesco cognatício. Em linhas gerais, primeiro eram chamados a suceder todos os indivíduos que estavam sobre o poder do *pater familias*, fosse o parentesco civil ou biológico, posteriormente, com as Novelas citadas, passou a ser dada preferência ao parentesco consanguíneo.³⁹⁸ Vale dizer, a sucessão legítima passou a se fundar unicamente no parentesco natural.

Os herdeiros passaram a ser distribuídos em ordens ou classes (vocação hereditária), sendo chamada uma seguida à outra. Assim, de ordem em ordem, de grau em grau, os herdeiros eram chamados a suceder. E, assim, dava-se a ordem de vocação hereditária: (i) em primeiro lugar os descendentes, composta pelos filhos (legítimos, adotivos ou emancipados), que herdavam por cabeça. Netos tinham o direito de herdar do pai pré-morto, via direito de representação, caso em que herdavam por estirpe; (ii) não existindo descendentes, eram chamados a suceder os ascendentes e os irmãos germanos, ou seja, os

³⁹³ MEIRA, Sílvio. **Instituições de direito romano**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1968. p. 505-506.

³⁹⁴ PROENÇA, José João Gonçalves de. **Natureza jurídica da “legítima”**. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2010. p. 73-74.

³⁹⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1978. p. 293.

³⁹⁶ WALD, Arnoldo. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 45; ROCHA, Maria Vital; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. **Ordem de Vocação Hereditária no Código Civil Brasileiro: Comparação com o Direito Romano**. In: MARIN, Maria Teresa Duplá; ORIA, Patrícia Panero (Org.). **Fundamentos del derecho sucesorio atual**. Madri: Marcial Pons, 2018. p. 784.

³⁹⁷ ROCHA, Maria Vital; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. **Ordem de vocação hereditária no Código Civil brasileiro: comparação com o direito romano**. In: MARIN, Maria Teresa Duplá; ORIA, Patrícia Panero (Org.). **Fundamentos del derecho sucesorio atual**. Madri: Marcial Pons, 2018. p. 788.

³⁹⁸ CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 374.

nascidos do mesmo pai e da mesma mãe do morto. A sucessão dava-se por cabeça, sendo dividido monte de forma igualitária entre os ascendentes e os irmãos germanos. Os mais próximos excluindo os mais remotos, portanto, se vivos os pais, os avós não eram chamados a suceder; (iii) não existindo irmãos para concorrer à sucessão dos ascendentes, dava-se por linhas, sendo uma metade para materna e outra para paterna. Se vivo apenas um dos pais, este amealhava todo patrimônio; (iv) em seguida herdavam os irmãos unilaterais (os irmãos apenas paternos chamados se consanguíneos e os apenas maternos de uterinos); (v) por fim herdavam os demais colaterais, sendo que os mais próximos em grau excluíam os mais remotos, e entre todos do mesmo grau o acervo hereditário era dividido por cabeça. A viúva pobre, por sucessão irregular introduzida pela Novela 117, recolhia a herança se faltasse todos os herdeiros. As relações concubinárias, embora comuns, não gozavam de qualquer previsão no direito sucessório.³⁹⁹

Diante do exposto, denota-se que em Roma o direito sucessório possuía como fundamento: (i) primeiramente, na religião, o patrimônio era transmitido ao responsável por continuar o culto doméstico; (ii) posteriormente, no direito de propriedade e na autonomia privada do chefe da família, que detinha amplos poderes para dispor do patrimônio familiar, como bem entendesse, de modo que a sucessão testamentária prevalecia sobre a sucessão legítima.

Além do Direito Romano, parte da doutrina invoca o Direito Germânico como uma das fontes inspiradoras do atual sistema sucessório brasileiro. Teria sido um sistema, ao revés do romano, que valoriza a sucessão legítima em detrimento da sucessão testamentária. Daí a necessidade de também revisitar esse sistema.

No Direito germânico primitivo a sucessão era baseada na propriedade comum familiar ou copropriedade familiar.⁴⁰⁰ A família era constituída como um todo unitário, de modo que existia um “comunitarismo patrimonial”, no qual a titularidade do patrimônio era identificada como de todos os membros do núcleo familiar. Vale dizer, “Um só patrimônio e um só direito existem na titularidade dos vários parentes: a propriedade é uma só e pertence em conjunto a todos eles”.⁴⁰¹

³⁹⁹ ROCHA, Maria Vital; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. Ordem de vocação hereditária no Código Civil brasileiro: comparação com o direito romano. In: MARIN, Maria Teresa Duplá; ORIA, Patricia Panero (Org.). **Fundamentos del derecho sucesorio atual**. Madri: Marcial Pons, 2018. p. 788-789.

⁴⁰⁰ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 16. ed. rev. e atual./por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 4.

⁴⁰¹ PROENÇA, José João Gonçalves de. **Natureza jurídica da “legítima”**. Reedição. Lisboa: Universidade Lusitana Editora, 2010. p. 15.

A ordem de vocação hereditária no sistema germânico era a seguinte: em primeiro lugar, os filhos varões e, em seguida, os irmãos do defunto, tios paternos e maternos.⁴⁰²

Nessa sociedade o chefe da família era o administrador do patrimônio comum, sem poder dispor desse. Quando do seu falecimento, o seu primogênito o substituía nas suas funções, garantindo a continuidade da família, sobre a mesma base patrimonial, das quais todos seus membros podiam usufruir.⁴⁰³

Nesse caso, observa-se a existência de uma sucessão forçada, uma vez que o patrimônio necessariamente continuava no seio familiar. Somente quando os povos bárbaros passaram a ter contato com os romanos, por volta de 642 d.C., é que passou a ser introduzida a liberdade de testar, a qual ficava reservada a 1/5 da herança. A quota livre de 1/5 partia da premissa de que as famílias geralmente tinham quatro filhos. Logo, como a copropriedade era família, o genitor podia dispor apenas da quinta parte que lhe pertencia. Aqui vê-se a fase embrionária da *reserva* ou legítima *ex lege* no direito germânico.⁴⁰⁴

No direito germânico percebe-se que a sucessão legítima se fundamenta na ideia de propriedade coletiva. Todos os membros do grupo familiar são titulares do patrimônio comum, logo a transferência do patrimônio com a morte é apenas formal, pois materialmente todos apenas continuam possuindo aquilo que já lhes pertencia.

O direito consuetudinário francês, com base na ideia de copropriedade familiar importada do antigo direito germânico, teria fundado a *réserve*, no sentido de reserva hereditária. A reserva expressava a ideia de que os bens do falecido eram automaticamente transmitidos para seus familiares, sendo elidida qualquer forma de disposições de última vontade. O objetivo era preservar um núcleo familiar forte, indispensável à sobrevivência naquele período histórico, marcado pelo fim do império romano e ausência de um estado forte. Posteriormente, com o fortalecimento do poder da Igreja Católica, paulatinamente foram implementadas alterações legislativas no sentido de ampliar o poder de testar.⁴⁰⁵

Nesse ponto, denota-se que “entre os germânicos, percebeu-se uma evolução da indisponibilidade absoluta do patrimônio para a admissão de uma quota livre, como exceção;”.

⁴⁰² GOMES, Orlando. **Sucessões**. 16. ed. rev. e atual./por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 4.

⁴⁰³ PROENÇA, José João Gonçalves de. **Natureza jurídica da “legítima”**. Reedição. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2010. p. 16.

⁴⁰⁴ PROENÇA, José João Gonçalves de. **Natureza jurídica da “legítima”**. Reedição. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2010. p. 23-24.

⁴⁰⁵ ANTONINI, Mauro. **Sucessão necessária**. 222p. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 79-80.

Por outro lado, “situação que evoluiu de maneira oposta no direito romano, no sentido da liberdade absoluta como regra até o reconhecimento da legítima, em caráter de exceção.”⁴⁰⁶

A doutrina distingue a legítima romana e a reserva germânica. De acordo com San Thiago Dantas, existem dois tipos de comunhão família: (i) a comunhão de direito germânica, na qual os bens da família pertencem indistintamente a todos os seus membros; e (ii) comunhão de direito romana, em que não havia a comunhão de bens familiares, uma vez que o patrimônio pertencia ao *pater*.⁴⁰⁷ Na primeira, a legítima teria fundamento na ideia de *officium pietatis*, ou seja, função alimentar, que decorreria da afeição que se presume entre os membros da família. Na segunda, a *réserve* constituiria a fração da copropriedade familiar indisponível por testamento e tinha como função a manutenção da posição social e política da família.⁴⁰⁸

Até aqui, pode-se resumir os fundamentos da sucessão legítima e da legítima da seguinte maneira: **(i)** em relação à sucessão legítima, (a) em Roma, primeiramente, fundou-se na religião e posteriormente no direito de propriedade e no poder do *pater familias* (b) no direito germânico, fundou-se na ideia de copropriedade familiar; **(ii)** no tocante a legítima ou reserva, (a) no direito romano se encorava na função alimentar, (b) no direito germânico na manutenção da posição social e política da família.

Com a relação à reserva ou legítima, observa-se que no Direito Romano ela limitava a sucessão a bens determinados, em cuja esfera se restringiam os deveres de sucessor – dever moral de assegurar a subsistência dos parentes próximos –, ao contrário da reserva germanica, que correspondia a quase todo o patrimônio do defunto, com função de manutenção da posição social da família.

No Código de Napoleão, a reserva germânica e a legítima romana se fundiram e passaram a ser uma cota indisponível por testamento reservada aos herdeiros necessários, cujo objetivo era assegurar a subsistência de familiares mais próximos e não o status social da família. O sistema buscava conciliar “o espírito de compromissos entre exigências individualistas de autonomia da vontade e supraindividualistas de proteção da família.”⁴⁰⁹

O sistema de sucessão *causa mortis* brasileiro, ao longo da nossa história, refletiu essa evolução histórica. Nesse sentido, assevera Antônio Junqueira de Azevedo:

⁴⁰⁶ MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. **A função social da legítima no direito brasileiro**. 219f. 2018. Dissertação (Mestrado) – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP), São Paulo, 2018. p. 40.

⁴⁰⁷ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. apud MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. **A função social da legítima no direito brasileiro**. 219f. 2018. Dissertação (Mestrado) – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP), São Paulo, 2018. p. 40.

⁴⁰⁸ ANTONINI, Mauro. **Sucessão necessária**. 222p. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 81.

⁴⁰⁹ ANTONINI, Mauro. **Sucessão necessária**. 222p. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 81.

Sucessões, tal e qual vigora no ordenamento brasileiro e dos países ocidentais, resulta de distantes, e contraditórias, origens. Fundamentado largamente no Direito Romano (clássico e pós-clássico), em que predominava a sucessão testamentária, de caráter individualista, mas também influenciado profundamente pelo Direito germânico, de espírito comunitário, inteiramente oposto à autonomia da vontade, viu o Direito das Sucessões, durante a Idade Média, acrescentar-se, a ambas essas camadas, o Direito Canônico. Este, de resto, pela própria índole, já mantinha, em si mesmo, frágil equilíbrio entre as exigências religiosas de proteção à pessoa humana (e, portanto, exigências individualistas) e à família (o que vem a dar em posições supra-individualistas).⁴¹⁰

No Brasil no período colonial vigeram as "Ordenações", juntamente com direitos consuetudinário, romano e canônico, além de outras leis que não estavam nelas compreendidas, denominadas legislações "extravagantes".⁴¹¹ Primeiro vigoravam as ordenações do rei Afonso, por isso denominadas Afonsinas, em 1446. Em seguida, em 1514, o rei D. Manuel publicou as chamadas Manuelinas, obedecendo à mesma estrutura e sequência das anteriores. Dividia-se em cinco livros, dentre eles o IV, que compreendia o Direito Civil: Família, Propriedade, Obrigações, Sucessões e Prescrições. Posteriormente, foram promulgadas, pelo rei Felipe II, as Ordenações Filipinas, em 1603. Essa última era uma atualização da anterior.⁴¹²

Nas Ordenações Filipinas a ordem de vocação sucessória era a seguinte: (i) descendentes em linha reta; (ii) ascendentes em linha reta; (iii) colaterais até o 10º grau de consanguinidade; (iv) cônjuge sobrevivente. Na falta de tais herdeiros o patrimônio era transferido ao Estado.⁴¹³

Diante da necessidade de um Código Civil, inclusive por determinação do art. 179, XVIII, da Constituição Federal de 1824, foram realizadas três tentativas de codificação: (i) a de Teixeira de Freitas (1859), (ii) a de Nabuco de Araújo (1872); e a de Felício dos Santos (1881). Contudo, nenhuma delas obteve êxito.⁴¹⁴ As duas últimas não chegaram a concluir o livro de direito das sucessões, perdendo relevância para os fins do presente estudo. Somente a primeira, a de Teixeira de Freitas, que tratou da matéria.

⁴¹⁰ AZEVEDO, Antonio Unqueira de. O espírito de compromisso do direito das sucessões perante as exigências individualistas de autonomia da vontade e as supra-individualistas da família. Herdeiro e legatário. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 95, p. 273-281, jan. 2000. p. 273.

⁴¹¹ "Evidenciam-no as diversas leis pombalinas, editadas nos meados do século XVIII, sobre o direito sucessório. Nelas, exalta-se a sucessão legítima como a forma sucessória compatível com a razão humana, estabelecendo-se, por isso, várias e drásticas restrições à sucessão testamentária. Subverte-se o princípio romano de que, para o herdeiro entrar na posse dos bens do de cuius, era preciso que deles se apossasse, introduzindo-se o instituto germânico da saisine, pelo qual a posse dos bens hereditários se transmitia automaticamente aos herdeiros." ALVES, José Carlos Moreira. do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 88, p. 185-238, jan. 1993. p. 190.

⁴¹² CHAVES, Antônio. Formação histórica do direito civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 95, p. 57-105, jan. 2000. p. 62.

⁴¹³ WALD, Arnoldo. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 44.

⁴¹⁴ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. Salvador: Livraria Progresso, [1959?]. p. 18.

No projeto de Teixeira de Freitas, o direito sucessório foi trabalhado no livro segundo e previa a seguinte ordem de vocação hereditária: (i) descendentes; (ii) ascendentes; (iii) colaterais até o décimo grau; (iv) cônjuge sobrevivente; (v) Estado. Quanto a sucessão necessária, o projeto estabelecia que eram herdeiros necessários os descendentes e ascendentes. E a legítima era composta por dois terços da herança.⁴¹⁵ Contudo, o projeto não foi aprovado.⁴¹⁶

Posteriormente, ainda sob a vigência das Ordenações Filipinas, a Lei Feliciano Pena (Lei n. 1.839/1907), alterou a ordem de vocação hereditária, mantendo-se as duas primeiras classes de herdeiros, ou seja, descendentes e ascendentes, mas preferindo o cônjuge aos colaterais, bem como limitando, na linha colateral, o direito à herança até o 6º grau.⁴¹⁷

O projeto de Teixeira de Freitas não foi aprovado⁴¹⁸, porém ele serviu de esboço para Clóvis Beviláqua, responsável pelo projeto do Código Civil de 1916.⁴¹⁹ Beviláqua laborou de 1899 – “Projeto Primitivo” – até 1916, data da edição do primeiro Código Civil brasileiro (Lei n. 3.071/1916).

Sobre o contexto social no qual o Código Civil foi elaborado, Orlando Gomes relata que o direito centrava sua preocupação na família, de natureza patriarcal e na qual o homem era o chefe da sociedade conjugal, sendo o casamento indissolúvel e o regime de bens legal o da comunhão universal. No campo sucessório, a disciplina jurídica centrava-se na estabilidade do grupo familiar e na garantia do futuro dos filhos. Por essa razão, à liberdade de testar foi limitada em metade do acervo hereditário, que pertencia, de pleno direito, aos herdeiros necessários. Existia, ainda, grande preocupação com a ordem de vocação hereditária. Houve um estreitamento do conceito de família, na medida em que o cônjuge supérstite era chamado à sucessão após os descendentes e ascendentes, preferindo aos irmãos, tios e demais parentes. Essa forma de organização sucessória teria se dado em razão do privatismo doméstico, o qual dominou a codificação civil, que, por sua vez, era

⁴¹⁵ FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. v. II. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. 554-604.

⁴¹⁶ Sobre as razões históricas pelas quais o projeto não logrou êxito, tais como contar com mais de 5 mil artigos, ver: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Sistematização do Direito Civil às vésperas do código de 1916. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 112, p. 551-569, 28 ago. 2018.

⁴¹⁷ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 16. ed. rev. e atual./por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 4. Ebook.

⁴¹⁸ Sobre o projeto elaborado ver: FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código Civil**: esboço. Ministério da Justiça e Negócios Interiores: Serviço de documentação, 1952. Disponível em: http://direitocivildigital.com/?page_id=4159. Acesso em: 10 set. 2019.

⁴¹⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. Augusto Teixeira de Freitas. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 62, n. 2, p. 305-318, 29 dez.1966. p. 313.

impulsionado pela própria forma de organização social colonial, de natureza eminentemente agrária.⁴²⁰

Nesse sentido, o autor aponta que “A influência da organização social do Brasil-colônia faz-se sentir até o fim do século XIX, e é nos primeiros do século XX que começa a discussão do projeto do Código Civil elaborado por Clóvis Beviláqua.”. Nesse contexto, era natural que o código “repercutisse, na sua preparação, aquele primitivismo patriarcal que caracterizou o estilo de vida da sociedade colonial”.⁴²¹

Nos bastidores da elaboração do código de 1916⁴²², questões como inclusão do cônjuge como herdeiro necessário, quota fixa de dois terços da legítima, entre outros temas candentes do direito sucessório, foram discutidos e debatidos nas comissões da Câmara. A ampliação da liberdade de testar, por meio do aumento da quota disponível, embora defendida como expressão da liberdade e da plenitude do direito de propriedade previstos na Constituição Federal, que o regime republicano reclamava, também veio acompanhada com a defesa da legítima, como forma de evitar abusos futuros, em especial aos filhos menores.⁴²³

No Senado houve uma emenda ao projeto, a qual previa a ampla liberdade de testar, ressalvado apenas as hipóteses de existência de custos com a educação de filhos menores ou com as despesas de filhos incapazes de prover à sua própria subsistência. Assim previa o art. 1.576, “O testador póde dispor livremente de todos os bens que deixar por sua morte.”. E, no seu parágrafo único, constava a ressalva de que existindo descendentes ou, na sua falta, ascendentes “incapazes de prover a própria subsistência pela menoridade ou por invalidez, será a herança obrigada a prestar-lhes alimentos na conformidade dos arts. 403 a 411 [...]”. A proposta, contudo, teria sido combatida pelo Senador Sá Freire, sub o argumento de que os grandes patrimônios são constituídos pelo esforço coletivo dos filhos e de toda família, durante a vida de todos, de modo que seria muito injusto tal patrimônio ser transferido, pela simples vontade de um, para as mãos de outros, estranhos ao afeto e ao respeito.⁴²⁴

Por fim, restou aprovado o projeto, dando origem ao Código Civil de 1916. No Livro IV, da Parte Geral, ficou regulada a disciplina das sucessões. O livro foi dividido em quatro títulos:

⁴²⁰ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. Salvador: Livraria Progresso, [1959?]. p. 23-29,

⁴²¹ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. Salvador: Livraria Progresso, [1959?]. p. 29.

⁴²² Para uma leitura completa sobre todo contexto no qual a Código Civil de 1916 foi elaborado, ver: DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação, recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010; e DINIZ, Maria Helena. **Código Civil de 1916**. In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (Org.). **História do direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

⁴²³ MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. **A função social da legítima no direito brasileiro**. 219f. 2018. Dissertação (Mestrado) – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP), São Paulo, 2018. p. 47-52.

⁴²⁴ MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. **A função social da legítima no direito brasileiro**. 219f. 2018. Dissertação (Mestrado) – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP), São Paulo, 2018. p. 50-51.

(i) Da sucessão em geral, arts. 1.572 a 1.602; (ii) Da sucessão legítima, arts. 1.603 a 1.625; (iii) Da sucessão testamentária, arts. 1.626 a 1.769; e (iv) Do inventário e partilha, arts. 1.770 a 1.805. Quando a ordem de vocação hereditária, estabelece que a sucessão legítima se defere nesta ordem: (i) descendentes, (ii) ascendentes, (iii) cônjuge sobrevivente, (iv) colaterais, até o sexto grau e (v) Estados-membros, Distrito Federal ou União, conforme o domicílio do falecido.⁴²⁵ Quanto a legítima, a parte disponível foi ampliada para metade do patrimônio do falecido (deixando de ser dois terços).⁴²⁶ O cônjuge não foi inserido no rol de herdeiros necessários.⁴²⁷

Os colaterais, que inicialmente sucediam até o sexto grau, foram minorados pelo Decreto-Lei n. 8.207/1945, e passaram a suceder somente até o terceiro grau. No ano seguinte, por meio do Decreto-Lei n. 9.461/1946, foi alterado novamente o grau sucessível na linha colateral, sendo fixado o quarto grau como limite. Tais mudanças já indicavam a “passagem da numerosa família rural para um novo modelo nuclear, em razão da urbanização e industrialização no Brasil.”⁴²⁸

A partir de 1916, o Código Civil brasileiro, que nasceu com “incorreções ou [apresentando] defeitos de forma capazes de dificultar a sua interpretação”⁴²⁹, passou a ser objeto, por diversas vezes, de tentativas de reforma, como o projeto de Orlando Gomes, porém sem sucesso. Contudo, em diversas áreas, como o Direito de Família, o código foi reformado por meio de legislações esparsas ou reformas pontuais, tal como o estatuto da mulher casada, que aboliu a subordinação da mulher ao marido em várias situações e eliminou o inciso II do art. 6º do Código Civil, segundo o qual a mulher casada se considerava relativamente incapaz, bem como a aprovação do divórcio, com a Emenda Constitucional n. 9, de 1977.

Entretanto, no campo sucessório, não se observaram mutações significativas. Segundo Eduardo Tomasevicius Filho, “o código civil de 1916, conseqüentemente, sofreu o

⁴²⁵ Art. 1.603. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - Aos descendentes.

II - Aos ascendentes.

III - Ao cônjuge sobrevivente.

IV - Aos colaterais.

V - Aos Estados, ao Distrito Federal ou a União.

⁴²⁶ Art. 1.576. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.

⁴²⁷ Art. 1.721. O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível, não poderá dispor de mais da metade de seus bens; [...]

⁴²⁸ MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. **A função social da legítima no direito brasileiro**. 219f. 2018. Dissertação (Mestrado) – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP), São Paulo, 2018. p. 52.

⁴²⁹ ALVES, José Carlos Moreira. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 88, p. 185-238, 1 jan. 1993. p. 221.

impacto de todas essas transformações. O ramo do Direito civil que se conservou praticamente intacto durante sua vigência foi o Direito das Sucessões.”.⁴³⁰

Até que em maio de 1969, por ato do Ministro da Justiça, cujo cargo era ocupado pelo Prof. Luiz Antônio da Gama e Silva, foi designada Comissão⁴³¹ para elaborar um novo anteprojeto de Código Civil, a qual ficou sob a supervisão do Prof. Miguel Reale.⁴³²

A comissão de Miguel Reale, de 1969, laborou no anteprojeto até 1972, quando então foi publicado no Diário Oficial da União e submetido à apreciação dos Tribunais, a Ordem dos Advogados, Faculdades de Direito, entidades empresariais, entre outras, as quais apresentaram críticas e sugestões. Diante das contribuições, o texto do anteprojeto foi revisto e encaminhado ao Ministro da Justiça de época, Alfredo Buzaid, sendo texto final apresentado à Câmara dos Deputados em 1975.⁴³³ O texto foi aprovado na Câmara, em 1984, após cuidadoso estudo e debate de 1.063 emendas. E depois de muitas outras reformas, deu origem ao Código Civil de 2002.⁴³⁴

Segundo Miguel Reale, o saber acumulado com o antigo código, na parte que se mostrou válida e eficaz, ficou mantido, ainda que diante de um novo contexto social. Assim, o código ficou-se ao espírito da sua época, sendo reflexo da cultura agrária, na qual prevalecia a população rural em detrimento da urbana. Muito embora tenha sido permeado por princípios como o da (i) *socialidade*, no sentido de prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, (ii) da *eticidade*, por meio da incorporação de critério éticos ao universo jurídico, como a equidade, a boa-fé objetiva, a justa causa, entre outros, e a (iii) da operabilidade, cuja ideia é que o direito deve ser realizado, operável, por meio da construção de normas que sejam abertas, “para que a atividade social mesma, na sua evolução, venha a alterar-lhe o conteúdo através daquilo que denomino “estrutura hermenêutica”.⁴³⁵

Embora o código tenha trazido inovações importantes, observa-se que “não houve a modificação estrutural das matérias, tal como aconteceu com o novo código de Processo civil de 2015 em relação ao código anterior, de 1973. Nem mesmo houve alterações redacionais,

⁴³⁰ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O legado do Código Civil de 1916. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 111, p. 85-100, 9 jun. 2017. p. 94.

⁴³¹ A comissão era composta pelos seguintes juristas “Miguel Reale, José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro”.

⁴³² ALVES, José Carlos Moreira. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 88, p. 185-238, 1 jan. 1993. p. 232-234.

⁴³³ DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação, recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 293.

⁴³⁴ REALE, Miguel. **Visão geral do projeto de Código Civil**. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>. Acesso em: 16 set. 2019.

⁴³⁵ REALE, Miguel. **Visão geral do projeto de Código Civil**. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>. Acesso em: 16 set. 2019.

que foram objeto de críticas de Rui Barbosa.”. Assim, conclui-se que “boa parte dos artigos do código civil de 2002 são exatamente os artigos do código civil de 1916”.⁴³⁶

O campo do direito sucessório não escapou dessa realidade. Mesmo diante de todas as mudanças sociais existentes na família e a sua profunda transformação, muito pouco, quase nada, foi alterado. Para pontuar algumas mudanças, houve a introdução do sistema de concorrência sucessório envolvendo o cônjuge e companheiro, não presente no sistema anterior de 1916, nos termos do art. 1.829, do CC/02. Ainda, a própria inserção do companheiro na sucessão, muito embora de maneira polêmica, já que sucedia de forma diferente do cônjuge, nos termos do art. 1.790, do CC/02.⁴³⁷ Como principal inovação, consta a inclusão do cônjuge como herdeiro necessário, nos termos do art. 1.845, do CC/02.⁴³⁸

Quanto a ordem de vocação hereditária, o código manteve o formato anterior, com exceção da inserção do cônjuge como concorrente em algumas hipóteses. O art. 1.829 prevê a seguinte ordem de chamamento para suceder: 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.

De toda inteligência desenvolvida até o presente momento, denota-se que sistemática sucessória, em especial a ordem de vocação hereditária, atravessou séculos, desde a o Direito Romano do império de Justiniano, das Novelas 118 e 127, nos anos de 543 e 548 d.C., respectivamente, e permaneceu praticamente idêntica em muitos aspectos. Apenas a sucessão do cônjuge que passou por diversas configurações, saindo o cônjuge do quarto lugar na ordem de vocação hereditária, após serem chamados os colaterais até o 10º grau, até chegar no modelo atual, no qual o cônjuge concorre com os herdeiros da primeira e segunda classes na ordem de vocação hereditárias. Apesar das expressivas mudanças na família, no Direito das Famílias e no cenário socioeconômico brasileiro, o Direito das Sucessões apresentou tímidas alterações.

Nesse sentido, Maria Vital e Laura Mapurunga asseveram que “no direito brasileiro, a ordem de vocação hereditária assemelha-se, em muitos aspectos, à sistemática das Novelas

⁴³⁶ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O legado do Código Civil de 1916. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 111, p. 85-100, 9 jun. 2017. p. 96.

⁴³⁷ Cabe registrar que recentemente o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, estabelecendo que o companheiro herda nos mesmos termos que o cônjuge. Vale dizer, de acordo com o art. 1.829, do CC/02. STF. RE n. 878.694, Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Julgamento em 10.05.2017.

⁴³⁸ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 16. ed. rev. e atual./por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Ebook.

de Justiniano, do Direito Romano. Ela defere-se na forma dos arts. 1.829 a 1.844 do CC pátrio.”⁴³⁹

Diante do todo exposto, conclui-se que o Direito das Sucessões tem se acobertado com o manto da neutralidade, ignorando todas as novas demandas e problemas surgidos em decorrência das novas relações familiares e do atual contexto socioeconômico brasileiro, sendo certo que se faz necessário revisitar a sua função e finalidade na contemporaneidade.

2.1.3 O esvaziamento da função e dos fundamentos tradicionais da sucessão legítima na sociedade contemporânea

“Las leyes sobre sucesiones influyen decisivamente en el estado social de los pueblos... pues se apoderan en cierto modo de las generaciones aún antes de que nazcan.”

Alexis de Tocqueville

Apresentada a contextualização histórica da família, do Direito das Famílias e do Direito das Sucessões nos subitens anteriores, cabe agora analisar, criticamente, se se sustentam na atualidade os fundamentos e as funções tradicionalmente invocados para dar arrimo a sucessão legítima e a legítima no modelo atualmente vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme pode-se observar no subitem anterior, a sucessão *causa mortis* já esteve ancorada em diferentes fundamentos e funções, seja de acordo com o contexto socioeconômico de dado lugar, tempo e espaço, seja ainda em razões das concepções, valores e crenças compartilhados por certa comunidade.

Na Grécia e Roma antigas o Direito Sucessório era, de um modo geral, um instrumento de continuidade dos cultos religiosos dos antepassados. Nessas civilizações os mortos eram cultuados em seus túmulos, escavados nas próprias moradias, e o filho homem mais velho ficava responsável pelo culto do falecido e pela propriedade deixada por ele.⁴⁴⁰ Posteriormente, ainda em Roma, passou a ser amparada no poder político do *pater familias*. O chefe da família tinha tamanha soberania que podia dispor, como bem entendesse, o

⁴³⁹ ROCHA, Maria Vital; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. Ordem de vocação hereditária no Código Civil brasileiro: comparação com o direito romano. *In*: MARIN, Maria Teresa Duplá; ORIA, Patricia Panero (Org.). **Fundamentos del derecho sucesorio actual**. Madri: Marcial Pons, 2018. p. 789.

⁴⁴⁰ SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 934; CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda. Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 23; ANTONINI, Mauro. **Sucessão necessária**. 222p. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 71.

patrimônio familiar.⁴⁴¹ Por fim, a liberdade de testar passou a sofrer restrições, cujo fundamento era a ideia moral do *officium pietatis*, vale dizer, o dever de assegurar a subsistência dos parentes próximos.

Portanto, em Roma, no período Justiniano, cuja a disciplina sucessória muito se assemelha ao atual sistema brasileiro, pode-se afirmar que a sucessão tinha as seguintes funções e fundamentos: (i) quanto a sucessão testamentária, tinha fundamento na autonomia da vontade do *pater familias*, tendo como mera função a transferência do patrimônio familiar e continuidade das relações jurídicas do falecido; (ii) no tocante a sucessão legítima e a legítima, tinha como fundamento o dever moral de garantir a subsistência de parentes próximos, tendo função alimentar.

Por sua vez, como se viu, no Direito germânico a sucessão era baseada na propriedade comum familiar ou copropriedade familiar.⁴⁴² Diante da existência de um “comunitarismo patrimonial”, no qual a titularidade do patrimônio era identificada como de todos os membros do núcleo familiar, a sucessão era uma “ficção jurídica”. A Sucessão Legítima e a Legítima tinham a “função de manutenção da posição social e política da família, com fundamento na ideia política de linhagem”.⁴⁴³

Até aqui pode-se resumir os fundamentos da sucessão legítima e da legítima da seguinte maneira: **(i)** em relação à sucessão legítima, (a) em Roma, primeiramente, fundou-se na religião e, posteriormente, no direito de propriedade e no poder do *pater familias* (b) no direito germânico, fundou-se na ideia de copropriedade familiar; **(ii)** no tocante a legítima ou reserva, (a) no direito romano se encorava na função alimentar, (b) no direito germânico na manutenção da posição social e política da família.

Desde o período antigo até os dias atuais, todos os países de tradição romano-germânica que regulamentaram a propriedade e a família estabeleceram, com maior ou menor intensidade, um regime sucessório, seja pela necessidade de se dar uma destinação ao patrimônio após o falecimento do seu titular, seja em razão do dever de solidariedade que gravita as relações familiares.⁴⁴⁴

Existiram pontuais exceções. Na Revolução Russa, por exemplo, o regime sucessório chegou a ser organizado à margem da família e da propriedade, sendo todo o patrimônio do

⁴⁴¹ MEIRA, Sílvio. **Instituições de direito romano**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1968. p. 441.

⁴⁴² GOMES, Orlando. **Sucessões**. 16. ed. rev. e atual./por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 4.

⁴⁴³ ANTONINI, Mauro. **Sucessão necessária**. 222p. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 81.

⁴⁴⁴ BALMASEDA, Ángeles Egusquiza. **Sucesión “mortis causa” de la Familia Recompuesta** (De la Reserva Vidual a la Fiducia Sucesoria). Navarra: Aranzadi, 2015. p. 14.

falecido transferido para o Estado.⁴⁴⁵ O fundamento era a propriedade coletiva da terra e a função a socialização dos meios de produção. Contudo, a experiência foi dolorosa. Houve uma insolvência coletiva, comerciantes e indústria nada empreendiam, os camponeses diminuíram a produção e escondiam suas economias. O país empobreceu e foi obrigado a recuar, suprimindo a limitação ao direito de transmitir a herança.⁴⁴⁶

No *Ancien Régime* francês o Direito das Sucessões tinha como fundamento o direito de propriedade e a família, sendo sua função a manutenção das estruturas de poder e preservação dos privilégios. A burguesia viu na herança o papel de acumulação de capital e criação de uma classe média forte. Para outros, as regras hereditárias eram um importante mecanismo de descentralização do poder econômico, na medida em que previam impostos e repartição obrigatória do patrimônio entre os herdeiros instituídos legalmente, evitando a formação de uma oligarquia econômica.⁴⁴⁷

Pode-se observar que os fundamentos e as funções do direito sucessório variam com o tempo e lugar. Atualmente, a doutrina divide os países em dois sistemas, um sistema composto pelos países com maior liberdade de testar e outro com países que impõem maiores restrições à liberdade de testar (geralmente reservando uma quota parte indisponível chamada de legítima, reserva, parte indisponível, entre outras designações).

No primeiro grupo – países com maior liberdade de testar –, encontram-se geralmente os ordenamentos derivados do *common law*, os quais “são tradicionalmente adeptos de uma sucessão com base na liberdade de disposição”.⁴⁴⁸ Nos países desse bloco a sucessão assume uma ligação mais íntima com o direito de propriedade e com a sua livre disposição do que com as relações familiares. Vale dizer, a sucessão está ancorada muito mais no direito de propriedade do que na solidariedade familiar. São exemplos a Inglaterra, os Estados Unidos e o México, países nos quais a liberdade de testar é limitada apenas à existência de dependência econômica entre os herdeiros e o falecido, situação na qual os sucessores podem pedir o arbitramento judicial, desde que comprovada sua condição concreta de necessidade, a fixação de alimentos hereditários a serem pagos com as forças da herança.⁴⁴⁹

No segundo grupo – liberdade de testar com restrições –, a grande maioria dos ordenamentos jurídicos, a exemplo do Brasil, tem adotado um sistema dual, no qual a

⁴⁴⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 27-28.

⁴⁴⁶ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. p. 31.

⁴⁴⁷ BALMASEDA, Ángeles Egusquiza. **Sucesión “mortis causa” de la Familia Recompuesta** (De la Reserva Vidual a la Fiducia Sucesoria). Navarra: Aranzadi, 2015. p. 1.

⁴⁴⁸ FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. **Boletim JADO**, Bilbao, ano VIII, n. 19, mayo 2010. p. 51.

⁴⁴⁹ MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. **A função social da legítima no direito brasileiro**. 219f. 2018. Dissertação (Mestrado) – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP), São Paulo, 2018. p. 130-133.

transmissão patrimonial e familiar (leia-se sucessão testamentária e legítima) caminham juntas. Nesse caso, a sucessão encontra-se ligada tanto a propriedade privada quanto a solidariedade familiar. Assim ocorre em países como Portugal (art. 2.156, CC), na França (art. 912, do CC), Itália (art. 536, CC), Holanda (art. 63 e 64, do CC), Alemanha (art. 2.303, BGB), Espanha (art. 806, do CC), Argentina (art. 2.444), entre outros.

À luz do exposto, conclui-se que o “macrofundamento” à instituição de direitos hereditários sempre está assentada, como regra geral, em dois pilares básicos, que variam de intensidade conforme o ordenamento jurídico, a saber: **(i)** o direito de propriedade, sendo a livre disposição do patrimônio para após a morte uma das facetas do seu exercício;⁴⁵⁰ **(ii)** o papel assistencial da família, consistindo a herança uma forma de garantir recursos aos herdeiros necessitados e à continuidade da família.⁴⁵¹

No Brasil, esses dois elementos – direito de propriedade e solidariedade familiar – estão conjugados como fundamentos das normas que regulamentam o direito sucessório.⁴⁵² Conforme lecionam Roxana Cardoso Brasileiro Borges e Renata Marques Lima Dantas, “O Direito das Sucessões brasileiro foi construído sobre duplo fundamento: o direito de propriedade e a proteção à família”. Ainda, segundo as autoras, “do ponto de vista patrimonial, tem status de direito fundamental, conforme art. 5º, XXX, da Constituição Federal. Por seu turno, a proteção à família, como causa justificadora do direito à herança, encontra base na norma ordinária que estipula o rol de herdeiros com base nas relações de parentesco e conjugalidade”.⁴⁵³

Além disso, também existe no Brasil discussão quanto aos próprios fundamentos da manutenção do direito à herança. Poderia o Livro V, do Código Civil, ser extirpado e os bens do falecido simplesmente serem entregues para o Estado? Segundo a doutrina, a sua manutenção tem esteio no art. 5º, XXX, da CF/88 e, por isso, jamais poderia ser extinto. Contudo esse tema será objeto de análise no próximo capítulo, dentro de um dos subitens.

Agora, voltando aos fundamentos das normas sucessórias, vale dizer, da forma de organização da disciplina, de acordo com Carlos Maximiliano, o Direito das Sucessões é um

⁴⁵⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: v. 6 – Direito das sucessões. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 8; VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar. **Anuario de Derecho Civil**, Madrid, v. 19, n. 1, p. 3-44, ene./mar. 1966. p. 10; CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda. Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 24.

⁴⁵¹ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar. **Anuario de Derecho Civil**, Madrid, v. 19, n. 1, p. 3-44, ene./mar. 1966. p. 5; HIRONAKA, Giselda; NOVAES, Maria Fernandes. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 14.

⁴⁵² MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. p. 132.

⁴⁵³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 11, p. 73-91, jan./mar. 2017. p. 74.

apêndice do direito de propriedade. Por meio dele mantem-se perpétuo o estímulo ao trabalho, a economia e o esforço constante. Caso o homem soubesse que após preservar e melhorar a terra, ao final tudo passaria ao poder do Estado ou de estranhos, não teria estímulo ao trabalho. Segundo Maximiliano, “cada um labora, economiza, estuda, aperfeiçoa-se, levado não só pelo interesse de subir, mas também de dar à sua família uma posição estável e conspícua na fiança e na sociedade.”.⁴⁵⁴ Logo, a organização do direito hereditário tem fundamento no direito de propriedade e tem a função de estimular o desenvolvimento econômico.⁴⁵⁵

Nesse mesmo sentido, Francisco José Cahali afirma que “não há como se negar a relevante função social desempenhada pela possibilidade de transmissão *causa mortis*, pois valoriza a propriedade e o interesse individual na formação e avanço do patrimônio, estimula a poupança e o desempenho no processo econômico, fatos que, direta ou indiretamente, propulsionam o desenvolvimento da própria sociedade”.⁴⁵⁶ Quanto ao fundamento da norma sucessória, Cahali sustenta que “o direito sucessório encontra fundamento no próprio direito de propriedade”.⁴⁵⁷

É possível extrair das ideias de Maximiliano e José Cahali que as normas sucessórias se alicerçam no Direito de Propriedade e tem como função, em última análise, fomentar o desenvolvimento econômico e social da própria sociedade.

Já em relação ao papel desempenhado junto à família, a doutrina divide os fundamentos e as funções em dois grupos, no primeiro encontra-se a sucessão legítima e no segundo à legítima (ou reservam, parte indisponível etc.).

No primeiro grupo, quando a sucessão legítima, o fundamento permanece no atendimento do princípio da solidariedade familiar e a função é satisfazer uma presumível vontade do falecido quanto a distribuição do seu patrimônio entre seus familiares mais próximos. Segundo a doutrina, a sucessão legítima, consubstanciada na ordem de vocação hereditária disposta no Código Civil, está calcada na presunção da vontade do falecido. Presumisse que o sucedido, se pudesse ter manifestado à sua vontade antes de falecer, em relação há quem gostaria de deixar seus bens no momento da sua morte, o teria feito na exata ordem de convocação estabelecida na lei.⁴⁵⁸

⁴⁵⁴ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. p. 29.

⁴⁵⁵ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. p. 29;

⁴⁵⁶ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda; NOVAES, Maria Fernandes. **Direito das sucessões**. 5. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 23.

⁴⁵⁷ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda; NOVAES, Maria Fernandes. **Direito das sucessões**. 5. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 24.

⁴⁵⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. p. 112.

No segundo grupo, que se encontra a legítima ou parte indisponível, o fundamento está no princípio da solidariedade familiar e ela funciona como uma “cláusula geral de proteção da família”. Por sua vez, dentro da cláusula “proteção da família”, a doutrina comumente menciona as seguintes funções: (i) garantia de uma base econômica⁴⁵⁹; (ii) sustento dos filhos⁴⁶⁰; (iii) sustento do cônjuge⁴⁶¹ e, ainda, (iv) garantia de um “regime de copropriedade família”⁴⁶².

Quanto a garantia de uma base econômica da família, Paulo Lôbo sustenta que dentro do Direito das Sucessões a legítima dos herdeiros necessários decorre do dever de solidariedade intergeracional. Segundo o autor, “a função social da parte legítima dos herdeiros necessários tem sido destacada pelas cortes constitucionais como decorrência da solidariedade entre gerações [...] a garantia de uma base econômica, representada na legítima”.⁴⁶³

Por sua vez, Carlos Maximiliano defende que o direito à reserva de parte dos bens do falecido repousa na responsabilidade dos pais em relação à prole. Para o autor, “o fato da geração leva consigo a responsabilidade genética. O que põe no mundo um ente, está obrigado a velar pelo seu futuro, pela sua felicidade; [...] É justo, pois, que o filho seja o herdeiro forçado do pai.”⁴⁶⁴

No tocante à proteção do cônjuge, Jânio Urbano Marinho Júnior relata que proteção do cônjuge via legítima nasceu com o escopo a proteção da mulher não trabalhadora. De acordo com Marinho Junior, “o incremento da proteção do cônjuge justificou-se pela proteção ao potencial cônjuge debilitado, cujo foco era a mulher não trabalhadora, em um contexto sociojurídico caracterizado pela estabilidade das famílias nucleares e da indissolubilidade do vínculo matrimonial.”⁴⁶⁵

Por fim, Clóvis Beviláqua ampara a reserva hereditária na ideia de copropriedade familiar. Segundo Beviláqua, todos os membros contribuem, cada qual com suas funções, para amealhar o patrimônio familiar, de modo que nada mais justo considerar que a copropriedade familiar, na qual todos laboraram direta ou indiretamente, seja mentida no seio da família por meio das normas sucessórias. Nesse sentido, Beviláqua afirma que “o marido adquire pelo trabalho; mulher conserva pela economia sensata; e os filhos, sabendo que em

⁴⁵⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 45.

⁴⁶⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. p. 112.

⁴⁶¹ MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. **A função social da legítima no direito brasileiro**. 219f. 2018. Dissertação (Mestrado) – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP), São Paulo, 2018. p. 198.

⁴⁶² BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1978. p. 68.

⁴⁶³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 45.

⁴⁶⁴ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. p. 112.

⁴⁶⁵ MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. **A função social da legítima no direito brasileiro**. 219f. 2018. Dissertação (Mestrado) – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP), São Paulo, 2018. p. 198.

secundar o labor de seus progenitores, [...] constituem-se auxiliares prestimosos para criação e consolidação do patrimônio familiar.”⁴⁶⁶

Ocorre que, em razão das inúmeras transformações econômicas e sociais vividas nos últimos tempos, o papel ou as funções atribuídas à herança perderam, em boa parte, sua razão de ser. A virada paradigmática da família e do Direito das Famílias, que rompeu o modelo patriarcal, transpessoal e hierárquico, dando lugar a pluralidade de entidades familiares, somado a outras mudanças socioeconômicas, como perfil demográfico, mudança do modo de produção, entre outras, fizeram com que o regramento do direito sucessório caísse em total defasagem, já não atendendo aos anseios do novo modelo familiarista e colocando em cheque o fundamento e as funções do direito sucessório.⁴⁶⁷

Em primeiro lugar, os fundamentos mais remotos, como a necessidade de manutenção do culto doméstico, da época que os mortos eram enterrados em casa, ou então, a sucessão baseada na autoridade soberana do *pater familias*, que podia dispor como bem entendesse dos bens da família, já deixam, há muito tempo, de servirem de fundamento à sucessão mortis causa.

Por outro lado, a arquitetura das famílias e o papel desenhado pela sucessão dentro do seio familiar também mudaram completamente, perdendo força e sentido no contexto contemporâneo.

Quanto ao direito de propriedade, como espeque da disciplina sucessório, ele permanece hígido. Contudo, e o caráter solidário da disciplina? Ele continua sendo alcançado? Vale dizer, a disciplina, ou forma de regulamentação da matéria, serve para concretizar o princípio da solidariedade familiar? Doravante veja-se.

O caráter de solidariedade familiar foi substancialmente suplantado pelas coberturas sociais do Estado (previdência social, pensões, orfanatos, asilos e outros órgãos de assistência social). Inclusive, os próprios indivíduos passaram a buscar formas mais eficazes de segurança assistencial, como contratação de seguros privados, aplicações em fundos patrimoniais, previdência privada, fundos de investimento etc. Ou seja, no sistema econômico pós-industrial as funções assistenciais da família foram transferidas, em boa parte, para outras instancias públicas e privadas.⁴⁶⁸

Em segundo lugar, o aumento da expectativa de vida nos últimos tempos fez com que, na maioria das ocasiões, o momento da abertura da sucessão coincida com o momento em

⁴⁶⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1978. p. 68.

⁴⁶⁷ ARNT RAMOS, André Luiz, CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Liberdade de testar *versus* sucessão forçada: anotações preliminares sobre o direito sucessório brasileiro. **REJUS**, UNIVEL, n. 4, p. 41-73, maio 2015. p. 45.

⁴⁶⁸ BALMASEDA, Ángeles Egusquiza. **Sucesión “mortis causa” de la Familia Recompuesta** (De la Reserva Vidual a la Fiducia Sucesoria). Navarra: Aranzadi, 2015. p. 23.

que os descendentes diretos do falecido gozam de uma maior autonomia econômica. Assim, salvo pontuais exceções, os bens hereditários não constituem fontes imprescindíveis para subsistência ou estabelecimento profissional dos herdeiros.

Nesse sentido, Raphael Furtado Carminate esclarece que:

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, no ano de 2009, a expectativa de vida do brasileiro, ao nascer, era de 73 (setenta e três anos) e 02 (dois) meses (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2009). Isto significa que, na grande maioria dos casos, no momento da abertura da sucessão, os sucessores do de cujus já são maiores, com suas próprias famílias já constituídas, possuindo perfeitas condições de prover seu próprio sustento, não dependendo da herança para a manutenção de vida digna.⁴⁶⁹

Nessa mesma linha de entendimento, porém em relação à população espanhola, Ángeles Egusquiza Balmaseda afirma que:

la expectativa de vida es de 79,4 años en varones y 85,1 años en mujeres e, dado que la natalidad se sitúa pasado los treinta años, ello supone que el llamamiento hereditario de los hijos se produzca alrededor de esa franja de edad que coincide con la máxima capacidad de generación de riqueza de los sujetos (a partir de los 45 años).⁴⁷⁰

Servem, ainda, de arremate, as lições de André Luiz Arnt Ramos e Marcos Jorge Catalan, segundo os quais:

hoje, e cada vez mais, observa-se o crescimento da expectativa de vida da população, de modo que – sem embargo do crescente, embora, talvez, ainda incipiente acesso a mecanismos de preservação patrimonial destinados (ou não) à realização de interesses existenciais –, se herda tarde, ao termo da execução do projeto de vida do sucessor.⁴⁷¹

Os dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) não deixam pairar dúvidas quanto aos argumentos retro apresentados, senão vejamos:

Tabela 1 - Expectativa de vida ao nascer - Brasil - 1940/2015⁴⁷²

Ano	Expectativa de vida ao nascer		Diferencial entre os sexos em anos	
	Total	Homem	Mulher	
1940	45,5	42,9	48,3	5,4
1950	48,0	45,3	50,8	5,6

⁴⁶⁹ CARMINATE, Raphael Furtado. **Autonomia privada do testador e direito à legítima**: estudo crítico e propositivo. 154 f. 2011. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 140.

⁴⁷⁰ BALMASEDA, Ángeles Egusquiza. **Sucesión “mortis causa” de la Familia Recompuesta** (De la Reserva Vidual a la Fiducia Sucesoria). Navarra: Aranzadi, 2015. p. 49.

⁴⁷¹ RAMOS, André Luiz Arnt; CATALAN, Marcos Jorge. O eterno retorno: a que(m) serve o modelo brasileiro de direito sucessório?. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, ano 8, n. 2, 2019. p. 4.

⁴⁷² INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Tábua completa de mortalidade para o Brasil – 2015**: breve análise da evolução da mortalidade no Brasil. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. p. 8.

1960	52,5	49,7	55,5	5,9
1970	57,6	54,6	60,8	6,2
1980	62,5	59,6	65,7	6,1
1991	66,9	63,2	70,9	7,8
2000	69,8	66,0	73,9	7,9
2010	73,9	70,2	77,6	7,4
2015	75,5	71,9	79,1	7,2

Disso decorre que a função assistencial, calçada na ideia de responsabilidade dos pais sobre a prole, perdeu, em larga medida, sua função. Os filhos quando herdaram, via de regra, já possuem vida financeira estável e não necessitam – via de regra – do patrimônio como meio de subsistência.

Com relação à função assistencial ao cônjuge, o quadro social também se alterou. Como visto, o Código de 2002 foi gestacionado em um período no qual a mulher ainda começava a abandonar o espaço doméstico em direção ao mercado de trabalho. Segundo dados do censo demográfico do IBGE, em 1950 apenas 13,6% das mulheres eram economicamente ativas.⁴⁷³ Por sua vez, os dados de 2010 mostraram que a participação feminina mais que triplicou, passando para 49,9%.⁴⁷⁴ Ao longo das décadas, percebe-se que a dependência econômica da mulher tem caído vertiginosamente, esmaecendo, como consequência, a função assistência ao cônjuge. Além disso, o direito real de habitação, previsto no art. 1.831, do CC, aplicável ao casamento, e no Parágrafo único do art. 7, da Lei n. 9.278/96, no caso dos companheiros, já dá conta de assegurar, ao menos minimamente, uma vida digna ao cônjuge sobrevivente. Logo, ao que tudo indica, à função assistencial ao cônjuge, que compõe a áurea sobre a qual está assentada a legítima do cônjuge, parece definir progressivamente.

Nesse sentido, Raphael Furtado Carminate afirma que, diante dessa nova realidade socioeconômica, a legítima, tendo como arrimo uma presunção de necessidade por parte dos sucessores, perde todo seu sentido protetivo. Segundo o autor:

ao se fundar a legítima em presunções absolutas de necessidade por parte daqueles elencados como herdeiros necessários, não se está a respeitar a autonomia privada do indivíduo, uma vez que este pode vir a sofrer limitações a sua liberdade de testar sem a correspondente justificativa na proteção aos membros de sua entidade familiar.⁴⁷⁵

⁴⁷³ ANDRADE, Tânia. **Mulheres no mercado de trabalho**: onde nasce a desigualdade? Câmara dos Deputados. 2016. p. 9.

⁴⁷⁴ ANDRADE, Tânia. **Mulheres no mercado de trabalho**: onde nasce a desigualdade? Câmara dos Deputados. 2016. p. 9.

⁴⁷⁵ CARMINATE, Raphael Furtado. **Autonomia privada do testador e direito à legítima**: estudo crítico e propositivo. 154f. 2011. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 141.

Ainda, em relação aos ascendentes, sequer poderia ser embasada a legítima com base na ideia de dependência econômica. Via de regra, quando os filhos falecem os pais já possuem autonomia financeira. Caso não possuam, os planos assistenciais do estado estão à sua disposição, como pensões e auxílios assistências.⁴⁷⁶

Por outro lado, a atuação da família como unidade produtiva no sistema agrário tradicional, outro fundamento da sucessão familiar, foi superada pelo modo de produção industrial. No modelo econômico agrário, a transmissão do patrimônio – a terra e seus acessórios – viabiliza a continuidade da atividade agrária pela família. Na sociedade industrial, a maior parte dos bens da herança não são constituídos por bens componentes da unidade produtiva familiar, mas sim bens de uso pessoal e economias acumuladas em razão do trabalho. As unidades produtivas pertencem, em regra, às pessoas jurídicas e sua gestão fica a cargo dos administradores, não dos herdeiros.⁴⁷⁷ Nesse sentido, Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior sustentam que:

O Brasil, de forma paulatina, vai deixando a estrutura eminentemente agrária e, por isso, perde espaço a grande família. Por outro lado, a própria justificativa patrimonialista da formação familiar se enfraquece. Afinal, diante do processo industrial, a melhor forma para se adquirir propriedade deixa de ser o casamento. Em face disso, perdem razão as regras atinentes à família fundada na defesa desse propósito patrimonial.⁴⁷⁸

Nessa ordem de ideias, denota-se que a configuração da sucessão familiar obedeceu a determinadas coordenadas socioeconômicas que desapareceram, de modo que a função de proteção e assistência familiar do Direito Sucessório foi, em boa parte, perdida.⁴⁷⁹

Contudo, permanecem hígidos alguns argumentos outrora sustentados. A ideia de “copropriedade” é um deles. Embora em muitas famílias boa parte dos seus membros estejam alocados no mercado de trabalho – inclusive os filhos, que desde cedo começam a alcançar sua independência financeira⁴⁸⁰ –, é inegável que a vivência no seio da família, por meio de apoio mútuo, auxílio e cooperação, permite que todos desenvolvem plenamente suas

⁴⁷⁶ V.g. Benefício Assistencial, garantido constitucionalmente, presente no art. 203, inciso V da Constituição Federal, sendo regulamentado pela Lei 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS), destinado a idosos com idade acima de 65 anos que vivenciam estado de pobreza/necessidade ou pessoas com deficiência que estão impossibilitadas de participar do mercado de trabalho e também vivem em estado de pobreza ou necessidade.

⁴⁷⁷ BALMASEDA, Ángeles Egusquiza. **Sucesión “mortis causa” de la Familia Recompuesta** (De la Reserva Vidual a la Fiducia Sucesoria). Navarra: Aranzadi, 2015. p. 24.

⁴⁷⁸ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 18.

⁴⁷⁹ De acordo com Ángel M. Lopez y Lopez, é possível constatar que é necessário: “verificar a validade atual da Lei de sucessões, como ao longo dos séculos passaram a ser configuradas, embora você certamente tenha que tomar nota de uma certa perda de importância da sucessão mortis causa no atual contexto econômico, e reconsiderar, antes da aparição de novos fenômenos, o fundamento e a estrutura de alguns dos institutos de direito de herança tradicional”. LOPEZ Y LOPEZ. Ángel M. La garantía institucional de la herencia. **Derecho privado y constitución**, n. 3, p. 29-62, mayo/ago. 1994. p. 38.

⁴⁸⁰ PERROT, Michelle. “O nó e o ninho”. **Veja 25: reflexões para o futuro**. São Paulo: Abril, 1993. p. 79.

capacidades e consigam melhores colocações no mercado de trabalho e nas suas atividades profissionais. Mulheres e homens que se dedicam aos filhos e à casa para que o cônjuge ou companheiro estudem, invistam em sua carreira profissional e amealhem patrimônio em favor da família. Pais que abdicam tempo, atividades e outros benefícios em prol dos filhos, para que tenham uma formação digna e alcancem as melhores posições no mercado. A assistência não apenas material, mas moral, também importa e serve de base para que cada um, com suas forças próprias, consigam amealhar patrimônio. Logo, nada mais justo, como diria Carlos Maximiliano⁴⁸¹ e Clóvis Beviláqua⁴⁸², que uma parte do patrimônio, amealhado direta ou indiretamente, graças ao apoio mútuo, permaneça no seio da família que contribui para tanto.

Contudo, aqui reside um problema. De qual família se está falando? Pois a arquitetura das famílias hodiernas revela-se deveras distinta do único modelo formalmente existente em um passado não tão distante. Famílias mosaicas, composta por filhos de relações anteriores, ou duplicidade de células familiares, como no caso de uniões estáveis simultâneas, já não se encaixam na lógica sucessória arquetípica no Livro V, do Código Civil. Enteados, madrastas e padrastos, embora façam parte da nova família, não herdaram entre si. No caso das famílias simultâneas, embora a questão seja polêmica e existam julgados para todo gosto, via de regra uma família herda e outra não.⁴⁸³ Logo, conforme será visto no subitem seguinte, a disciplina sucessória, nessa ordem de ideias, já não satisfaz o princípio da solidariedade familiar, que serve de alicerce e fundamento à disciplina.

Conforme observa Antoni Vaquer Aloy, “una sociedad con distintos modelos familiares la legítima puede beneficiar a quien no mantiene contacto con el causante y dejar desprotegido a quien sí le preste cuidados (por ejemplo, como ya se ha señalado, la hija del cónyuge que no ha sido adoptada”.⁴⁸⁴

Por fim, cabe uma última inflexão em relação ao próprio princípio da solidariedade intergeracional que dá comumente bases à organização sucessória. Intuitivamente, a solidariedade leva implícita a ideia de reciprocidade. Ou seja, a solidariedade não é unidirecional. Ela exige uma colaboração mútua. Portanto, somente poder-se-ia falar em solidariedade intergeracional quando o sucessor também possuísse um trato familiar com o sucedido. Nesse sentido, Antoni Vaquer Aloy pondera que “la reciprocidad inherente a la solidaridad se manifiesta en una ponderación de los actos de causante y legitimarios, de modo que la conducta del legitimario sí deviene relevante jurídicamente.”.⁴⁸⁵

⁴⁸¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. p. 112-113.

⁴⁸² BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1978. p. 68.

⁴⁸³ STJ. **REsp n. 912.926/RS**. 4ª Turma. Rel. Min. Luiz Felipe Salomão. DJ 07.06.2011.

⁴⁸⁴ ALOY, Antoni Vaquer. Acerca del fundamento de la legítima. **InDret**, Barcelona, n. 4, oct. 2017. p. 7.

⁴⁸⁵ ALOY, Antoni Vaquer. Acerca del fundamento de la legítima. **InDret**, Barcelona, n. 4, oct. 2017. p. 10.

Contudo, como se sabe, a conduta dos herdeiros, salvo as estancas causas de indignidade e deserdação, deveras ultrapassadas (v.g. hipótese do padrasto ou madrasta que mantem relações “ilícitas” com enteado e vice-e-versa⁴⁸⁶), que denotam atos de “ingratidão”, porém não ausência de solidariedade. Com exceção do caso no qual há “desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade”⁴⁸⁷, o qual, porém, se limita a circunstancial situação de deficiência mental ou grave enfermidade, a qual, sequer na enfermidade “branda”, pode ser arguida.

Assim, embora, ao que tudo indica, permaneça hígido o interesse da sociedade em conservar a transmissão patrimonial *causa mortis*, corolário do direito de propriedade, como forma de estimular o trabalho e a produção de riqueza,⁴⁸⁸ por outro lado faltam argumentos que justifiquem racionalmente, na sociedade contemporânea,⁴⁸⁹ a forma de organização da sucessão legítima e da legítima, senão a inércia do legislador ordinário.

A configuração da sucessão legítima e da legítima na atualidade serve, em alguns casos, como mecanismo de favorecimento patrimonial, baseado na sorte, calcada no simples fato de se possuir um vínculo sanguíneo ou registral. Não se exige do sucessor qualquer contraprestação para fazer jus ao patrimônio do sucedido. Sequer é relevante juridicamente que os herdeiros tenham convivido com o sucessor em vida. Vale dizer, não se exige a solidariedade em vida como requisitos para se exigir a solidariedade (via distribuição do patrimônio do falecido) depois da morte.

Assim, em alguns casos, a sucessão *causa mortis* acabou se tornando um verdadeiro benefício sem contraprestação. A ausência de qualquer contraprestação dos descendentes, do cônjuge, dos ascendentes ou dos colaterais, em vida, como requisito para amealhar os bens deixado pelo falecido. Se recebe um bem sem a necessidade de qualquer contraprestação.

Nessa esteira, alguns autores, a exemplo de Thomas Piketty, passaram criticar o regime jurídico sucessório, afirmando que não há mais razões para sua existência, se tratando

⁴⁸⁶ Inc. III dos art. 1.962. e art. 1.963 do Código Civil.

⁴⁸⁷ Inc. IV dos art. 1.962. e art. 1.963 do Código Civil.

⁴⁸⁸ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda. Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 24-25; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 28. Em sentido contrário: PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

⁴⁸⁹ Boa parte da doutrina que justifica a sucessão legítima no princípio da solidariedade familiar não realiza um cotejo da ideia de solidariedade com o atual contexto familiar contemporâneo, conforme discorrido nos parágrafos antecedentes. Nesse sentido, Walsir Edson Rodrigues Júnior crítica o uso indiscriminado da solidariedade no direito de família de forma acrítica e inerte, sustentando que “transformar a solidariedade familiar em regras que traduzam presunção absoluta de necessidade ou possibilidade de assistência alimentar é desumanizar as relações familiares, significa ignorar ou hierarquizar a dignidade das pessoas envolvidas”. RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Alimentos entre pais e filhos na perspectiva constitucional. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil: atualidades III**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 223.

de um dos principais mecanismos do capitalismo voltado à manutenção das desigualdades sociais.⁴⁹⁰

Carlos Pérez Ramos, ao comentar especificamente sobre o papel da legítima na sociedade contemporânea, sustenta que “há que se perguntar se existe alguma razão para conservar a legítima que não seja a mera inercia de uma norma por estar muito consolidada historicamente”.⁴⁹¹ Portanto, observa-se que atualmente um dos temas mais candentes do Direito Civil contemporâneo reside na sucessão *causa mortis*, com enfoque especial nos questionamentos em torno da ordem de vocação hereditária, dos critérios para figurar como herdeiro e da legítima.

Diante desse cenário, qual seria a solução? Extinguir o Direito Sucessório? Ao que tudo indica, à exemplo da Rússia, esse não será o melhor caminho. A doutrina também sequer cogita essa possibilidade. Isso porque, “Suprimir o Direito das Sucessões seria obra de crueldade e também ingenuidade”.⁴⁹² Nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa aponta que “se não houvesse direito à herança, estaria prejudicada a propriedade capacidade produtiva de cada indivíduo, que não tenha interesse em poupar e produzir, sabendo que sua família não seria alvo do esforço”.⁴⁹³

Nessa esteira de ideias é por deveras oportuna a colocação de Clóvis Beviláqua, segundo o qual “cumpra aos legisladores regularem a sucessão do modo mais consentâneo como os interesses combinados da sociedade, da família e dos indivíduos, mas nunca eliminá-la por completo, como se fosse um elemento perturbador da harmonia social”.⁴⁹⁴

À luz do exposto, conclui-se que, embora necessária a manutenção da sucessão *causa mortis*, por ser um mecanismo de estímulo ao trabalho e à produção de riqueza, mostra-se imprescindível investigar sobre quais são as novas bases, fundamentos e funções sobre as quais ela deve laborar, de modo a atribuir um novo sentido e função para o instituto, que não somente a sorte da existência de um vínculo sanguíneo ou registral entre sucessor e sucedido.

⁴⁹⁰ PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

⁴⁹¹ Tradução livre do trecho “Habrà que preguntarse si existe alguna razón para conservar la legítima que no sea la mera inercia de una norma por muy consolidada que esté historicamente”. PÉREZ RAMOS, Carlos. La autonomía de la voluntad en las sucesiones y la libertad de testar. *In*: AGUILAR RUIZ, Leonor; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo (Coord.) e outros. **Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI**: cuestiones actuales y soluciones de futuro. Navarra: Aranzadi, 2014. p. 115.

⁴⁹² MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. p. 30.

⁴⁹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito das sucessões. v. 6. 18. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017. p. 4.

⁴⁹⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1978. p. 16.

Diante disso, extrai-se a primeira hipótese da tese, qual seja, a de que o fundamento e a função tradicionalmente atribuídos à sucessão legítima já não se sustentam diante das transformações na estrutura, modelo e função da família na sociedade contemporânea.⁴⁹⁵

2.2 A FUNCIONALIZAÇÃO DA SUCESSÃO LEGÍTIMA ANTE A NOVA REALIDADE SOCIOECONÔMICA E SOCIOLÓGICA DA FAMÍLIA

2.2.1 Análise da disciplina sucessória a partir da perspectiva da Análise Econômica do Direito

“Para muitos, no inferno de Dante estará reservado um círculo aos que ousaram contaminar o Direito com a Economia, ou propor a utilização de método ligado à AED na solução de problemas jurídicos.”
Paula Andrea Forgioni

Os subitens anteriores deram conta de analisar a evolução da família e da disciplina sucessória por meio de apontamento históricos e reflexões acerca do fundamento e da função da disciplina sucessória ao longo do tempo. Percebeu-se, ao final, que há um descompasso entre os fundamentos e funções da organização sucessória e os anseios e os novos arranjos da família contemporânea.

Ainda, também pôde-se observar que o Direito Sucessório brasileiro contemporâneo se fundamenta em dois pilares mestres, quais sejam: (i) o direito de propriedade, sendo ele uma das suas facetas; (ii), o princípio da solidariedade familiar, que se subdivide em vários deveres acessórios, desde a ideia de dever de ajuda mútua, que se manifesta, em vida, pelo dever de prestar alimentos, e, na hora da morte, pela instituição da legítima, até na ideia de copropriedade familiar.

O direito de propriedade, como fundamento, permanece hígido. Porém a solidariedade familiar, enquanto fundamento, necessita ser revisitada e analisada com maior cuidado. Existem sinais extensivos que a regulação sucessória já não atinge ou consegue concretizar o princípio da solidariedade familiar, uma vez que a distribuição da herança pode se dar de forma completamente avessa a lógica da família contemporânea. Indivíduos sem qualquer contato em vida podem herdar reciprocamente e outros, que vivam unidos pelo afeto (com convivência pública, extensiva e auxílio e dependência mútua), podem ser sumariamente excluídos da sucessão um do outro, subvertendo completamente a solidariedade familiar assentada no afeto e não apenas na consanguinidade ou no vínculo registral.

⁴⁹⁵ Trata-se de uma hipótese e não uma premissa, pois parte da doutrina sustenta que a sucessão legítima se fundamenta na atualidade no dever de solidariedade inerente as relações familiares.

Dando continuidade as ideias levantadas, o objetivo do presente subitem é demonstrar, à luz dos pressupostos fundamentais da Análise Econômica do Direito, como a atual regulação da sucessão legítima não atinge suas funções, seja a função de distribuir o patrimônio do falecido de acordo com a sua vontade presumida, seja ainda a função primordial de promover a solidariedade intergeracional, e, além disso, demonstrar como é uma regulação ineficiente, aumentando, em alguns casos, os custos de transação na sociedade.

Para tanto se utilizará da Análise Econômica do Direito *positiva*, ou seja, serão analisadas algumas regras sucessórias tal como elas são, por meio uma abordagem descritiva/explicativa, com objetivo de emitir opiniões sobre a adequação ou não de determinadas regras jurídicas sucessórias aos seus fins. Portanto, o objetivo é demonstrar alguns efeitos ou consequências sociais do atual sistema de direitos sucessórios no Brasil.

Inicialmente, faz-se necessário estabelecer uma premissa fundamental, que dará arrimo a todo raciocínio doravante desenvolvido, qual seja: a família contemporânea se constitui com base na afetividade. Logo, o vínculo sanguíneo, registral ou marital, deixou de ser o elemento distintivo do vínculo familiar. Agora, conforme leciona Simone Tassinari, “a *affectio* [é] um dos elementos de maior relevância para a formação e continuidade do vínculo familiar”.⁴⁹⁶ Assim, a solidariedade, que fundamenta e dá corpo à disciplina sucessória, precisa ser laborada nessa nova lógica familiar.

Pois bem. Em primeiro lugar, cumpre analisar a sucessão legítima. Conforme já mencionado, a doutrina sustenta que a sucessão legítima, consubstanciada na ordem de vocação hereditária disposta no Código Civil, tem como fundamento o princípio da solidariedade e como escopo ou finalidade atender a presunção da vontade do falecido, distribuindo seu patrimônio entre seus familiares mais próximos. Cresce que o falecido, se pudesse ter manifestado à sua vontade antes de deixar o plano dos vivos, indicando os destinatários dos seus bens no momento da sua morte, teria distribuído seus bens na exata ordem de convocação estabelecida na lei.⁴⁹⁷ Por isso que já se chegou a afirmar que “a sucessão legítima é, no dizer de Grotius, o testamento presumido do falecido: presume-se o justo e o honesto.”⁴⁹⁸

De acordo com a atual disciplina sucessória brasileira, prevista no art. 1.829 do Código Civil, presumisse que a vontade do falecido seria deixar seus bens na seguinte ordem: 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,

⁴⁹⁶ CARDOSO, Simone Tassinari. **Do contrato parental à socioafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 102.

⁴⁹⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. p. 112.

⁴⁹⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. p. 133.

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.

Valendo-se da metodologia juseconômica, cabe realizar aqui o primeiro nível de análise metodológica da norma – análise dos efeitos das normas –, o qual busca responder à duas perguntas: (i) a norma atinge sua finalidade?; (ii) quais são os outros efeitos produzidos, por ricochete, pela norma?⁴⁹⁹ Portanto, a primeira pergunta a ser respondida é se a sucessão legítima, por meio da ordem de vocação hereditária, atinge a vontade presumida do falecido? E a segunda, quais outros efeitos jurídicos dela podem surgir?

Ao que tudo indica, a resposta ao questionamento inicial é negativa. No contexto contemporâneo de pluralismo das entidades familiares, é praticamente impossível ao legislador prever ou presumir a vontade do falecido diante das infinitas possibilidades de conformação familiar. Logo, a ordem de vocação hereditária já não atende o vetor normativo estabelecido pelo legislador. Vale dizer, não cumpre seu escopo de dar cabo a vontade presumido do *de cuius*. Uma análise positiva do sistema sucessórios permite chegar a essa conclusão, senão vejamos.

Existem atualmente múltiplas formas de organização familiar, mas para citar algumas, pode-se mencionar as famílias paralelas ou simultâneas, as famílias poliafetivas, as recompostas, pluriparentais ou mosaicas (ou ainda *blended families* ou *stepfamily*), a solidária e outras formas de família eudemonista. Em todas elas a sucessão legítima não atende a *intentio legis* do legislador ordinário, ou seja, não consegue distribuir o patrimônio visando atender a vontade do falecido.

Na primeira – famílias paralelas ou simultâneas –, um dos cônjuges ou conviventes participa, ao mesmo tempo, de dois núcleos familiares. Hora está presente em um, agindo na condição de consorte. Hora está em outro, agindo no mesmo *modus operandi*.⁵⁰⁰ A sucessão legítima não contempla essa realidade. Há presunção de que o cônjuge ou companheiro possua apenas um correspondente consorte, não dois. Toda lógica da divisão de bens, inclusive na hipótese de concorrência do cônjuge ou companheiro com descendes ou

⁴⁹⁹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 666-667.

⁵⁰⁰ Sobre o tema das famílias simultâneas, ver: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. Nesse mesmo sentido é o entendimento jurisprudencial: “UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. DUPLICIDADE DE CÉLULAS FAMILIARES. O Judiciário não pode se esquivar de tutelar as relações baseadas no afeto, inobstante as formalidades muitas vezes impingidas pela sociedade para que uma união seja “digna” de reconhecimento judicial. Dessa forma, havendo duplicidade de uniões estáveis, cabível a partição do patrimônio amealhado na concomitância das duas relações. Negado provimento ao apelo”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70010787398**. Sétima Câmara Cível. Relatora: Maria Berenice Dias. Julgado em 27/04/2005.

ascendentes, parte do pressuposto que o *de cujus* mantinha relação com apenas uma pessoa. Nesse caso, considerando que o falecido possuía dois núcleos familiares, deveria a lei distribuir, partindo da ideia de presunção da vontade, o patrimônio entre os dois consortes. Ao escolher apenas um dos consortes em detrimento do outro – escolha que tem sido feita por parte da doutrina⁵⁰¹ e jurisprudência⁵⁰² –, certamente não é vontade do falecido que está sendo privilegiada. Logo, a norma sucessória não atinge o efeito esperado pelo legislador ordinário.⁵⁰³

Já a segunda – recompostas, pluriparentais ou mosaicas –, caracteriza-se pela união de cônjuges ou companheiros que trazem consigo filhos de uma relação anterior. É na qual existe a figura dos padrastos, madrastas e enteados.⁵⁰⁴ Nesse caso, a sucessão legítima também pode não alcançar seu desiderato. Isso porque ignora que pode existir uma relação afetiva, de solidariedade e cuidado recíprocos, entre o padrasto ou a madrasta e o respectivo enteado. Nesse sentido, afirma Waldyr Grisard Filho, da seguinte forma:

⁵⁰¹ A título exemplificativo: MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 21-26; WOLF, Karin. Casamento e relação concomitante sob o prisma da unicidade relacional. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 171-187.

⁵⁰² "União estável. Reconhecimento de duas uniões concomitantes. Equiparação ao casamento putativo. Lei n. 9.728/96. 1. Mantendo o autor da herança união estável com uma mulher, o posterior relacionamento com outra, sem que haja desvinculado da primeira, com quem continuou a viver como se fossem marido e mulher, não há como configurar união estável concomitante, incabível a equiparação ao casamento putativo. 2. Recurso especial conhecido e provido". Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 789.293/RJ. Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Julgado em 16.02.2006; UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. CASAMENTO. RELACIONAMENTOS PARALELOS. COMPANHEIRO FALECIDO. MEAÇÃO. PROVA. DESCABIMENTO. Não caracteriza união estável o relacionamento simultâneo ao casamento, pois o nosso sistema é monogâmico e não admite concurso entre entidades familiares; nem se há falar em situação putativa, porque inexistente a boa-fé da companheira. Também incorre o instituto da sociedade de fato, uma vez que não comprovada a contribuição da mulher na constituição de acervo comum. Apelo desprovido". TJRS. **Apelação Cível n. 70006077036**, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis. Julgado em 18.06.2003.

⁵⁰³ Em sentido contrário, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já proferiu o seguinte julgado: "APELAÇÃO. UNIÃO DÚPLICE. UNIÃO ESTÁVEL. LEGITIMAÇÃO. PERÍODO. PROVA. MEAÇÃO. "TRIAÇÃO". SUCESSÃO. USUFRUTO. AGRAVO RETIDO. Os sucessores do de cujus são os legitimados para responder a ação declaratória de união estável. PROVA DO PERÍODO DE UNIÃO E UNIÃO DÚPLICE. A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o de cujus em período concomitante ao casamento de 'papel'. Reconhecimento de união dúplice. Precedentes jurisprudenciais. MEAÇÃO ("TRIAÇÃO"). Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre a esposa, a companheira e o de cujus. Meação que se transmuda em 'triação', pela duplicidade de uniões. DIREITO AO USUFRUTO. A companheira tem direito ao usufruto da quarta parte dos bens deixados pelo de cujus, quando da existência de filhos. Regramento com base na legislação vigente ao tempo do código de 1916, época do óbito do autor da herança. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO. UNÂNIME. DERAM PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO. POR MAIORIA, VENCIDO O PRESIDENTE QUE PROVIA, EM PARTE, EM MENOR EXTENSÃO". TJRS. **Apelação Cível n. 70011962503**, Rel. Des. Rui Portanova, julgado em 17/11/2005.

⁵⁰⁴ Sobre o tema das famílias simultâneas, ver: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. Nesse mesmo sentido é o entendimento jurisprudencial: "UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. DUPLICIDADE DE CÉLULAS FAMILIARES. O Judiciário não pode se esquivar de tutelar as relações baseadas no afeto, inobstante as formalidades muitas vezes impingidas pela sociedade para que uma união seja "digna" de reconhecimento judicial. Dessa forma, havendo duplicidade de uniões estáveis, cabível a partição do patrimônio amealhado na concomitância das duas relações. Negado provimento ao apelo". BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70010787398**. Sétima Câmara Cível. Relatora: Maria Berenice Dias. Julgado em 27/04/2005.

O direito hereditário ignora a realidade das famílias reconstituídas, nas quais, dadas certas circunstâncias ou por suas especificidades, como quando não há filhos próprios ou tenha havido uma convivência de larga duração, caberia presumir a vontade de beneficiar o filho do cônjuge ou companheiro ou vice-versa, como coube ao filho adúltero, ao tempo da Lei 883, de 1949, uma quota hereditária a título de amparo social. Todavia, em direito hereditário, a ideia segundo a qual existe uma verdadeira solidariedade entre os filhos que vivem no seio de uma família reconstituída está longe de ser admitida pelo legislador.⁵⁰⁵

Alguns ordenamentos jurídicos já estão atentos à questão ora levantada. A título exemplificativo, na Califórnia (Estados Unidos do América) já se admitiu o chamamento à condição de herdeiro, na sucessão intestada, do filho do companheiro ou do cônjuge quando a relação interpessoal entre ambos se iniciou durante sua menoridade e permaneceu hígida, existindo indícios que o falecido estava disposto a adotar o infante.⁵⁰⁶ O Código Civil da Catalunha, na Espanha, estabelece que, toda vez que o falecido tiver convivido com os filhos do cônjuge ou companheiro, criando um núcleo familiar, os enteados terão um tratamento sucessório parecido com os dados aos filhos próprios do falecido em relação à sua herança. A questão possui até mesmo um fundo ético importante, pois acaba por tratar todos os filhos de forma igualitária, considerando que em vida todos gozam de uma vida e um trato semelhante dentro do núcleo familiar recomposto, nada mais adequado que referido tratamento seja mantido após a morte.⁵⁰⁷

A terceira – poliafetiva – tem como elemento principal a união de três ou mais pessoas de forma simultânea. Nesse caso não há dois núcleos familiares (como no caso das famílias simultâneas), mas sim um único núcleo composto por mais de duas pessoas que compartilham um comportamento afetivo entre si.⁵⁰⁸ A norma sucessória também não socorre essa realidade. Na hipótese de falecimento de um dos componentes, seu patrimônio seria destinado apenas à um dos sobreviventes, burlando, por óbvio, a ideia de vontade presumida do sucessor, que nutre afeto por ambos os consortes.

Por fim, encontra-se a última forma de família mencionada – “família solidária” ou “irmandade”. Trata-se de famílias cuja característica é o esforço mútuo de pessoas que têm em comum a necessidade de auxiliar-se. São exemplos pessoas em terceira idade que, em razão da ausência de assistência de seus parentes, acabam se unindo a outras pessoas com idênticas características, para convivência e prestação de auxílio mútuos, convivendo “como se família fossem”. Um segundo exemplo, são uniões de famílias monoparentais –

⁵⁰⁵ GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias reconstituídas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 179.

⁵⁰⁶ BALMASEDA, Ángeles Egusquiza. **Sucesión “mortis causa” de la Familia Recompuesta** (De la Reserva Vidual a la Fiducia Sucesoria). Navarra: Aranzadi, 2015. p. 44.

⁵⁰⁷ BALMASEDA, Ángeles Egusquiza. **Sucesión “mortis causa” de la Familia Recompuesta** (De la Reserva Vidual a la Fiducia Sucesoria). Navarra: Aranzadi, 2015. p. 44-45.

⁵⁰⁸ A propósito das famílias poliafetivas, ver: SANTIAGO, Rafael da Silva. **Poliamor e direito das famílias: reconhecimento e consequências jurídicas**. Curitiba: Juruá, 2015.

constituídas por um dos genitores e sua prole –, que se unem, e passam até mesmo a viver juntas, com o objetivo de auxílio mútuo, como cuidado recíproco da prole de ambas, para que os progenitores consigam inserção no mercado e trabalho. Tal entidade familiar já é reconhecida em alguns países, como França (por meio do Pacto Civil de Solidariedade) e Espanha (de modo particular na região da Catalunha), os quais reconhecem formalmente essa nova forma de entidade familiar.⁵⁰⁹ A norma sucessória, igualmente, não contempla essa unidade familiar. Vale dizer, aqueles que se uniram buscando assistência mútua, e assim o fizeram nas mesmas condições de uma família, não serão chamados, mutuamente, a suceder na ordem de vocação hereditária um do outro.

Contudo, no caso “família solidária” ou “irmandade”, alguns países já começaram a se atender para esse novo fenômeno familiarista. Por exemplo, na região da Catalunha, Espanha, chegaram a ser criadas duas leis sobre o tema. A primeira, Lei 19/1998 (vigente de 10/02/1988 a 31/12/2017), regulava as situações “convivenciales de ayuda mutua”, estabelecendo que, parentes colaterais ou pessoas que mantivessem relações de companheirismo ou amizade, convivendo, se ajudando mutuamente, dividindo gastos ou trabalhos domésticos, no caso de morte do provedor econômico da relação, seu dependentemente econômico teria direito a uma pensão alimentícia, a ser suportada pelas forças da herança, podendo chegar até o metade do valor da herança no caso de existirem ascendentes, descendentes ou colaterais até o segundo grau sucessíveis, ou um quinto da herança se alguns dos herdeiros mencionados fossem menores ou incapazes.⁵¹⁰ A segunda, Lei n. 22/2000 (vigente de 12/04/2001 a 31/12/2017), previa que a pessoa que acolhesse uma pessoa idosa, não tendo com ela parentesco de primeiro ou segundo grau, promovendo a sua assistência material e moral, pelo período mínimo de quatro anos, teria direito a um quarto da sua herança, conforme adiante será detidamente abordado no terceiro capítulo.⁵¹¹ Posteriormente, ambas as leis foram revogadas, por meio da Lei n. 3/2017, que passou a regular as situações de entreaajuda no art. 240-7 no Código Civil da Catalunha, prevendo que os sujeitos que vivessem nessas condições teriam direito a uma pensão periódica em caso de morte, arcada pelos bens do espólio, pelo período de até três anos, ao sujeito acolhedor.⁵¹² Contudo, no Brasil ainda não há qualquer instituto jurídico que regula a matéria nesse sentido.

⁵⁰⁹ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Novas entidades familiares e seus efeitos jurídicos. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 6. 2007, Belo Horizonte. **Anais** [...]. Belo Horizonte: IBDFAM, 2007. p. 5-6. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/70.pdf>. Acesso em: 12 set. 2019.

⁵¹⁰ ESPANHA. **Ley n. 19/1998**, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-3372>. Acesso em: 16 jan. 2018.

⁵¹¹ ESPANHA. **Ley n. 22/2000**, de 29 de diciembre, de Acogida de Personas Mayores. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2001-2354>. Acesso em: 16 jan. 2018.

⁵¹² Assim prevê: “Artículo 240-7. Pensión periódica en caso de defunción.1. En caso de extinción de la convivencia por defunción de uno de los convivientes, el conviviente o convivientes que sobrevivan, que eran mantenidos total

Efetivada à análise, denota-se que a função da sucessão legítima no Brasil, qual seja, distribuir o patrimônio do falecido de acordo com a sua vontade presumida, não é mais alcançada diante dos novos modelos familiares existentes na contemporaneidade. Os fatos exemplos citados dão conta de fundamentar a referida conclusão.

Cabe então analisar a segunda pergunta proposta pela metodologia juseconômica, no primeiro nível de análise metodológica da norma, qual seja: “quais são os outros efeitos produzidos, por ricochete, pela norma?”.

Conforme já dito em outro momento, um dos estímulos ao trabalho, à economia, ao aperfeiçoamento e ao desejo de amealhar patrimônio – que contribuem diretamente para o desenvolvimento econômico – é a possibilidade de transmissão, via sucessão, dos bens amealhados pelo autor da herança para sua família.⁵¹³ Nesse sentido, Clóvis Beviláqua afirma que “é indubitável que não é somente por egoísmo que o indivíduo se afadiga na conquista dos bens, aumentando a riqueza social, maior estímulo é, por certo, o cuidado com a prole e o cônjuge”.⁵¹⁴ De igual modo, Carlos Roberto Gonçalves assevera que “deve o Poder Público assegurar ao indivíduo a possibilidade de transmitir seus bens a seus sucessores, pois, assim fazendo, estimula-o a produzir cada vez mais, o que coincide com o interesse da sociedade”.⁵¹⁵ A partir dessas inflexões, pode-se concluir que, ao limitar a transmissão do patrimônio às pessoas que possuem o vínculo sanguíneo, registral ou marital com o falecido, desprezando outros que compõem o núcleo familiar, mas não possuem esses vínculos, a norma sucessória está desestimulando o indivíduo a produzir cada vez mais. Se a herança não será transmitida para as pessoas com quem o falecido guarda afeição familiar, ou seja, aquelas que com ele compartilham sua vida, e, ao revés, poderá ser destinado a pessoas que, embora possuam vínculo sanguíneo ou civil, não mantêm qualquer convivência ou afeição com o autor da herança, não haverá estímulo para produção do patrimônio, indo de encontro aos interesses da sociedade. Qual o estímulo para produção se as pessoas com quem o falecido manteve relação familiar, ao final, poderão ser preteridas da sua sucessão.

o parcialmente por el premuerto durante el año previo a la defunción y que no tengan medios económicos suficientes para mantenerse, tienen derecho a una pensión alimentaria, a cargo de los herederos de aquel, por un período máximo de tres años.”. ESPANHA. **Ley n. 25/2010**, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-13312>. Acesso em: 16 jan. 2018.

⁵¹³ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. p. 29; BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1978. p. 16; CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda; NOVAES, Maria Fernandes. **Direito das sucessões**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 23; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 28.

⁵¹⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1978. p. 16.

⁵¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 28.

O desestímulo à produção de riqueza é um dos efeitos indesejáveis que a sucessão legítima pode ocasionar ao privilegiar a família tradicional e desprezar as peculiaridades de outras formas de organização familiar, preterindo da sucessão pessoas que com o autor da herança guarda duradoura relação familiar.

Realizados esses apontamentos acerca da sucessão legítima, passasse a analisar a legítima sob as lentes da Análise Econômica do Direito *positiva*. A legítima ou parte indisponível, constitui um direito assegurado aos herdeiros necessários, segundo o qual lhes pertence, de pleno direito, à metade dos bens do autor da herança, de modo que sobre eles o sucedido não poderá dispor via testamento, conforme art. 1.846 e 1.789, do CC.⁵¹⁶ São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.⁵¹⁷

Conforme já abordado anteriormente, a legítima tem como fundamento o princípio da solidariedade familiar e funciona como “cláusula geral de proteção da família”. Dentro da cláusula “proteção da família”, a doutrina aponta como funções da legítima promover a (i) garantia de uma base econômica nas relações familiares⁵¹⁸; viabilizar o (ii) sustento dos filhos⁵¹⁹ e do (iii) do cônjuge⁵²⁰ e, ainda; (iv) garantia de um “regime de copropriedade família”.⁵²¹

Submetendo à legítima a análise da juseconomia *positiva*, denota-se que seus vetores normativos, vale dizer, o objetivo da norma, sua finalidade, não são alcançados satisfatoriamente e, ainda, podem gerar efeitos inesperados ou indesejados. Nesse ponto volta-se a realizar o primeiro nível de análise econômica – análise dos efeitos das normas –, mas agora em relação à legítima.⁵²²

Começar-se-á pela função alimentar – leia-se sustento do cônjuge e dos filhos –, um dos desígnios da legítima. Como visto no subitem anterior, nos dias atuais descendentes, ascendentes e cônjuges já não necessitam, via de regra, da garantia ofertada pela legítima como meio de subsistência. Porém nas situações em que essa necessidade é real, ou seja, existe dependência econômica entre determinados membros da família, a norma sucessória atinge sua função? Ou melhor, a organização sucessória assegura a assistência pecuniária/alimentar da norma sucessória?

⁵¹⁶ Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança; Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

⁵¹⁷ Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

⁵¹⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: sucessões**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 45.

⁵¹⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. p. 112.

⁵²⁰ MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. A função social da legítima no direito brasileiro. 219f. 2018. Dissertação (Mestrado) – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP), São Paulo, 2018. p. 198.

⁵²¹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1978. p. 68.

⁵²² MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 666-667.

No caso das famílias contemporâneas a resposta pode ser negativa. Nas famílias paralelas ou simultâneas e nas poliafetivas, um dos companheiros é preterido da sucessão, possua ele dependência econômica ou não em relação ao falecido. Só há a possibilidade de atribuir direitos sucessórios a um dos companheiros, sendo o outro preterido em ambas as espécies de família. No caso das famílias recompostas, pluriparentais ou mosaicas, os enteados, mesmo quando possuem dependência econômica com o falecido, não herdem seus bens. E vice-versa. Na hipótese da família eudemonista e da solidária o resultado é o idêntico, mesmo existindo dependência recíproca entre os sujeitos, o terceiro, agente externo, que exerce as funções de familiar, não tem assegurado qualquer parcela do patrimônio do falecido para auxiliar na sua subsistência. Assim, denota-se que, em todos os casos apontados a legítima não atende a *intentio legis* do legislador ordinário, ou seja, não consegue promover o sustento daqueles que em vida dependiam economicamente do falecido.

Nesse sentido, Antoni Vaquer Aloy afirma que “aparte de que en una sociedad con distintos modelos familiares la legítima puede beneficiar a quien no mantiene contacto con el causante y dejar desprotegido a quien sí le preste cuidados (por ejemplo, como ya se ha señalado, la hija del cónyuge que no ha sido adoptada)”.⁵²³

No que diz respeito a garantia de copropriedade familiar, as conclusões são similares. A legítima não garante, no contexto contemporâneo, que aqueles que efetivamente auxiliaram o falecido a amealhar o patrimônio em vida, tenham garantido uma parte dos bens para depois da sua morte. Nas famílias paralelas ou simultâneas e nas poliafetivas, um dos companheiros não participará da sucessão, mesmo tendo auxiliado indiretamente – entreajuda, convivência, cooperação etc. – na constituição do patrimônio. Nas famílias recompostas, pluriparentais ou mosaicas, os enteados também poderão ter contribuído para evolução do patrimônio do falecido, ou, ao contrário, o padrasto ou madrasta custeados os estudos do enteado, fornecido apoio moral e cuidado, porém serão excluídos dos proveitos patrimoniais tidos pelo enteado na hipótese do seu falecimento precoce. Com relação às famílias eudemonista e solidária o resultado é o mesmo. Mesmo tendo existido em vida duradoura e intensa solidariedade e auxílio mútuo para criação e consolidação do patrimônio da família, o sujeito sobrevivente não terá garantido qualquer direito hereditário sobre os bens do falecido, sequer poderá reclamar pelo direito real de habitação, previsto no art. 1.831, do CC, e no parágrafo único do art. 7, da Lei n. 9.278/96. Ou seja, mesmo compondo o mesmo núcleo familiar e tendo auxiliado indiretamente a aquisição do patrimônio, o sujeito sobrevivente terá que deixar a casa onde habitava com o falecido e com ele partilhava sua vida, para dar lugar aos herdeiros

⁵²³ ALOY, Antoni Vaquer. Acerca del fundamento de la legítima. **InDret**, Barcelona, n. 4, oct. 2017. p. 9.

consanguíneos ou civis, que, em alguns casos, sequer tinham qualquer contato com o falecido. Nessa ordem de ideias, denota-se que a legítima não atende, em uma série de modelos familiares contemporâneos, seu vetor normativo de garantir uma parcela, a título de copropriedade familiar, aqueles que contribuíram indiretamente com a aquisição do patrimônio.

Além de não alcançar o efeito desejado – seja em relação a função alimentar, seja em relação a garantia de copropriedade familiar -, a garantia promovida pela legítima também pode produzir outros efeitos, por ricochete, não desejáveis.

No caso das famílias retro mencionadas, o principal efeito é o desamparo daquele que exerceu o papel de familiar. Mesmo existindo contribuição mútua em vida, solidariedade recíproca e entreatajuda, o sobrevivente, que não possui o vínculo marital, consanguíneo ou civil, não terá direito de participar dos frutos dos quais auxiliou, ainda que indiretamente, ao falecido amearhar em vida. E não apenas isso, caso possua dependência econômico financeira em relação ao *de cujus*, restará completamente desamparado economicamente. Nesse caso, poderá haver um efeito não previsto ou desejado, qual seja, a necessidade da sociedade civil ou o Estado, em razão do dever de garantir os direitos sociais previstos no texto constitucional, como saúde, educação, habitação etc., terão que subsidiar e promover os direitos sociais do sobrevivente desamparado. Ou seja, em última análise toda sociedade terá que arcar com o sustento da pessoa preterida na sucessão. Por outro lado, pessoas que pelo simples fato de possuírem um vínculo sanguíneo ou registral, porém que sequer conviviam com o falecido, poderão amearhar todo patrimônio deixado.

Nesse caso, denota-se a ocorrência de um acontecimento denominado na economia de efeito “*spillover*” ou efeito transbordamento, que consiste em um evento econômico que ocorre por influência de outro evento econômico, mas que com ele não parece ter qualquer ligação.⁵²⁴ A legislação, ao preterir da condição de herdeiro necessários pessoas que possuem vinculação familiar e, via de regra, vínculos econômicos e de interdependência financeira com falecido, pode, por consequência indireta, trazer um novo encargo para o Estado e para sociedade civil, que arcará com o ônus de satisfazer as necessidades básicas e essenciais do sobrevivente, nos termos estabelecidos no texto constitucional. Nesse caso, comprova-se que pessoas sem qualquer vinculação familiar com o falecido, apenas agraciadas pela existência de um parentesco, até mesmo remoto (como nos casos de netos ou bisnetos), irão privatizar os bônus, amearhando o patrimônio do falecido, e socializar os

⁵²⁴ Sobre o tema ver: DOLAN, Paul; GALIZZI, Matteo M. Because I'm worth it: a lab-field experiment on the spillover effects of incentives in health. **CEP Discussion Papers**, 2014. Disponível em: <http://ideas.repec.org/p/cepr/cepdps/dp1286.html>. Acesso em: 1º out. 2019.

ônus, transferindo para sociedade civil o dever de assistência pecuniária/alimentar que era exercida pelo falecido em relação ao familiar sobrevivente que não possuía o vínculo consanguíneo, civil ou marital com o falecido.

Um outro efeito que a legítima pode gerar, não esperado e indesejado, é o efeito carona (*free ride*), que ocorre com frequência nas famílias contemporâneas. Segundo a Análise Econômica do Direito, quando existe uma tarefa em grupo e é assegurado uma parte igual do produto coletivo, independente da contribuição individual de cada um, cada membro é tentado à carona (*free ride*), ou seja, viver do trabalho associado, sem empenhar esforços para contribuir para produção.⁵²⁵ Transplantando a teoria para realidade, observa-se que em muitas famílias, embora exista um conjunto de herdeiros necessários, como filhos e netos (sucessíveis por direito de representação⁵²⁶), todos aptos a prestar auxílio, cuidado, manutenção, convivência, enfim, terem um comportamento afetivo com o autor da herança, apenas um ou alguns acabam por adotar essa postura, ao passo que os demais permanecem inertes. Assim, conquanto exista o dever de solidariedade entre os membros de um grupo familiar, consubstanciado em vários dispositivos constitucionais e infraconstitucionais (v.g. art. 3º, I, e art. 226, da CF/88; art. 1.513, art. 1.566 e art. 1.694, todos do CC/02), se apenas parcela dos herdeiros necessários o exercer em relação ao falecido, ao final todos os membros irão partilhar de forma igualitária a herança deixada pelo *de cujos*, mesmo não tendo contribuído, sequer indiretamente, para que o falecido adquirisse, em vida, os bens partilhados. Vale dizer, não obstante seja dever de todos agir solidariamente com o autor da herança, se apenas um ou alguns fizerem, ao final todos serão beneficiados igualmente, sem que tenham auxiliado, ainda que indiretamente, a aquisição do patrimônio pelo falecido. Há, aqui, uma violação à ideia de copropriedade familiar que circunda à legítima, na medida em que é assegurado uma parcela do patrimônio, mesmo para aqueles que não cooperaram, mesmo que indiretamente, para sua aquisição.

Nesse sentido, Ana Carla Harmatiuk Matos, em palestra proferida no “Congresso herança e desigualdade: desafios à promoção do desenvolvimento socioeconômico”, sobre o tema “Notas sobre as relações de gênero no planejamento sucessório”, afirmou que em pesquisas realizadas pode constatar que, em famílias com vários herdeiros necessários, via de regra, as filhas mulheres acabam por conviver e prestar os cuidados necessários aos genitores, ao passo que os demais herdeiros necessários permanecem inertes à esse dever

⁵²⁵ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 71.

⁵²⁶ Art. 1.851. Dá-se o direito de representação, quando a lei chama certos parentes do falecido a suceder em todos os direitos, em que ele sucederia, se vivo fosse.; Art. 1.852. O direito de representação dá-se na linha reta descendente, mas nunca na ascendente. Ambos do CC/02.

legal. Porém, ao cabo da vida, todos os herdeiros necessários recebem um quinhão igualitário da legítima.⁵²⁷

À luz do exposto, evidencia-se que certos herdeiros forçosos, por terem garantido uma parcela da herança, não empenham esforços para cumprir seus deveres legais associados à solidariedade para com o autor da herança, não auxiliando, mesmo indiretamente, o falecido a amealhar seu patrimônio, porém participam igualmente do produto final, exercendo efetivamente o papel de caronas ou *free riders*. O resultado é uma ineficiência alocativa de recursos, por meio da privatização de alguns ônus na figura de um ou um grupo de herdeiros e socialização dos bônus na figura da coletividade de sucessores necessários.

Diante das reflexões apresentadas, conclui-se que, alguns dos vetores normativos, tanto no caso da sucessão legítima como no caso da legítima, não são atingidos a contento, devido, em boa parte, às famílias assumirem, na contemporaneidade, configurações geométricas distintas daquelas existentes no passado. Além disso, no caso específico da legítima, sua formatação dá azo a situações que levam à resultados não desejados e ineficientes, como, por exemplo, a divisão pelo patrimônio de herdeiros que não contribuíram, sequer indiretamente, em razão da ausência de solidariedade em vida com o autor da herança, para aquisição do patrimônio.

2.2.2 O fundamento e a função da sucessão legítima a partir da perspectiva da Análise Econômica do Direito: o estímulo a manutenção de relações de entreaajuda, convivência, assistência material e congêneres

“Você possui a liberdade de amar ou odiar, pagando o preço de sua posição subjetiva.”

Alexandre Morais da Rosa

Nos subitens anteriores, pode-se observar que parte da função e dos fundamentos da sucessão legítima e da legítima restaram solapados diante das mudanças socioeconômicas ocorridas no séc. XXI. As normas em questão passam por dois problemas: (i) já perderem, em boa parte, a função que outrora detinham, seja como mecanismo de seguridade familiar – função assistencial –, seja ainda em relação à função de dar continuidade à unidade produtiva constituída pela família; (ii) sob as lentes da Análise Econômica do Direito *positiva*, nas hipóteses em que a norma ainda poderia servir às suas funções, como dar cabo a distribuição do patrimônio do falecido de acordo com sua vontade presumida, ou, ainda, servir como

⁵²⁷ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Notas sobre as relações de gênero no planejamento sucessório. *In*: CONGRESSO HERANÇA E DESIGUALDADE: desafios à promoção do desenvolvimento socioeconômico, 2019, Curitiba, Paraná. **Anais** [...]. Curitiba, Paraná: PUC-PR, 2019.

mecanismo de garantia assistencial à família ou forma de manutenção da copropriedade familiar, a norma também não atende satisfatoriamente seus vetores normativos.

Diante desse cenário e partindo do pressuposto que não é desejável a extinção da sucessão legítima e da legítima, por ser um mecanismo de estímulo ao trabalho e à produção de riqueza – e por via reflexa do desenvolvimento econômico e social –, mostra-se imprescindível investigar sobre quais novas bases, fundamentos e funções, a sucessão legítima e a legítima poderiam laborar, de modo a atribuir um novo sentido para o instituto, que não somente a transferência patrimonial entre pessoas que possuem um mero vínculo sanguíneo, registral ou marital.

A partir dessa hipótese, surge a seguinte indagação: qual poderia ser um novo fundamento e função da sucessão legítima na sociedade do séc. XXI? A resposta pode variar conforme a base epistemológica sobre a qual ela seja formulada. Alguns autores defendem a manutenção da sucessão legítima e supressão apenas da legítima, por meio da criação de um sistema de liberdades de testar de amplo alcance.⁵²⁸ Outros sustentam a conversão da legítima para direitos sucessórios de alimentos para os descendentes e ascendentes necessitados.⁵²⁹ Há também quem proponha a supressão da legítima apenas dos ascendentes ou sua substituição por uma quota de usufruto, privilegiando o cônjuge sobrevivente em detrimento dos irmãos e cunhados do falecido.⁵³⁰ Chega-se até a cogitar a criação de um fundo de erradicação da pobreza e redução das desigualdades, a ser gerido pela iniciativa privada e ser fiscalizado pelo poder público, o qual seria composto pelo patrimônio deixado pelo falecido e destinado aos menos favorecidos.⁵³¹

Na presente pesquisa, busca-se a resposta no campo da Análise Econômica do Direito. Nesse ponto, socorre-se do segundo nível de análise proposto pela metodologia juseconômica – o fundamento da norma. Como se sabe as normas são avaliadas, sob a

⁵²⁸ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar. **Anuario de Derecho Civil**, Madrid, v. 19, n. 1, p. 3-44, ene./mar. 1966. p. 11-23; CARMINATE, Raphael Furtado. **Autonomia privada do testador e direito à legítima: estudo crítico e propositivo**. 154 f. 2011. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2011. p. 141; VALADARES, Isabela Farah; RODRIGUES JÚNIOR Walsir Edson. Da liberdade de testar: pensando a legítima no Brasil. *In*: BRAGA, Sergio Pereira; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; CARDIN, Valéria Silva Galdino (coord.). **Direito de família e sucessões I**. Organização Conpedi/Unicuriitiba. Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 96-115; CALATAYUD SIERRA, Adolfo. **Consideraciones acerca de la libertad de testar**. Tomo IX. Sevilla: Academia Sevillana del Notariado, [s.d.]. p. 241 e ss.

⁵²⁹ BARRIO GALLARDO, Aurelio. **El largo camino hacia la libertad de testar: De la legítima al derecho sucesorio de alimentos**. Madrid: Dykinson, 2012.

⁵³⁰ Com a morte dos ascendentes, os irmãos ou cunhados do irmão falecido recebem por via transversa do patrimônio). PÉREZ RAMOS, Carlos. La autonomía de la voluntad en las sucesiones y la libertad de testar. *In*: AGUILAR RUIZ, Leonor; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo *et al.* (Coord.). **Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI: cuestiones actuales y soluciones de futuro**. Navarra: Aranzadi, 2014. p. 118-119.

⁵³¹ CATALAN, M. Direito das sucessões: por que e para quem? Reflexões a partir da realidade brasileira. **RTDC**, v. 11, n. 44, p. 135-147, out./dez. 2010. p. 145-146.

perspectiva juseconômica, com base nos seus feitos. Logo, seu fundamento se encontra nos efeitos por elas produzidos. E os efeitos por elas produzidas, na ótica juseconômica, devem ser calcados na eficiência, isto é, na avaliação do bem-estar global gerado pela norma. Portanto, o fundamento, a razão de existir da norma, reside na sua eficiência.⁵³²

Aqui surge a seguinte indagação: qual poderia ser a razão de existir da sucessão legítima e da legítima? Para que, além de ser uma simples faceta do exercício do direito de propriedade, poderiam servir as normas sucessórias? Para responder a indagação, cabe nesse instante retomar o problema que foi apresentado na abertura da presente pesquisa.

Na introdução restou demonstrado como as relações familiares na contemporaneidade têm se liquefeito com grande facilidade. Por meio da análise descritiva e crítica formulada pelos sociólogos Zygmunt Bauman⁵³³ e Gilles Lipovetsky,⁵³⁴ pode-se observar que o novo modelo familiar que emergiu no seio da sociedade contemporânea apresenta como características marcantes uma ampla liberdade e autonomia dos indivíduos na formação do seu grupo familiar e uma maior facilidade para o rompimento dessa relação.⁵³⁵ Consequência disso é que a formação e higidez da família passaram a ser ancorados, de forma preponderante, na satisfação pessoal dos sujeitos que a integram.

Assim, se por um lado as pessoas podem buscar livremente a satisfação de seus interesses pessoais, sendo livres para decidir sobre como, quando e com quem querem possuir um relacionamento, por outro lado elas também passam a constantemente aferir, em cada relação pessoal travada, o nível de vantagem pessoal obtido, e, não encontrando certo grau de bem-estar pessoal que seja satisfatório, passem a buscá-lo em outra relação.

Nesse sentido, Zygmunt Bauman sustenta que “o ‘relacionamento puro’ tende a ser, nos dias de hoje, a forma predominante de convívio humano, na qual se entra ‘pelo que cada um pode ganhar’ e se ‘continua apenas enquanto ambas as partes imaginem que estão proporcionando a cada uma satisfações suficientes para permanecerem na relação’”.⁵³⁶

Nesse cenário, em que a opção pessoal é um critério determinante, as relações entre cônjuges, pais, filhos e parentes passam a ser baseadas no “autointeresse”, no que o outro pode proporcionar. É o “interesse”⁵³⁷ o combustível e o elo que mantém hígido o

⁵³² MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 668.

⁵³³ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

⁵³⁴ LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

⁵³⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 114-116.

⁵³⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 84.

⁵³⁷ Trata-se de interesse em sentido amplo, ou seja, o que é importante, útil ou vantajoso, moral, social ou materialmente.

comportamento afetivo, o cuidado recíproco e manutenção dos vínculos familiares, enfim, a unidade familiar.⁵³⁸

O problema que surge nesse contexto é a fragilidade de manutenção dos laços familiares e de relações afetivas entre os seus membros, uma vez que os sujeitos, de um modo geral, diante de qualquer adversidade que lhes faça já não encontrar uma vantagem satisfatória em uma relação familiar, tendem a abandonar seus membros,⁵³⁹ sem maiores empecilhos econômicos⁵⁴⁰, patrimoniais⁵⁴¹, sociais⁵⁴² ou religiosos⁵⁴³, muitas vezes deixando sem arrimo material ou moral os membros do seu núcleo familiar. É o caso de filhos que abandonam seus pais na velhice; pais que ignoram os deveres de cuidado e afeto devidos aos filhos ao constituírem uma nova relação conjugal; irmãos que ao alcançarem a maioridade e constituírem suas próprias famílias deixam de ter qualquer relação afetiva entre si e são abandonados um pelo outro. Enfim, pode-se observar que um dos problemas contemporâneos é a fragilidade das relações familiares e, por consequência, a ocorrência do abandono.

Diante do problema aventado, surge a necessidade de conformar o ordenamento jurídico buscando formas de assegurar, dentro do possível, que os indivíduos vejam na manutenção do vínculo familiar afetivo algo atrativo, que lhes traga algum benefício pessoal, e com isso mantenham um comportamento afetivo entre si, por meio da proteção recíproca, solidariedade, convivência, entreajuda, entre outros atos de cooperação mútua.

O abandono familiar tem constituído um grave problema social, conforme será abordado de forma detida no capítulo subsequente. Com o crescimento da expectativa de vida e das exigências do mercado de trabalho, cada vez mais pessoas idosas são abandonadas por suas famílias. Também é crescente o número de filhos desamparados pelos

⁵³⁸ Vale lembrar que antes a constituição e manutenção da vida em família era sustentada por questões econômicas, políticas, procracionais, pela igreja etc.

⁵³⁹ LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade pós-moralista**: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. Trad. Armando Braio Ara. Barueri, SP: Manole, 2005. p. 47.

⁵⁴⁰ Os filhos e a mulher já não dependem da família como unidade produtiva e provedora dos recursos necessários à sua sobrevivência, como ocorria no caso da família agrária. Eles podem vender sua força de trabalho no mercado e viver dos recursos daí auferidos.

⁵⁴¹ A família deixou de ser unidade produtiva. A maior parte dos bens da família não são constituídos por bens componentes da unidade produtiva familiar, mas sim bens de uso pessoal e economias acumuladas em razão do trabalho.

⁵⁴² Os valores morais da sociedade, no tocante a manutenção da unidade familiar, já não são tão imperantes na sociedade contemporânea, tanto que se admite, com tranquilidade, formações familiares de pais solteiros, como as famílias monoparentais.

⁵⁴³ As normas de natureza religiosa, tal como: "Ora, se alguém não tem cuidado dos seus e especialmente dos de sua própria casa, tem negado a fé, e é pior do que o descrente." (Bíblia Sagrada. Timóteo 5.8) perderam progressivamente força, diante da crescente ideia impingida na sociedade, conforme descrito por Zigmunt Bauman.

pais.⁵⁴⁴ Independentemente do formato de família adotado, toda pessoa abandonada pelo núcleo familiar, seja ele consanguíneo, registral ou afetivo, acaba, muitas vezes, tendo que se socorrer do amparo da sociedade civil e do Estado.⁵⁴⁵ Contudo resta evidente que nenhuma dessas entidades tem estrutura suficiente para suportar o número crescente de indivíduos abandonados à própria sorte. Além disso, a família em si é fundamental para o desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.⁵⁴⁶ Nesse sentido, Michelle Perrot sustenta que no século XIX “A casa é, cada vez mais, o centro da existência. O lar oferece, num mundo duro, um abrigo, uma proteção, um pouco de calor humano”.⁵⁴⁷

Segundo Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias, a família possui uma importante função social, na medida em que serve de base para o desenvolvimento da personalidade dos seus membros. De acordo com os autores, “A família cumpre modernamente um papel funcionalizado, devendo, efetivamente, servir como ambiente propício para a promoção da dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade”.⁵⁴⁸

Do ponto de vista econômico, a união familiar apresenta inúmeras vantagens para seus integrantes. Segundo Oksandro O. Gonçalves e Caroline Hammerschmidt Amaro Tosi, a família proporciona os seguintes benefícios econômicos: (i) “a família apresenta-se como uma instituição de seguridade, a partir da qual as dificuldades sociais e econômicas hodiernas são enfrentadas em conjunto”, assim, por exemplo “o desemprego de um integrante pode ser compensado pelo trabalho dos outros, e esta segurança é garantida pelo casal ou até mesmo pelos filhos quando com idade para adentrar o mercado de trabalho”; (ii) “existirão duas pessoas trabalhando em conjunto, focadas nos mesmos objetivos para o desenvolvimento familiar, agregando mais valor do que o esforço individual de cada um neste sentido, visto que o foco de atuação não é dividido com outros interesses”; (iii) “possibilidade de especialização que permite o ambiente familiar, a partir do intercâmbio de tarefas que maximiza as aptidões de seus componentes e os recursos comuns”.⁵⁴⁹

⁵⁴⁴ “De acordo com o Censo Escolar 2012, cerca de 5,5 milhões de crianças não têm o nome do pai na certidão de nascimento”. BRASIL. CNJ. **Mês da criança**: CNJ na proteção de crianças e adolescentes. 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/mes-da-crianca-cnj-na-protECAo-de-criancas-e-adolescentes/>. Acesso em: 3 out. 2019.

⁵⁴⁵ ALOY, Antoni Vaquer. Acerca del fundamento de la legítima. **Indret**, Barcelona, n. 4, oct. 2017. p. 8.

⁵⁴⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: famílias. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 15-18.

⁵⁴⁷ PERROT, Michelle. “O nó e o ninho”. **Veja 25**: reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993. p. 81.

⁵⁴⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. v. 7. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 42.

⁵⁴⁹ GONÇALVES, Oksandro O.; TOSI, Caroline Hammerschmidt Amaro. Teoria econômica do namoro e do matrimônio: formação do processo decisões e suas consequências jurídico-econômicas. **Revista de Direito Empresarial**, v. 14, p. 49-72, 2017. p. 67.

Por isso a necessidade de o estado desestimular, via arcabouço jurídico, o abandono familiar, ao revés, promover o comportamento afetivo familiar.

O legislador ordinário, a doutrina e a jurisprudência estão atentos à essa problemática. Tanto que a questão do abandono afetivo tem sido cada vez mais debatida no cenário jurídico nacional, seja na doutrina⁵⁵⁰, seja na jurisprudência⁵⁵¹, seja nas casas legislativas⁵⁵², o que demonstra a relevância do problema social que se está a enfrentar.

As reformas legislativas e a jurisprudência, ao preverem a hipótese do abandono afetivo e abandono afetivo inverso⁵⁵³, criaram uma forma de “impor”, via sanção, que pais e filhos tenham um comportamento afetivo entre si. Outras soluções jurídicas existentes, como a suspensão ou a destituição do poder familiar,⁵⁵⁴ também laboram como medidas “punitivas” ou “sancionadoras”. No entanto tais meios coercitivos possuem natureza reparatória, ou seja, trabalham na lógica da compensação financeira após a ocorrência do dano. A indenização, nesse caso, deturpa todo sentido protetivo do “direito à afetividade” – vale dizer, do direito à convivência, solidariedade, amparo, proteção recíprocos etc. (v.g. em relação aos filhos vide art. 277, da CF/88; em relação aos idosos vide art. 3º, da Lei n. 10.741/2003) – por ter natureza infungível e, por essa razão, somente ser possível seu cumprimento *in natura*, isto é, apenas

⁵⁵⁰ PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coords.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008; PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coords.). **Cuidado e responsabilidade**. São Paulo: Atlas, 2011; KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo**: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. Curitiba: Juruá, 2012; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material. *In*: EHRHARDT JUNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (Coords.). **Leituras complementares de direito civil** – direito das famílias. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 209-236; ROSENVALD, Nelson. A responsabilidade civil por omissão de cuidado inverso. *In*: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). **Responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015; CALDERÓN, Ricardo Lucas. Abandono afetivo: reflexões a partir do entendimento do Superior Tribunal de Justiça. *In*: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski *et al.* (Orgs.). **A ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p. 545-564.

⁵⁵¹ STJ. **REsp. 1.159.242/SP**. Relª. Minª. Nancy Andrighi, 3ª T, DJe 10.5.2012.

⁵⁵² BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4294/2008**. Acrescenta parágrafo ao art. 1.632 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. 3º da Lei n. 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684>. Acesso em: 10 jan. 2018; BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 700, de 2007**. Modifica a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 2007. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/83516>. Acesso em: 10 jan. 2018.

⁵⁵³ Quando os filhos abandonam os pais na velhice. Sobre o tema ver: ROSENVALD, Nelson. A responsabilidade civil por omissão de cuidado inverso. *In*: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). **Responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015.

⁵⁵⁴ Vide art. 1.638, II, do Código Civil brasileiro. Embora seja uma sanção para os pais que abandonam os filhos, na realidade a medida revela-se um prêmio para o genitor que deliberadamente se afasta da vida do filho e não exerce seus respectivos deveres parentais. Portanto, não se trata de medida efetiva para incentivar os pais a travarem relações afetivas com os filhos.

com o cumprimento específico da obrigação, sendo inútil sua conversão em perdas e danos.⁵⁵⁵

Além disso, a imposição aos indivíduos, via sanção, para que tenham um comportamento afetivo entre si é uma questão altamente controversa, dada a invasão agressiva que ocorre na vida privada pela esfera pública.⁵⁵⁶ Deve ser observado que o próprio Código Civil brasileiro, em seu art. 1.513, veda de forma expressa, que qualquer pessoa, seja de direito privado ou público, interfira na comunhão da vida instituída pela família.⁵⁵⁷ Logo, reduzir os campos das imposições e alargar a criação de incentivos parece ser um caminho a ser percorrido.

Ocorre que nenhuma das soluções jurídicas retro mencionadas agem com base na criação de estímulos, benefícios ou recompensas para que os sujeitos, espontaneamente, em especial nas relações familiares, tenham um comportamento afetivo entre si. Vale dizer, não se abandonem ou entreguem o outro a própria sorte.

Exatamente nesse contexto que se encaixa a presente pesquisa. Acredita-se, como uma das propostas de auxílio ou contribuição jurídica à resolução da questão, que poderia ser atribuído ao regime jurídico da sucessão *causa mortis* a função de desestimular o abandono familiar. Isto é, valer-se da sucessão legítima e da legítima, institutos “zumbis” (cujas funções morreram, mas continuam vivas) nos dias atuais, que perderam, em boa parte, sua razão de ser, para lhes atribuir um novo papel. Qual seja: estimular que os membros de uma família – independentemente da configuração familiar adotada – mantenham um comportamento afetivo recíproco entre si, ou melhor, induzir ao cuidado, comunhão da vida, convivência mútua, manutenção alheia, coabitação, projeto de vida em conjunto, entreajuda, afeição

⁵⁵⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 3, n. 15, jan./fev., 2012. p. 16-18.

⁵⁵⁶ Para Nelson Saldanha, as questões pertinentes à família devem permanecer na esfera privada, sem intromissão do Estado. “Ao aludir à dimensão privada do viver, estamos colocando direta ou indiretamente o tema da família e das estruturas de parentesco [...]”. SALDANHA, Nelson. O jardim e a praça: ensaio sobre o lado “privado” e o lado “público” da vida social e histórica. **Ciência e Trópico**, Recife, v. 11, n. 1, p. 105-121, jan./jun. 1983. p. 114. Nesse mesmo sentido, Hannah Arendt sustenta que “a distinção entre uma esfera de vida privada e uma esfera de vida pública corresponde à existência das esferas da família e da política como entidades diferentes e separadas, pelo menos desde o surgimento da entidade cidade-estado”. ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 37 e ss; Por outro lado, Luiz Edson Fachin defende que em algumas hipóteses específicas é necessário a intervenção do estado na vida familiar: “Assim, propor a intervenção desmesurada do ente estatal na ambiência familiar, espaço onde deve ocorrer o livre desenvolvimento da personalidade humana, importa inevitavelmente em aceder ao cerceamento da construção dessa personalidade própria das pessoas que pretendem se realizar, em coexistencialidade, naquele espaço familiar. Mas ao mesmo tempo [...] intervir é necessário quando verificada a potencialidade lesiva à constituição da personalidade de uma pessoa, sendo ela jurídica ou faticamente mais vulnerável devido às suas condições pessoais, o que ocorre, à guisa de exemplo, com a criança, o adolescente, o incapaz, o idoso e aqueles que sofrem com a violência familiar”. FACHIN, Luiz Edson. Famílias: entre o público e o privado. *In*: PEREIRA, da Cunha (Coord.). **Anais do VIII Congresso Nacional do IBDFAM**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2012. p. 158-169.

⁵⁵⁷ Assim estabelece o art. 1.513. do CC “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

explícita, proteção recíproca, acumulação patrimonial conjunta, convivência pública e ostensiva, entre outros atos que compõem o comportamento afetivo, cujo conteúdo e as características serão desenvolvidos no capítulo subsequente.⁵⁵⁸

Portanto – aqui reside uma parte da tese –, propõe-se que a função da sucessão legítima e da legítima passem a ser a promoção de um comportamento afetivo dos indivíduos para com o autor da herança. O objetivo seria inibir ou desestimular o abandono familiar. Ou, ainda, nas hipóteses de desamparo, que terceiros sejam incentivados a travar um comportamento afetivo com o autor da herança.

Para tanto, a sucessão legítima e a legítima continuaram tendo como um dos seus fundamentos a solidariedade familiar. Contudo, um novo sentido seria atribuído ao princípio.

Quanto ao fundamento, a base sobre a qual a sucessão legítima e a legítima deveriam laborar seria de um novo paradigma de solidariedade. A solidariedade como apoio mútuo entre pessoas, não como um princípio que se satisfaz de forma unilateral, como um dever despido de qualquer exigência de reciprocidade. Vale dizer, que a solidariedade não signifique ou se concretize unicamente como consequência do falecimento do autor da herança e distribuição do seu patrimônio entre seus herdeiros. Nesse sentido, a ideia é que a solidariedade que fundamente a sucessão seja a solidariedade que leve consigo o dever de reciprocidade. Logo, a sucessão somente teria lugar quando existisse a solidariedade recíproca entre sucessor e sucedido em vida. Dito em outras palavras, para alçar a condição de herdeiro, o sucessor teria que, em vida, ter praticados atos de solidariedade com o falecido. Portanto, o novo parâmetro de solidariedade deve se assentar em apoio mútuo.

Segundo Antoni Vaquer Aloy, essa é a perspectiva de solidariedade que fundamenta a atual legítima no ordenamento jurídico espanhol. O Código Civil da Espanha parte da ideia de solidariedade consubstanciada na reciprocidade ao constituir causa de deserção o desamparo alimentar do filho durante a infância (v.g. art. 853⁵⁵⁹) e do pai durante sua velhice (v.g. art. 854⁵⁶⁰).⁵⁶¹

⁵⁵⁸ CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 78. Sobre o tema ver: LÔBO, Paulo Luiz Netto. A socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. In: DIAS, Maria Berenice *et al.* (Coords.). **Afeto e estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009; SANTOS, Romualdo Baptista dos. **Tutela jurídica da afetividade**: os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade. Curitiba: Juruá, 2011.

⁵⁵⁹ Artículo 853. Serán también justas causas para desheredar a los hijos y descendientes, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2, 3, 5 y 6, las siguientes: 1.ª Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda; 2.ª Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra.

⁵⁶⁰ Artículo 854. Serán justas causas para desheredar a los padres y ascendientes, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 1, 2, 3, 5 y 6, las siguientes: 1.ª Haber perdido la patria potestad por las causas expresadas en el artículo 170; 2.ª Haber negado los alimentos a sus hijos o descendientes sin motivo legítimo; 3.ª Haber atentado uno de los padres contra la vida del otro, si no hubiere habido entre ellos reconciliación.

⁵⁶¹ ALOY, Antoni Vaquer. Acerca del fundamento de la legítima. **InDret**, Barcelona, n. 4, oct. 2017. p. 8.

Ao colocar na base da sucessão legítima e da legítima a ideia de solidariedade recíproca, a norma passaria a ter na sua essência a ideia de reciprocidade entre sucessor e sucedido como requisito para que o sucedido fosse alçado à condição de herdeiro.

Como já frisado anteriormente, no sistema atual uma das bases da herança é o direito de propriedade – que garante a liberdade de testar – e o segundo arrimo é a ideia de solidariedade familiar – que se efetiva por meio da sucessão legítima e da legítima, via partilha do patrimônio com os herdeiros consanguíneos, civis e cônjuge ou companheiro. A solidariedade, nesse caso, é unilateral, pois ela se produz unicamente como consequência da morte do autor da herança e, por consequência, distribuição dos seus bens. Dito de outra forma, não é exigido atos de solidariedade dos parentes consanguíneos, civis ou do cônjuge ou companheiro para com o falecido em vida como requisito para que a sucessão legítima e a legítima os identifique como herdeiros e lhes atribua uma parcela do patrimônio do *de cujos*.

No sistema ora proposto os alicerces da herança continuariam sendo o direito de propriedade, nos termos já existentes, porém o segundo alicerce seria a solidariedade consubstanciada na reciprocidade. Vale dizer: por qual razão a sucessão legítima e a legítima existiriam? E a resposta seria: para dar cumprimento ao princípio da solidariedade familiar consubstanciada na ideia de reciprocidade.

Sendo esse um dos novos fundamentos da sucessão, ou seja, sua razão de existir, seria dar efetividade a ideia de solidariedade familiar assentada na reciprocidade, e, com isso, promover o cumprimento ou atendimento de vários dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que dizem respeito à solidariedade, tais como: (i) o art. 3º, I, da CF/88 – dever de construção de uma sociedade solidária –; (ii) art. 226, da CF/88 – dever dos membros da família de serem solidários entre si –; (iii) art. 1.513, do CC/02 – comunhão de vida entre os membros da família –; (iv) art. 1.566, do CC/02 – dever dos membros da família de mútua assistência moral e material –; (v) art. 1.568, do CC/02 – dever dos cônjuges de concorrerem, na proporção de seus bens e dos rendimentos, para o sustento da família –; (v) art. 1.694, do CC/02 – dever dos parentes, cônjuges ou companheiros de prestar alimentos uns aos outros –; entre outros.

Por fim, chega-se ao terceiro nível de análise proposto pela metodologia juseconômica, qual seja “a regra desejável”.⁵⁶² Ou seja, a partir do novo fundamento – solidariedade consubstanciada na reciprocidade – como atingir o vetor normativo desejado – inibir o abandono ou promover o comportamento afetivo para com o autor da herança?

⁵⁶² MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 669.

Nesse terceiro e último nível metodológico, cabe identificar de qual forma a norma jurídica deve ser desenhada para proporcionar o resultado esperado. Vale dizer, alcançar o vetor normativo pretendido da forma mais eficiente possível.

Pois bem. Como descrito em linhas pretéritas, na era hipermoderna ou na modernidade líquida, as pessoas são movidas pelo autointeresse. Inclusive no âmbito familiar. A unicidade da família se baseia em um jogo de interesses recíprocos. Com base nessa informação, conclui-se que as pessoas precisam de estímulos para não abandonarem umas às outras, isto é, para travarem relações afetiva entre si – aqui começasse a trabalhar com a teoria dos incentivos exposta no capítulo anterior.

Cabe rememorar que, de acordo com Gary Becker, o comportamento econômico do ser humano advém de três elementos, sendo eles: (i) interesse maximizador – o comportamento humano é voltado à maximização da própria satisfação –; (ii) preferências estáveis – as preferências das pessoas não se alteram, exceto se houver algum estímulo estável⁵⁶³ –; e (iii) reação a incentivos – os indivíduos tendem a reagir a um benefício ou um custo, mudando seu comportamento para alcançar maior satisfação pessoal e se adequar a uma nova preferência que lhe traga menos custo e maior benefício.⁵⁶⁴

A partir dessas premissas, surge a Teoria dos Incentivos, a qual explica que, “quando existe um custo para executar certa tarefa, os agentes necessitam ser de alguma forma motivados a fazê-lo, seja por meio de incentivos positivos, como remuneração ou algum tipo de premiação, seja por meio de incentivos negativos, como punição”.⁵⁶⁵

Portanto, o tempo e o esforço dedicado para uma determinada tarefa devem ser recompensados, como forma de estímulo à sua realização. Assim, por exemplo, o trabalho tem como recompensa a renda, atividades recreativas têm como recompensa a felicidade. Vale dizer, toda tarefa, para ser executada, exige um estímulo, uma recompensa.

Nessa ordem de ideias, inserir um custo ou um benefício vinculado a sucessão legítima e a legítima poderia ser um estímulo ou desestímulo ao abandono ou a promoção do comportamento afetivo. Isso significa que, implantar um custo pelo abandono ou, então, um benefício diante da presença de um comportamento afetivo entre sucessor e sucedido, poderia induzir os sujeitos a agirem afetivamente, em vida, com o autor da herança.

⁵⁶³ Por exemplo, se um indivíduo prefere comer chocolate ao invés de biscoitos, ele continuará gostando de chocolate caso não haja algum incentivo, seja positivo ou negativo, para que ele deixe de gostar de comer chocolates e passe a comer biscoitos. Se o preço do chocolate ficar muito alto, pode ser que ele passe a preferir comer biscoitos. Mas se nada acontecer, pressupõe-se que ele continuará a preferir chocolate. Vale dizer, ignora-se a possibilidade de que o indivíduo mude de preferência sem que exista algum estímulo. Assim, o indivíduo jamais passaria a gostar de biscoitos simplesmente porque “mudou de idéia” ou “de preferência.

⁵⁶⁴ BECKER, Gary. **The economic approach to human behavior**. Chicago: Chicago University Press, 1990. p. 5.

⁵⁶⁵ BUGARIN, Maurício Soares; BUGARIN, Tomás Tenshin Sataka. Ética & incentivos: devemos recompensar quem denuncia corrupção?. **Rev. direito GV** [on-line]. v.13, n.2, p. 390-427, 2017. p. 394.

Caso seja inserido junto à norma sucessória, por exemplo, um custo pela ausência de comportamento familiar afetivo, como criar uma **hipótese de deserdação por ausência de notório e continuado comportamento afetivo entre sucessor e sucedido**, a tendência será que os sujeitos, agindo com base na racionalidade maximizadora, optem por manter um comportamento afetivo entre si, já que a sua ausência trará um custo muito alto para o agente, vale dizer, a perda do direito à participar da sucessão legítima (no caso dos colaterais) ou da legítima (no caso dos descendentes, ascendentes, cônjuge ou companheiros).

Por outro lado, inserir na norma sucessória um benefício diante da presença de um comportamento afetivo, tal como a criar a possibilidade elevar a condição de herdeiro necessário parentes colaterais ou terceiros, sem, necessariamente, vínculo sanguíneo ou registral, ou, ainda, chamar a suceder herdeiros preteridos na ordem de vocação hereditária, com base na existência de um comportamento afetividade entre sucessor e sucedido, fará com que os sujeitos, interessados em amealhar o patrimônio do falecido, ajam de forma afetiva com o sucedido em vida, sejam familiares ou não.

Nessa segunda hipótese, além de resolver o problema do abandono familiar, ainda se solucionaria, por efeito ricochete, outro grande problema social, consubstanciado no excesso de idosos que são abandonados afetivamente pelos seus parentes e poderiam encontrar nos parentes colaterais, em terceiros ou em outros parentes sucessíveis preteridos na ordem de vocação hereditária (p.ex. netos em relação aos avós, quando estes possuem filhos vivos) quando a afetividade que necessitam para o desenvolvimento da sua personalidade e existência, ainda que baseada no interesse pessoal do terceiro. Se não há prejuízo para as partes e apenas benefícios para ambas, estar-se-ia diante de uma norma eficaz e eficiente, cuja questão – cuidado por interesse – será detidamente discutida no subitem seguinte.

Para entender a tese proposta, segue um exemplo. Suponha-se que um sujeito tenha livre três períodos do seu dia (manhã, tarde e noite) e possua diariamente quatro possibilidades de atividades a fazer em cada um dos períodos, quais sejam: **(a)** trabalho; **(b)** formação profissional, **(c)** atividades recreativas; e **(d)** assistência afetiva a um familiar idoso. O trabalho trará remuneração. A formação profissional a perspectiva de uma melhor colocação profissional e conseqüente melhor remuneração. A atividade recreativa permitirá obter o descanso necessário a uma boa saúde mental e física. A assistência afetiva ao idoso não surtirá nenhum benefício específico, apenas o cumprimento de um dever moral, muitas vezes ligado à religião e à fé. Nesse sentido, dispõe a Bíblia Sagrada, em Timóteo 5.8 “Ora, se alguém não tem cuidado dos seus e especialmente dos de sua própria casa, tem negado a fé, e é pior do que o descrente.”

Nessa situação hipotética, em uma sociedade cada vez mais desvinculada de preceitos morais e religiosos (prevalência da liberdade objetiva e subjetiva – a “libertação” de

Zygmunt Bauman), a assistência afetiva ao idoso seria a opção descartada. Ou seja, seria o *trade off*, ou preço pela escolha das outras três atividades.⁵⁶⁶

No entanto, ao prever que a existência de um comportamento afetivo garantirá o direito a uma parcela ou a todo o patrimônio do idoso após a sua morte (inserir um custo pela ausência do comportamento afetivo ou benefício pela sua presença), tornará, a depender do montante hereditário, a última opção – assistência afetiva ao idoso – mais vantajosa e atrativa em relação às demais atividades.

Assim, por exemplo, a realização de atividades recreativas poderá dar lugar à manutenção de um comportamento afetivo com o idoso. Embora a recreação seja uma atividade importante, em um mundo de escassez, em que o tempo é limitado (escasso), os sujeitos têm que escolher onde irão alocar o seu tempo disponível de modo a conseguir o máximo de benefício pessoal ou bem-estar individual globalmente considerando. Nesse ponto se está aplicando todo o arcabouço teórico desenvolvido no primeiro capítulo para se chegar as presentes conclusões.

O exemplo descrito é muito bem retratado por Zygmunt Bauman ao descrever como na modernidade foge a lógica do sujeito consumerista se dedicar à família em detrimento de outras sedutoras alegrias:

Ademais, nem todos os custos são monetários, e os que não o são jamais poderão ser medidos e calculados. Eles desafiam as capacidades e as propensões dos agentes racionais que somos preparados para ser, e que lutamos para ser. “Formar uma família” é como pular de cabeça em águas inexploradas e de profundidade insondável. Cancelar ou adiar outras sedutoras alegrias consumistas de uma atração ainda não experimentada, desconhecida e imprevisível — em si mesmo um sacrifício assustador que se choca fortemente com os hábitos do consumidor prudente — não é a única consequência provável.⁵⁶⁷

Nessa linha de raciocínio é que se chega à **tese sustentada**, qual seja, à luz dos pressupostos teóricos da Análise Econômica do Direito, propõe-se a ressignificação da sucessão legítima e da legítima, cuja nova função seria gerar incentivos para que os sujeitos, em especial os unidos por vínculos familiares, travem relações afetivas entre si, promovendo o cuidado recíproco, a entreatajuda, a convivência, a manutenção alheia, enfim, todos os atos que envolvem o pleno exercício da solidariedade familiar.

⁵⁶⁶ As religiões, de um modo geral, pregam o amor ao próximo (afetividade), incondicional, como um requisito para “salvação” após a morte ou como forma de se conquistar um nível elevado de evolução espiritual. Vale dizer, as regras de natureza religiosa estabelecem um benefício, *post mortem*, como forma de incentivar que as pessoas em vida tenham um comportamento afetivo com o próximo. Em uma sociedade cada vez mais desapegada dos preceitos religiosos, não existe esse estímulo, ou seja, não há razões para que um indivíduo haja afetivamente com o próximo.

⁵⁶⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 43.

Com a tese em questão, acredita-se que se solucionará, concomitante, todos os demais problemas levantados no subitem anterior, qual seja, a ordem de vocação hereditária não atender à vontade presumida do falecido e não servir como assistência pecuniária/alimentar aos herdeiros necessitados, bem como não dar conta de transmitir aos herdeiros parcela do patrimônio que teriam, ainda que indiretamente, auxiliado o autor da herança amealhar – ideia de copropriedade familiar.

Isso significa que a ordem de vocação hereditária passaria a distribuir, efetivamente, o patrimônio do falecido de acordo com a sua vontade presumida. Isso porque, na hipótese de inclusão de uma pessoa como herdeiro diante da existência de um comportamento efetivo com o autor da herança, faria com que aqueles que de fato tiveram, em vida, contato com o autor da herança, participassem do rateio da sua herança. Ou seja, sujeitos sem vínculo sanguíneo, registral ou marital, mas que participaram da vida do *de cujus*, seriam seus beneficiários.

Assim, por exemplo, no caso das famílias poliafetivas, ambos os companheiros ou companheiras teriam direito a uma parcela do patrimônio do falecido, dada a possibilidade de incorporação de um herdeiro pela presença de um comportamento afetivo. O mesmo se daria na hipótese de uma família eudemonista ou solidária, uma vez que todos aqueles que tiveram comportamento afetivo com o autor da herança, como amigos ou pessoas unidas com o objetivo de entreajuda, tornar-se-iam herdeiros do *de cujus*.

Ainda, também se resolveria a questão da assistência pecuniária/alimentar aos herdeiros necessitados. Isso visto que na hipótese de incorporação do herdeiro por comportamento afetivo, todos aqueles que possuíam relação de entreajuda com o autor da herança seriam seus herdeiros. Assim, a título exemplificativo, no caso das famílias reconstituídas, mosaicas ou pluriparentais, os enteados, padrastos e madrastas passariam a ser herdeiros entre si, e, por consequência, se porventura dependessem economicamente entre si, na condição de herdeiros, poderiam continuar a satisfazer suas necessidades econômicas via o montante advindo com a herança. De igual modo ocorreria com outras modalidades de família, como as famílias poliafetivas, uniões paralelas, solidárias etc.

2.2.3 Enfrentando algumas críticas à tese

“Queremos uma sociedade onde tudo esteja à venda? Ou será que existem certos bens morais e cívicos que não são honrados pelo mercado e que o dinheiro não compra?”

Michael J. Sandel

Toda análise econômica do direito está fundada na premissa de que as normas devem ser julgadas à luz das consequências que geram na sociedade. Assim, a avaliação da norma

passa, necessariamente, pela análise dos resultados que serão alcançados, em termos de eficácia e eficiência. Conforme restou observado no capítulo anterior, no subitem “Eficiência e justiça na perspectiva da análise econômica do direito”, a juseconomia aproxima as ideias de justiça e eficiência.

Algumas das críticas lançadas, de forma recorrente, a presente tese, reside na possibilidade de se criar, por efeito ricochete, algumas situações, em princípio, indesejáveis: (i) uma suposta monetização do afeto, já que a herança se tornaria uma forma de pagamento pelo sentimento recebido em vida; (ii) imposição de que as pessoas se amem ou tenham afeto entre si – papel que não caberia ao direito –; (iii) surgimento de um “mercado do afeto”, com familiares ou pessoas interessadas em cuidar de outras não por benevolência ou amor ao próximo, mas sim pelo interesse exclusivamente financeiro de amealhar o patrimônio do autor da herança.

Além dessas questões, critica-se que, a partir da precificação do afeto, estar-se-ia abrindo espaço para que as pessoas optassem por cumprir tal dever “*in natura*” ou “*in pecúnia*”. Ou seja, que quando não quisessem cumprir o dever legal de agir afetivamente com seus familiares, poderiam simplesmente pagar a respectiva quantia monetária. Ou ainda, dito de outro modo, que o abandono estaria legitimado mediante uma compensação financeira para tanto. Tal lógica deturparia todo sentimento protetivo que envolve o “direito à afetividade” – vale dizer, do direito à convivência, solidariedade, amparo material, moral e psíquico, proteção recíproca etc. (v.g. em relação aos filhos vide art. 277, da CF/88; em relação aos idosos vide art. 3º, da Lei n. 10.741/2003), uma vez que tal direito tem natureza infungível e, jamais, poderia ser compensado financeiramente.

As críticas lançadas à presente tese não são uma novidade no mundo jurídico. As mesmas oposições já são feitas em relação à hipótese de indenização por abandono afetivo. Nesse sentido, leciona Flávio Tartuce:

A questão do abandono afetivo é uma das mais controvertidas do Direito de Família Contemporâneo. O argumento favorável à indenização está amparado na dignidade humana. Ademais, sustenta-se que o pai tem o dever de gerir a educação do filho, conforme o art. 229 da Constituição Federal e o art. 1.634 do Código Civil. A violação desse dever pode gerar um ato ilícito, nos termos do art. 186 da codificação material privada. O entendimento contrário ampara-se substancialmente na afirmação de que o amor e o afeto não se impõem; bem como em uma suposta monetarização do afeto na admissão da reparação imaterial. A questão é realmente muito controvertida.⁵⁶⁸

⁵⁶⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Posição 9-11. Ebook.

As questões levantadas embora façam parte do debate, *data vênia*, não parecem prosperar.

Em primeiro lugar, cabe grifar que a presente tese labora sobre as bases epistemológicas da análise econômica do direito. A juseconomia não tem a capacidade de dizer o que é justo, certo ou errado. Essas categorias se encontram no mundo dos valores e são, portanto, questões subjetivas, as quais fogem do seu campo de análise. Assim, tal instrumental não avalia se o objetivo social almejado pela norma em termos valorativos subjetivos. Analisa-se tão somente se a norma é eficaz – alcança seu vetor normativo – e eficiente – atinge seu objetivo com o menor custo ou desperdício possível ou gera o maior bem-estar social possível globalmente considerado. Logo, não há a pretensão, por meio da presente tese, de investigar se a questão de incentivar um comportamento afetivo é justa ou injusta, certa ou errada. Cabe apenas avaliar se a norma é efetiva e eficiente.

Contudo, ainda que inexista tal dever sob a perspectiva científica, mostra-se pertinente algumas reflexões a respeito das insurgências levantadas.

Inicialmente, deve ser advertido que o afeto – sentimento anímico – não é objeto de tutela jurídica. Embora o termo possua, comumente, conotação subjetiva, consubstanciado em um sentimento, no plano jurídico ele ganha conotação objetiva, e se perfaz mediante comportamentos, tal como cuidado, convivência, assistência material, moral, psíquica etc., conforme será detalhado no capítulo seguinte. Portanto, não se está precificando o sentimento, mas sim os seus comportamentos representativos, consubstanciados em deveres legais, tal como os deveres de cuidado recíproco existentes em diversas passagens do texto constitucional e infraconstitucional.

Assim, por exemplo, o art. 229 da CF/88 estabelece que “[o]s pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Nesse mesmo sentido, determina o art. 1.634⁵⁶⁹, do CC. Da mesma forma, prevê o art. 1.566 do Código Civil que “são deveres de ambos os cônjuges: [...] III – mútua assistência; IV – sustento, guarda e educação dos filhos”. Ainda, o art. 1.568 diz que “os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos

⁵⁶⁹ Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial”. Com relação aos deveres de cuidado da família para com o idoso, o art. 3º da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), determina que “É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso [...] a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, [...] ao respeito e à convivência familiar e comunitária”, entre outros.

Portanto, não se pode dizer que ocorrerá a precificação de um sentimento. O que ocorreria, na realidade, é uma compensação financeiramente pelo cumprimento de alguns deveres legais, como cuidado, convivência, apoio material, moral e psicológico, os quais possuem natureza objetiva.

No primeiro julgado paradigmático do Superior Tribunal de Justiça sobre abandono afetivo, que reviu seu entendimento anterior, ou seja, admitindo a reparação civil pelo abandono (caso Luciane Souza), no ano de 2012, a sua relatora, a Ministra Nancy Andrighi ressaltou que a reparação moral não decorria da não oferta de amor ou sentimento, mas sim do descumprimento da obrigação inescapável dos pais em dar auxílio psicológico aos filhos. Nessa oportunidade, a Ministra Nancy Andrighi expôs uma frase que resume bem a ideia aqui sustentada: “amar é faculdade, cuidar é dever”.

Por outro lado, também não se estaria permitindo o cumprimento do dever de afeto “*in pecúnia*”. Sustenta-se que o cuidado deixaria de ser um dever legal e passaria a ser uma faculdade, de modo que, aquele que não tivesse interesse no patrimônio do falecido, estaria autorizado a deixar de cuidar ou de agir afetivamente com o autor da herança. Essa premissa não é verdadeira. Isso porque, a obrigação ou dever de cuidado, entreajuda, convivência etc. – signos do comportamento afetivo –, são obrigações que decorrem de outros dispositivos legais, conforme retro mencionado (*v.g.* art. 229 da CF/88; art. 1.634, do CC, art. 3º da Lei n. 10.741/2003), e já devem ser atendidos independentemente da existência de uma compensação financeira pelo seu exercício ou não. Portanto, em última análise, a tese estaria apenas propondo uma compensação financeira para aqueles que cumprissem o seu dever legal. O qual existe e deve ser atendido independentemente da existência da referida compensação monetária via herança. Portanto, a tese apenas “premiaria” aquele que cumpre com suas obrigações, jamais autorizaria o descumprimento do referido dever legal de cuidado, entreajuda, apoio moral e psicológico, entre outros, já que esses permaneceriam hígidos na constituição e em outros dispositivos legais.

Sobre a criação de um “mercado do afeto”, ou seja, a transferência de um dever cívico ou social, que labora na lógica da benevolência e do amor ao próximo, para o mercado, a questão é deveras espinhosa e merece uma análise cuidadosa e reflexiva.

Nesse ponto pertinente a colocação de Michael J. Sandel, ao indagar se “Queremos uma sociedade onde tudo esteja à venda? Ou será que existem certos bens morais e cívicos que não são honrados pelo mercado e que o dinheiro não compra?”.⁵⁷⁰ Embora a pergunta seja válida, ao que tudo indica já temos a resposta: vivesse em um mundo onde “tudo está à venda”. Até mesmo quando o Estado proíbe determinadas transações comerciais, como a venda de drogas, órgãos ou o serviço médico de abortamento, surgem os mercados paralelos, os chamados “mercados negros”, que podem trazer efeitos mais deletérios para sociedade do que se fossem regulamentados adequadamente.⁵⁷¹

Assim, parte-se da premissa que seria uma utopia imaginar que vivemos em uma sociedade na qual devemos amar ao próximo despretensiosamente, sem qualquer contraprestação ou benefício aparente. Essa sociedade jamais existiu. Como dito anteriormente, até mesmo em tempos pretéritos, no qual imperava de forma generalizada e com maior peso preceitos de natureza religiosa, o mandamento “amar ao próximo” sempre foi ancorado em uma recompensa, qual seja, ter garantido um lugar no plano divino após a morte.⁵⁷² O benefício não era palpável, mas existia, ainda que efetivado após o sujeito passar para o segundo plano da vida.

Partindo dessa premissa, parece que não há lógica em “nadar contra a corrente”, procurando viver em um verdadeiro mundo “utópico”, onde as pessoas fazem tudo por “amor” e sem qualquer pretensão. Tal perspectiva, inclusive, colocaria em xeque toda metodologia juseconômica, uma vez que tal ferramenta teórica tem em sua base o pressuposto de que os indivíduos sempre, ou ao menos da maioria das vezes – com exceção do comportamento irracional ou da racionalidade limitada –, agem de forma interessada, buscando a maximização do seu próprio bem-estar.

Dessa forma, partindo da ideia de que já se vive nessa sociedade em que todos agem por interesse, parece que o caminho adequado é se amoldar a essa realidade ao invés de negar a sua existência, ignorando seus problemas e afastando possíveis soluções concretas, efetivas e eficientes.⁵⁷³ Portanto, se se vive em uma sociedade na qual um dos problemas

⁵⁷⁰ SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra**: os limites morais do mercado. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 202.

⁵⁷¹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 185 e ss.

⁵⁷² Bíblia Sagrada. Timóteo 5:8: “Ora, se alguém não tem cuidado dos seus e especialmente dos de sua própria casa, tem negado a fé, e é pior do que o descrente.” e Mateus 22:39 “Amarás ao teu próximo como a ti mesmo”.

⁵⁷³ Nesse sentido, em palestra proferida pela professora Marcia Carla Pereira Ribeiro, ao mencionar que os mercados abertos ou a concorrência, enquanto realidades sociais, não podem ser proibidas pelo Estado, mas sim reguladas de forma a garantir um ambiente propício ao desenvolvimento. Trata-se da mesma lógica. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. A essencialidade do ambiente concorrencial para o desenvolvimento. In: Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul, 8., Congresso Sulamericano de Direito Administrativo, 7., 2018, Foz do Iguaçu. **Anais** [...]. Foz do Iguaçu: IPDA, 2018.

centrais tem se tornado o abandono familiar afetivo, deve-se buscar soluções concretas, não negar a realidade e sustentar que as pessoas devem cuidar umas das outras, se ajudarem, ofertarem apoio material e moral recíprocos, apenas por simples e pura benevolência e amor, sob pena de se deturpar alguns valores sociais.

Portanto, adotar um comportamento afetivo por “autointeresse” ou “por interesse” não pode, em tese, ser considerado um problema ou um empecilho, por si só, à tese defendida.⁵⁷⁴ Como dito, o “autointeresse” ou busca pelo próprio bem-estar é um pressuposto inevitável da ação humana, francamente admitido pela teoria econômica. Segundo a Análise Econômica do Direito, as normas jurídicas devem ser avaliadas pelos seus efeitos, não por juízos valorativos morais.⁵⁷⁵ Logo, não haveria problema algum no fato de as pessoas agirem afetivamente apenas por “interesse” caso o resultado final trouxesse benefícios para todos os envolvidos.⁵⁷⁶

E, no presente caso, entende-se que todos os envolvidos seriam beneficiados pela tese defendida. O autor da herança receberia em vida o cuidado, a convivência, entreaajuda, apoio moral e psicológico etc. – signos do afeto – que necessita para o pleno desenvolvimento da personalidade e realização existencial⁵⁷⁷, ainda que baseada no interesse pessoal de um dos seus familiares ou até mesmo de terceiros, sujeitos estranhos à família consanguínea, registral ou marital, que desempenhassem essas atividades com o autor da herança em vida. Por outro lado, os parentes – ou, como dito, até mesmo terceiros – que dispensaram seu tempo, abrindo mão, muitas vezes, de outras realizações pessoais ou mesmo outros sedutores prazeres (como o ócio), seriam compensados financeiramente pelos cuidados, convívio, entreaajuda etc. – comportamento afetivo – que tiveram com o idoso ou outros parentes em vida. Nesse caso não se vislumbra qualquer prejuízo para as partes e apenas benefícios para ambas.

Para além de ser um problema apenas intrafamiliar, na realidade o abandono afetivo é um problema social, de forte impacto na organização do Estado. Isso porque, independentemente do formato de família adotado, toda pessoa abandonada pelo núcleo

⁵⁷⁴ Nesse ponto será estudada a obra de Michael J. Sandel, que possui posicionamento contrário. SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra**: os limites morais do mercado. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

⁵⁷⁵ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2001. p. 18.

⁵⁷⁶ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 668-669.

⁵⁷⁷ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. O valor jurídico do cuidado: família, vida humana e transindividualidade. In: JORNADA INTERDISCIPLINAR DE PESQUISA EM TEOLOGIA E HUMANIDADES, 3., 2013, Curitiba-PR. **Anais** [...]. Curitiba, PR: PUC-PR, 2013. v. 3. p. 41-51p. 43.

familiar, seja ele consanguíneo, registral ou afetivo, pode acabar, muitas vezes, tendo que se socorrer do amparo da sociedade civil e do Estado.⁵⁷⁸

A Constituição Federal de 1988 adota o modelo de Estado de Bem-Estar Social, prevendo uma série de direitos a serem garantidos, pela organização estatal, aos seus cidadãos, de forma universal. Nesse sentido, prevê o art. 6º da CF/88 que “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”. Assim, o Estado brasileiro garante, por meio de uma ampla Seguridade Social, o total amparo em relação aos direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social dos seus cidadãos. Ainda, merece destaque o disposto no art. 194, da CF/88, que prevê o princípio da “universalidade da cobertura e do atendimento”, de modo que deve o Estado brasileiro assegurar cobertura pela proteção social.

Logo, na hipótese de desamparo, cabe ao Estado, ou, de modo secundário, à sociedade civil organizada, promover a acolhida e o resguardo das pessoas que fossem renegadas por suas famílias. Dessa forma, em última análise caberia a todos nós, via cofres públicos, custear o cuidado e o amparo desses sujeitos. Contudo resta evidente que nenhuma dessas entidades tem estrutura suficiente para suportar o número crescente de indivíduos abandonados à própria sorte.

São diversos países, em especial na Europa, que começam a sofrer com o problema de um contingente populacional crescente de pessoas idosas que são desamparados pelos seus familiares, ou que, por terem optado em não ter filhos ou não constituir família, necessitam do Estado para lhes prestar assistência integral.⁵⁷⁹

A título exemplificativo, dados do Instituto Nacional da Espanha, do ano 2015, apontam que no território espanhol há cerca de 1.859.800 pessoas com mais de 65 anos de idade vivendo sozinhas. Já em relação às pessoas maiores de 85, os dados demonstram que 34,2% vivem sozinhas.⁵⁸⁰

Diante desse cenário, na região da Catalunha, Espanha, foram criadas algumas alternativas cuja *intentio legis* é incentivar o acolhimento de idosos por terceiros (pessoas estranhas à família) (Lei n. 22/2000 – “Lei de Acolhimento de Pessoas mais Velhas” [vigente de 12/04/2001 a 31/12/2017] e Lei n. 11/2001 – “Lei de Acolhimento Familiar de Pessoas mais Idosas”). O objetivo das normas é que a própria sociedade civil acolhesse as pessoas idosas,

⁵⁷⁸ ALOY, Antoni Vaquer. Acerca del fundamento de la legítima. *InDret*, Barcelona, n. 4, oct. 2017. p. 8.

⁵⁷⁹ Sobre o tema ver: OUR WORLD IN DATA. **Size of young, working-age and elderly populations, World.** 2017. Disponível em: <https://ourworldindata.org/grapher/dependency-age-groups-to-2100>. Acesso em: 20 dez. 2010.

⁵⁸⁰ ENCUESTA Continua de Hogares: año 2015. **Instituto Nacional de Estadística**, abr. 2016. Instituto Nacional de Estadística. Disponível em: <http://www.ine.es/prensa/np965.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2018.

mediante a assistência material e moral mútua, uma vez que o Estado não possui estrutura suficiente para atender o contingente crescente de idosos na sociedade catalã. Assim, caso os idosos não sejam amparados pela sua família, a lei incentivava que fossem acolhidos por terceiros, mediante a concessão de benefícios financeiros e até direitos hereditários.⁵⁸¹

Em 2017, a Lei n. 22/2000 foi revogada e seu conteúdo passou a ser regulado pelo próprio Código Civil da Catalunha. Contudo, a nova normativa deixou de ser direcionada apenas a pessoas idosas e passou a regular as relações de convivência e ajuda mútua entre quaisquer pessoas maiores de idade, estabelecendo uma série de direitos e obrigações mútuas, conforme adiante será analisado.⁵⁸²

Já na China, desde 01 de junho de 2013, entrou em vigor a “Lei de Proteção dos Direitos e Interesses do Idoso” (*Law of Protection of Rights and Interests of the Aged*), que obriga os filhos a visitarem os pais idosos regularmente. O objetivo da lei é que “os filhos não abandonem os pais; devendo-lhes, antes de tudo, cuidados adequados, carinho presente e atenção de vigília, em proteção objetiva da família que conta, em seu núcleo básico, os pais ou familiares anciãos, como pessoas vulneráveis e dignas de proteção integral”.⁵⁸³

No Brasil, a realidade não é diferente. Segundo dados do Segundo o IBGE, “em 76 anos, de 1940 a 2016, a expectativa de vida dos brasileiros ao nascer aumentou em mais de 30 anos e hoje é de 75,8 anos”.⁵⁸⁴ Denota-se que, antes não havia, em média, uma população envelhecida, já que as pessoas faleciam antes mesmo de chegar aos 50 anos.⁵⁸⁵

Além disso, o número de idosos em termos quantitativos também cresceu vertiginosamente. Segundo levantamento do IBGE:

O segmento populacional que mais aumenta na população brasileira é o de idosos, com taxas de crescimento de mais de 4% ao ano no período de 2012 a 2022. A população com 60 anos ou mais de idade passa de 14,2 milhões, em 2000, para 19,6 milhões, em 2010, devendo atingir 41,5 milhões, em 2030, e 73,5 milhões, em 2060. Espera-se, para os próximos 10 anos, um

⁵⁸¹ ESPANHA. **Lei n. 22/2000**, de 29 de diciembre, de Acogida de Personas Mayores. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2001-2354>. Acesso em 16 jan. 2018; ESPANHA. **Lei 11/2001**, de 13 de julio, de Acogida Familiar para Personas Mayores. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2001-16692>. Acesso em: 16 jan. 2018.

⁵⁸² ESPANHA. **Lei n. 25/2010**, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família. Disponível em: https://portaljuridic.gencat.cat/ca/pjur_ocults/pjur_resultats_fitxa/?action=fitxa&documentId=544979&language=ca_ES&textWords=25%2F2010&mode=single. Acesso em: 16 jan. 2018.

⁵⁸³ ALVES, Jones Figueirêdo. Filhos que abandonam. **Migalhas**, jul. 2013. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI182436,21048-Filhos+que+abandonam>. Acesso em: 19 jan. 2018.

⁵⁸⁴ OLIVEIRA, Nielmar de. Expectativa de vida do brasileiro é de 75,8 anos, diz IBGE. **Agência Brasil**, dez. 2017. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/pesquisa-e-inovacao/noticia/2017-12/expectativa-de-vida-do-brasileiro-e-de-758-anos-diz-ibge>. Acesso em: 10 out. 2019.

⁵⁸⁵ O art. 2º da Lei n. 8.842/94, que institui a Política Nacional do Idoso e o art. 1º, da Lei n. 10.741/03, Estatuto do Idoso, definem idoso como toda a pessoa com 60 anos ou mais.

incremento médio de mais de 1,0 milhão de idosos anualmente. Essa situação de envelhecimento populacional é consequência, primeiramente, da rápida e contínua queda da fecundidade no País, além de ser também influenciada pela queda da mortalidade em todas as idades.⁵⁸⁶

Com o crescimento do número de idoso, também aumentou, vertiginosamente, o número de situações de abandono. Segundo dados estatísticos, entre 2012 e 2017, o número de pessoas com 60 anos ou mais nos albergues públicos cresceu 33%, passando de 45.827 em 2012 para 60.939 em 2017. Na hipótese de serem considerados também os alojamentos privados, o número de idosos em casas de acolhimento sobe para 100 mil.⁵⁸⁷

Segundo dados do Ministério de Desenvolvimento Social, os Serviço de Acolhimento para Pessoas Idosas⁵⁸⁸, que compreendem (i) abrigos institucionais (Instituição de Longa Permanência – ILPI); (ii) Casa-Lar e; (iii) as repúblicas, estão lotados e a demanda por vagas entre pessoas de mais de 60 anos não para de crescer.⁵⁸⁹

De acordo com Alexandre Kalache, presidente do Centro Internacional de Longevidade Brasil, “É natural que cresça o número de pessoas idosas que vivem sozinhas porque a população em geral está envelhecendo, mas o crescimento é muito alto e o número de instituições de longa permanência ou asilos não é suficiente para atender às necessidades.”⁵⁹⁰

Assim sendo, salienta-se que “o desamparo familiar cresce mais rápido que a expectativa de vida — e o País carece de um projeto para reforçar os cuidados prolongados e a assistência na velhice.”⁵⁹¹

Diante desse cenário, a questão do abandono afetivo tem sido cada vez mais debatida no cenário jurídico brasileiro. A atenção do legislador ordinário para a problemática do abandono afetivo do idoso pode ser observada, por exemplo, por meio do no Projeto de Lei n. 4294/2008, que objetiva acrescentar o art. 1.632 ao Código Civil e o art. 3º do Estatuto do

⁵⁸⁶ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Mudança demográfica no Brasil no início do século XXI**: subsídios para as projeções da população. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv93322.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

⁵⁸⁷ CANCIAN, Natália; ALEGRETTI, Laís. Total de idosos que vivem em abrigos públicos sobe 33% em cinco anos. **Folha de São Paulo**, jul. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/07/total-de-idosos-que-vivem-em-abrigos-publicos-sobe-33-em-cinco-anos.shtml>. Acesso em: 10 out. 2019.

⁵⁸⁸ BRASIL. Ministério da Cidadania. **Serviço de Acolhimento para Pessoas Idosas**. 2015. Disponível em: <http://mds.gov.br/assuntos/assistencia-social/unidades-de-atendimento/unidades-de-acolhimento/servico-de-acolhimento-para-pessoas-idosas>. Acesso em: 10 out. 2019.

⁵⁸⁹ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social. **Censo SUAS 2017**: análise dos componentes sistêmicos da política nacional de assistência social. Brasília, DF: MDS, Secretaria de Avaliação e Gestão da Informação; Secretaria Nacional de Assistência Social, 2018. Disponível em: [https://aplicacoes.mds.gov.br/sagirms/ferramentas/docs/Censo%20SUAS%202017%20\(1\).pdf](https://aplicacoes.mds.gov.br/sagirms/ferramentas/docs/Censo%20SUAS%202017%20(1).pdf). Acesso em: 10 out. 2019.

⁵⁹⁰ VILARDAGA, Vicente; CAVICCHIOLI, Giorgia. O abandono dos idosos no Brasil. **Isto é**, jun. 2018. Disponível em: <https://istoe.com.br/o-abandono-dos-idosos-no-brasil/>. Acesso em: 10 out. 2019.

⁵⁹¹ VILARDAGA, Vicente; CAVICCHIOLI, Giorgia. O abandono dos idosos no Brasil. **Isto é**, jun. 2018. Disponível em: <https://istoe.com.br/o-abandono-dos-idosos-no-brasil/>. Acesso em: 10 out. 2019.

Idoso, ambos para tipificar como ilícito civil, passível de indenização, o abandono afetivo do idoso.⁵⁹²

A situação inversa, isto é, pais que deixam de dar amparo afetivo aos seus filhos, também é um problema na sociedade brasileira. Isso se comprova, em boa medida, pelo Projeto de Lei n. 700/2007, que transforma o abandono afetivo do menor em ilícito civil e penal.⁵⁹³

No tocante especificamente ao tema da tese ora defendida, existem dois projetos de lei em trâmite que buscam no direito sucessório criar estímulo para que idosos e outros parentes recebem cuidado, amparo, assistencial material e moral, entre outros comportamentos afetivos.

O primeiro é o Projeto de Lei n. 6480/2013, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados, que prevê a criação do art. 1844-B, do Código Civil Brasileiro, o qual visa a incluir, na condição de herdeiro necessário, com garantia de recebimento de 10% do monte partível, “Todo aquele que, não sendo cônjuge, dispensar espontaneamente ao autor da herança na sua velhice, carência ou enfermidade o zelo e os cuidados dignos e eficazes, dando-lhe sustento sem retribuição monetária [...]”. Na exposição de motivos do Projeto de Lei consta que o seu objetivo “é provocar as pessoas nele mencionadas a cuidar dos idosos, ainda que por interesse financeiro (neste caso vai sobrar quem queira)”.⁵⁹⁴

O segundo é o Projeto de Lei 3145/15, em trâmite na Câmara dos Deputados, que busca acrescentar inciso aos artigos 1.962 e 1.963 da Lei n. 10.406, de 2002, Código Civil, de modo a possibilitar a deserção nas hipóteses de abandono. Nas justificativas do projeto, consta que sua existência decorre da existência de “um grande contingente de idosos no Brasil, havendo crescido o número de denúncias sobre casos de maus tratos e humilhação. Muitos são sujeitos a abandono material e afetivo sem a mínima satisfação de suas necessidades básicas, deixando seus descendentes de cumprir com o respectivo dever de zelo e proteção.”.⁵⁹⁵

⁵⁹² BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4294/2008**. Acrescenta parágrafo ao art. 1.632 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. 3º da Lei n. 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684>. Acesso em: 10 jan. 2018.

⁵⁹³ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 700, de 2007**. Modifica a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 2007. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/83516>. Acesso em: 10 jan. 2018.

⁵⁹⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 6480/2013**. Acrescenta o art. 1.844-B e dispositivos à Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que "Institui o Código Civil.". Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=594309>. Acesso em: 10 jan. 2018.

⁵⁹⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 3145/15**. Acrescenta inciso aos artigos 1.962 e 1.963 da Lei n. 10.406, de 2002, Código Civil, de modo a possibilitar a deserção nas hipóteses de abandono. Brasília: Câmara

À luz do exposto, chega-se, ao final, as seguintes inferências: (i) o abandono familiar tem constituído um grave problema social no mundo e no Brasil; (ii) diante desse cenário há dois caminhos à serem adotados: (a) refutar que a afetividade não pode ser monetizada e continuar acreditando na utopia de que as pessoas devem agir com cuidado, entreadjuada, apoio material e moral, entre outros, por mera benevolência e amor, ao passo que os números de casos de abandono aumentam; (b) assumir que as pessoas tomam suas ações por interesses, mesmo em situações de benevolência, e utilizar a herança como forma de estímulo para que as pessoas, sejam familiares ou não, mantenham comportamento afetivo entre si, permitindo que desenvolvam plenamente sua personalidade e existência, bem como auxiliando na econômica dos gastos sociais do Estado.

Tudo se resume a uma questão de escolha. Pode-se continuar sustentando que não se deve estimular o comportamento afetivo por meio de contratações financeiras, desembocando em um mal maior – crescente número de abandonos familiares –, ou aceitar tal premissa e estimular que tal encargo seja exercido pelas famílias e pela sociedade civil por meio de estímulos financeiros.

3 VIABILIDADE JURÍDICA E INSTRUMENTALIZAÇÃO DA INCORPORAÇÃO DO COMPORTAMENTO COMO CONDICIONANTE À SUCESSÃO LEGÍTIMA

3.1 A VIABILIDADE JURÍDICA DA INTRODUÇÃO DO COMPORTAMENTO COMO ELEMENTO CONDICIONANTE À SUCESSÃO LEGÍTIMA

3.1.1 Autonomia privada x racionalidade limitada, paternalismo libertário e constitucionalização do direito civil: a quem cabe a decisão?

“O ser humano verdadeiramente livre apenas quer o que pode e faz o que lhe agrada.”

Jean-Jacques Rousseau

Uma parcela da doutrina civilista contemporânea critica a legítima e propõe a sua extinção afirmando que se trata de uma normativa que afronta a autonomia privada. Seria uma forma de interferência indevida do Estado na propriedade privada dos seus cidadãos, que são ceifados do direito de dispor livremente – via testamento – do seu patrimônio no momento da morte.⁵⁹⁶ O objetivo desse subitem é demonstrar que a autonomia privada não pode ser encarada como um comando absoluto dentro do nosso ordenamento jurídico, em especial quando confrontada com alguns pressupostos advindos da análise econômica do direito – como racionalidade limitada e as premissas do paternalismo libertário – e da teoria da constitucionalização do direito civil.

Conforme já mencionado, a legítima corresponde à metade dos deixados pelo falecido, constitui uma parte indisponível da herança, sobre a qual o sucedido não poderá dispor via testamento, conforme art. 1.846 e 1.789, do CC.⁵⁹⁷ Diante de todas as mudanças socioeconômicas apresentadas no capítulo anterior e da consequente perda substancial de suas funções, sua existência passou a ser fortemente questionada pela doutrina contemporânea.⁵⁹⁸

⁵⁹⁶ ARNT RAMOS, André Luiz; CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Liberdade de testar *versus* sucessão forçada: anotações preliminares sobre o direito sucessório brasileiro. **REJUS**, Univel, n. 4, p. 41-73, maio 2015; NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009; CARMINATE, Raphael Furtado. **Autonomia privada do testador e direito à legítima**: estudo crítico e propositivo. 155f. 2011. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

⁵⁹⁷ Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.; Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

⁵⁹⁸ ARNT RAMOS, André Luiz; CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Liberdade de testar *versus* sucessão forçada: anotações preliminares sobre o direito sucessório brasileiro. **REJUS**, Univel, n. 4, p. 41-73, maio 2015.; NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009; CARMINATE, Raphael Furtado. **Autonomia privada do testador e direito à legítima**: estudo crítico e propositivo. 155f. 2011.

A essa altura está claro, ao menos nas entrelinhas, que a presente tese defende a manutenção da legítima. Acredita-se, conforme já sustentado, que a sucessão legítima e a legítima podem ser ressignificadas, passando a cumprir um novo papel no direito, de notável relevância econômica e social.

A presente tese não teria sustentação diante da ausência da legítima. Isso porque o estímulo ao comportamento afetivo reside exatamente na garantia de que uma parcela da herança será reservada àqueles que travaram relações afetivas com o autor da herança em vida. Ou seja, sem a legítima os herdeiros não teriam qualquer garantia que todo cuidado, convivência, entreatada, apoio material e moral, seriam compensados na hora da morte. O autor da herança poderia, em um ato de ingratidão ou loucura, dispor de todo patrimônio em favor de terceiros que não o ampararam em vida.

Como dito, a discussão acerca da manutenção da legítima passa, via de regra, pelo tema da autonomia privada. A questão é complexa e não é objetivo da presente tese descer as minúcias na análise ou confronto entre autonomia privada x legítima. Para tanto, o leitor pode se debruçar sobre inúmeras obras monográficas sobre o tema, tanto sobre as interfaces da autonomia privada no Direito Civil moderno⁵⁹⁹, da autonomia privada no Direito das Famílias⁶⁰⁰, como, de modo particular, da autonomia privada no Direito Sucessório – nas brilhantes obras de Daniela Russowsky Raad⁶⁰¹ e Felipe Frank⁶⁰².

Contudo, levando em conta que a autonomia privada é grande “coringa” contra a manutenção da legítima, a discussão a respeito da sua manutenção passa, necessariamente, pelo seu debate. No entanto, considerando o marco teórico adotado, a questão será analisada, primeiramente, sob as lentes dos pressupostos da economia.

A autonomia, em si, remonta a ideia de que os sujeitos são livres para reger sua vida e suas ações conforme sua vontade. Da ideia de autonomia nasceram dos princípios norteadores de todo direito privado, de um lado a autonomia da vontade e do outro a autonomia privada, os quais são se confundem.⁶⁰³ Inicialmente, foram princípios aplicados a

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

⁵⁹⁹ PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Liberdade(s) e função**: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do direito civil brasileiro. 395 f. 2009. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009; FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Trad. Luis Sancho Mendizábal. Granada: Comares, 2001; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 51.

⁶⁰⁰ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁶⁰¹ RAAD, Daniela Russowsky. **O exercício da autonomia privada no direito sucessório** – uma reflexão a partir da eficácia do regime da separação de bens. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

⁶⁰² FRANK, Felipe. **Autonomia sucessória e pacto antenupcial**: problematizações sobre o conceito de sucessão legítima e sobre o conteúdo e os efeitos sucessórios das disposições pré-nupciais. 213p. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

⁶⁰³ FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Trad. Luis Sancho Mendizábal. Granada: Comares, 2001. p. 6.

esfera dos contratos⁶⁰⁴, mas que atualmente também possuem, aplicação ao Direito das Coisas, ao Direito de Família e ao Direito das Sucessões, entre outros.⁶⁰⁵

A autonomia da vontade pode ser definida como o poder que as partes têm de definir, com total liberdade, o conteúdo de um determinado negócio jurídico, que se torna lei entre elas. Tal princípio nasce em repúdio ou oposição ao absolutismo, no seio do Estado Liberal, sendo a representação máxima da liberdade e um escudo contra a ingerência estatal nos negócios. Tratava-se de um instrumento do paradigma liberal, aos serviços do modelo econômico capitalista nascente. Portanto, teve um crucial papel na qualidade de fundamento jurídico da política econômica liberal, na medida em que serviu de motor e fundamento para as relações jurídicas.⁶⁰⁶

Nesse sentido, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias assinalam que “na órbita do direito, a autonomia da vontade, fruto do voluntarismo dos oitocentos, concebia o vínculo contratual como resultado de simples fusão entre manifestações de vontade. A autonomia do querer era o único fundamento da vinculatividade.”⁶⁰⁷

Contudo, com o passar do tempo, percebeu-se que a liberdade plena somada a igualdade meramente formal era produtora de relações desequilibradas, injustas. A ausência de paridade entre as partes originava situações, por exemplo, de desequilíbrio contratual, com nítida vantagem para uma em prejuízo da outra. Diante dessa problemática e de outras situações de injustiças, surge o Estado Social, que na conjugação de outros valores junto a liberdade individual, como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a igualdade substancial, entre outros, passa a impor limites a autonomia da vontade. Assim nasce a autonomia privada, quando a autonomia da vontade passa a encontrar limites em princípios fundamentais da Constituição e às normas infraconstitucionais.⁶⁰⁸

Entre os autores nacionais, quem bem retratou o significado do princípio da autonomia privada foi Francisco Amaral, segundo qual:

um verdadeiro poder judicio particular, traduzido na possibilidade o sujeito agir com a intenção de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas próprias ou de outrem. Tal poder não é, porém, originário. Deriva do ordenamento jurídico estatal, que o reconhece, e exerce-se nos limites que esse fixa, limites crescentes pelo aumento das

⁶⁰⁴ TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007. p. 178.

⁶⁰⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 57.

⁶⁰⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de informação legislativa**, v. 41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004. p. 116-121.

⁶⁰⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. v. 7. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 151.

⁶⁰⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de informação legislativa**, v. 41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004. p. 121-125.

funções estatais em virtude da passagem do Estado de Direito para o Estado intervencionista e assistencial.⁶⁰⁹

Nessa ordem de ideias, a autonomia privada pode ser definida, em síntese, como “o poder concedido ao sujeito para criar a norma individual nos limites deferidos pelo ordenamento jurídico”.⁶¹⁰ Ou, nas palavras de José de Oliveira Ascensão “a autonomia privada significa que a ordem jurídica global admite que os particulares participem na construção da sua própria ordem jurídica, nos quadros da ordem jurídica global.”⁶¹¹

Assim, pode-se dizer que, houve uma “substituição do velho e superado princípio da autonomia da vontade pelo princípio da autonomia privada”⁶¹². Isso porque, “o oitocentos e o novecentos construíram uma concepção de autonomia, o que veio a ser subvertido totalmente no século XX”⁶¹³, uma vez que “autonomia, qualificada apenas como um produto da vontade, revelou-se uma derivação reducionista do individualismo, esquecendo o substrato humanista que lhe deveria permear”.⁶¹⁴

A partir dessas intelecções, pode-se concluir que o princípio da autonomia privada tem duas facetas: (i) garantir ao sujeito o exercício da liberdade plena, próprio da sua dignidade humana, atribuindo efeitos jurídicos aos seus atos; (ii) é um poder normativo conferido pela lei aos indivíduos, que deve ser exercido nos limites e em razão dessa última e de seus valores. Portanto, tem uma dimensão, assim por se dizer, positiva, e, outra, negativa.

Na sua dimensão positiva, cabe ao Estado garantir as pessoas à autodeterminação subjetiva, promovendo as condições materiais para que suas escolhas sejam realizadas. Nesse sentido, Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk afirmam que a emancipação da pessoa humana é “auferível no atendimento das necessidades que propiciam ao sujeito se desenvolver com efetiva liberdade”.⁶¹⁵ Trata-se, nesse caso, de

⁶⁰⁹ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989. p. 214.

⁶¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. v. 7. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 151.

⁶¹¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Teoria geral do direito civil: acções e factos jurídicos**. v. III, Coimbra: Coimbra, 1992. p. 39.

⁶¹² TARTUCE, Flávio. **Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 57.

⁶¹³ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de informação legislativa**, v. 41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004. p. 117.

⁶¹⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de informação legislativa**, v. 41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004. p. 120.

⁶¹⁵ FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI Ruzyk, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. **Revista trimestral de direito civil: RTDC**, v. 9, n. 35, p. 101-119, jul./set. 2008. p. 108-109.

remover as restrições que impossibilitem a efetiva realização de escolhas, como leciona Amartya Sen.⁶¹⁶

Por outro lado, na sua dimensão negativa, o princípio estabelece um espaço de possibilidade de ações conferido à pessoa em virtude da ausência de ingerência ou proibição do estado. Segundo Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, trata-se a liberdade negativa de um espaço de não ingerência ou não-coerção Estatal, ou seja, a liberdade de fazer o que se quiser.⁶¹⁷

Sob o influxo da Teoria Crítica do Direito⁶¹⁸ e do movimento denominado Constitucionalização do Direito Civil⁶¹⁹, a autonomia privada passou por uma remodelagem. O movimento da constitucionalização lançou olhares para as relações privadas a partir do texto constitucional, seja por meio de uma releitura do direito privada, seja por meio do reconhecimento da incidência direta das normas constitucionais nas relações privadas. Assim, sob a filtragem de princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana e da solidariedade, a tutela da autonomia privada passou a ser analisada a partir da perspectiva do ser, em detrimento do ter.⁶²⁰

Para Luiz Edson Fachin, “a constitucionalização do direito buscou, nos princípios e valores constitucionais, a ressignificação dos institutos do Direito Civil, promovendo, com isso,

⁶¹⁶ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010.

⁶¹⁷ PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Liberdade(s) e função**: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do direito civil brasileiro. 395 f. 2009. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. p. 230-231.

⁶¹⁸ “Os primórdios do movimento de crítica no Direito foram gestados no final dos anos 60 (século XX), através da influência sobre juristas europeus de ideias providas do economicismo jurídico soviético (Stucka, Pashukanis), da releitura gramsciana da teoria marxista feita pelo grupo de Althusser, da teoria crítica frankfurtiana e das teses arqueológicas de Foucault (inspiradas em Nietzsche) sobre o poder. O movimento afetado por teses de inspiração neomarxista e de contra- cultura começava a questionar o sólido pensamento juspositivista reinante no meio acadêmico e nas instâncias institucionais.”. WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 9. ed. São Paulo Saraiva, 2015. p. 44; sobre a Teoria Crítica do Direito em uma perspectiva filosófica ver: COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 602.

⁶¹⁹ “o direito civil constitucional pode ser definido como a corrente metodológica que defende a necessidade de permanente releitura do direito civil à luz da Constituição. O termo “releitura” não deve, contudo, ser entendido de modo restritivo. Não se trata apenas de recorrer à Constituição para interpretar as normas ordinárias de direito civil (aplicação indireta da Constituição), mas também de reconhecer que as normas constitucionais podem e devem ser diretamente aplicadas às relações jurídicas estabelecidas entre particulares. [...] No Brasil, a expressão “direito civil constitucional” começou a ser empregada a partir da década de 1990, em estudos de dois civilistas pioneiros. Gustavo Tepedino e Maria Celina Bodin de Moraes, recém-chegados da Itália, onde concluíram o curso da prestigiosa Scuola di Specializzazione in Diritto Civile da Università di Camerino, trouxeram na bagagem uma nova metodologia, apreendida diretamente das lições do seu maior expoente no direito italiano, Pietro Perlingieri: a doutrina do direito civil na legalidade constitucional.”. SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos (coords.). **Direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Atlas, 2016. p. 2.

⁶²⁰ A expressão é cunhada por Jussara Meirelles para descrever a alteração substancialmente do panorama jurídico das relações privadas, que deixaram de ter enfoque no patrimônio e passou a ser o centro das atenções o ser humano. MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 87-114.

a repersonalização do direito privado, que fez deslocar o foco jurídico do patrimônio para a pessoa concreta, sujeito de necessidades materiais e imateriais.”⁶²¹

No tocante a autonomia privada, ela deixou de ser um valor em si, deixando de pertencer, exclusivamente, ao mundo patrimonial e foi inserida na seara despatrimonializada do ser humano, como um valor de cunho existencial. Assim, ela somente passa a ser tutelada quando representa a realização de um valor constitucional.⁶²²

A partir dessa leitura do instituto, nascem duas interpretações possível e excludentes sobre a tutela da autonomia privada no tocante à disposição patrimonial. Uma delas centrada na pessoa titular do direito, assentada na liberdade, que se traduz no respeito e acatamento das escolhas existenciais de cada sujeito, em uma liberdade real, denominada “liberdade vivida”.⁶²³ E outra, calcada na funcionalização, sob o enfoque da solidariedade, que altera o direito subjetivo de propriedade, passando a condicionar sua conformação e a sua existência ao seu uso adequado ao interesse social.⁶²⁴

O primeiro enfoque da autonomia privada sob o viés da disposição patrimonial – centrada na pessoa e na sua liberdade – fundamenta, em boa parte, as teses que propõem a esterilização da legítima⁶²⁵ ou, no mínimo, torná-la atrelada a condições restritas⁶²⁶, alargando o espaço da liberdade de testar.⁶²⁷ Nesse sentido, Eroulths Cortiano Junior e André Luiz Arnt

⁶²¹ FACHIN, Luiz Edson. Famílias: entre o público e o privado. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Anais do VIII Congresso Nacional do IBDFAM**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2012. p. 161.

⁶²² TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano IV, n. 4; ano V, n. 5, 2003-2004. p. 172.

⁶²³ Segundo a doutrina de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, a “liberdade vivida” é aquela cuja autonomia privada não é funcionalizada apenas para coletividade, mas “sim, da liberdade como uma vera e propria prestação que propriedade, contrato e família podem realizar em favor da pessoa concreta.”. PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Liberdade(s) e função**: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do direito civil brasileiro. 395 f. 2009. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. p. 230-231.

⁶²⁴ Nessa perspectiva, Léon Duguit propõe que a liberdade dos sujeitos deve se realiza em prol do todo social, de sua coesão, da manutenção dos laços de solidariedade. DUGUIT, Leon. **Manuel de droit constitutionnel**. Paris: Fontemoing, 1911. p. 13; nessa mesma perspectiva: LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social da propriedade: em busca de uma contextualização entre a Constituição Federal e o novo Código Civil. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, v. 10, 2004. p. 283 e ss.

⁶²⁵ Dessa maneira, sustentou o professor José Fernando Simão em palestra proferida no “Congresso Herança e Desigualdade: desafios à promoção do desenvolvimento socioeconômico”, realizado nos dias 18 a 20 de março de 2019, nas dependências da Pontifícia Universidade Católica do Paraná; De igual modo leciona Diego Leite de Campos “Propendo, assim, no sentido da plena liberdade de testar do titular dos bens. De modo a que este possa livremente o peso das relações que tem com cada um dos membros da sua família. Liberdade que só deve ser temperada por situações de extrema necessidade dos parentes próximos.”. CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direito da família e das sucessões**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 466-467.

⁶²⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 11, p. 73-91, jan./mar. 2017.

⁶²⁷ Nesse ponto de vista, Flávio Tartuce defende que “já é o momento de se debater a redução da legítima, talvez para um montante menor, talvez em 25% do patrimônio do falecido. Isso porque a legítima deve assegurar apenas o mínimo existencial ou o patrimônio mínimo da pessoa humana, na linha da tese desenvolvida pelo Ministro Luiz Edson Fachin, não devendo incentivar o ócio exagerado dos herdeiros.”. TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das sucessões**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Ramos afirmam que “a liberdade de testar integra os direitos de personalidade da pessoa, pelo que não deve ser restringida a priori”.⁶²⁸

Sob o segundo prisma – centrado na sociedade e na funcionalização da propriedade –, sustenta-se a manutenção da legítima como um veículo dotado de função social, cuja *ratio legis* deve ser a proteção da família. Nesse sentido, Jânio Urbano Marinho Júnior, em obra monográfica sobre o tema “A função social da legítima no Direito Brasileiro”, defende que “a legítima, em uma leitura constitucionalizada, tem como *ratio* e limite a solidariedade concretizada no âmbito familiar.”.⁶²⁹

A adoção da primeira perspectiva – calcada no indivíduo e na liberdade – ou da segunda – fundada no social e na funcionalização da propriedade – acerca da autonomia privada, dependem de uma questão de escolha. Teóricos com diferentes convicções observariam as perspectivas adotadas e diriam que existe apenas uma interpretação correta para o caso e que não é difícil enxergá-la. Ambas possuem fortes argumentos ao seu favor, porém cada uma se assenta em premissas diferentes acerca de como deve ser a alocação de recursos em geral.⁶³⁰ Cabe, nesse ponto, rememorar as diferentes concepções de justiça explicitadas no primeiro capítulo, no qual se observou que “os conceitos de justiça são expressões de preferências individuais”.⁶³¹

Considerando que a presente tese labora sobre as bases da Análise Econômica do Direito, a perspectiva escolhida deve seguir seus ditames. De acordo com a juseconomia, a escolha da norma ou da sua interpretação deve seguir critérios de eficiência, como um “meio” de se alcançar a justiça.⁶³² Ou seja, deve-se questionar qual interpretação gerará na sociedade menor custo e maior benefício. Considerando que se vive em um mundo onde os recursos são escassos e as necessidades humanas potencialmente ilimitadas, todo desperdício de recursos mostra-se injusto.

No presente caso, entende-se que, no confronto entre a plena liberdade de testar e a garantia da legítima ressignificada – voltada à promoção do comportamento afetivo –, a legítima tende a atender objetivos socialmente desejados gerando o menor desperdício de recursos. A plena liberdade de testar traria, a prioridade, apenas a satisfação de um desejo

⁶²⁸ ARNT RAMOS, André Luiz, CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Liberdade de testar *versus* sucessão forçada: anotações preliminares sobre o direito sucessório brasileiro. **REJUS**, Univel, n. 4, p. 41-73, maio 2015. p. 36.

⁶²⁹ MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. A função social da legítima no direito brasileiro. 219f. 2018. Dissertação (Mestrado) – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP), São Paulo, 2018. p. 197.

⁶³⁰ SEN, Amartya Kumar. **A ideia de justiça**. Trad. Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 52.

⁶³¹ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Eficácia x eficiência: a análise econômica do direito. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 1, v. 2, p. 27-33, abr./jun. 2000. p. 30.

⁶³² CASAMIGLIA, Albert. Eficiencia y derecho. **Doxa**, n. 4, p. 267-287, 1987. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10913/1/Doxa4_17.pdf. Acesso em: 18 jul. 2019. p. 287.

individual – o qual, diga-se de passagem, somente se concretizaria após a morte do falecido, não surtindo, portanto, qualquer efeito no seu plano existencial. Por outro lado, a legítima ressignificada traria benefícios para todos os envolvidos, senão vejamos: (i) o autor da herança receberia, em vida, o comportamento afetivo que necessita para sua plena realização existencial, por meio da convivência, assistência moral, psicológica, financeira etc.; (ii) o familiar ou terceiro que despendeu seu tempo, renegando outras sedutoras alegrias, para conviver, cuidar, auxiliar financeiramente o falecido, seria compensado financeiramente pelo labor desempenhado; (iii) a sociedade como um todo seria beneficiada por meio da economia de gastos sociais do Estado e para sociedade civil organizada, uma vez que o *de cuius* restaria amparado pelos herdeiros. Demonstra-se que a legítima ressignificada apresenta um menor custo social e mostra-se mais eficiente no atendimento do princípio da solidariedade – menor custo e maior benefício para o sucessor, sucedido e a sociedade.

Nessa perspectiva, Antoni Vaquer Aloy sustenta que a legítima ao se fundar na solidariedade intergeracional recíproca acaba por estimular que os sucessores cuidem do sucedido na sua velhice, o que, por sua vez, se converte em uma economia de gastos sociais para o Estado e para sociedade civil organizada.⁶³³

À luz do exposto, tem-se, como primeira conclusão, que na ótica juseconômica deve prevalecer a interpretação da autonomia privada em consonância com a legítima. Vale dizer, que vê a legítima, em uma leitura constitucionalizada, perfeitamente compatível com o princípio da autonomia privada, na medida em que este pode sofrer restrições buscando a funcionalização da propriedade, com vistas a concretizar o princípio da solidariedade no âmbito familiar.

Agora passa-se a desenvolver uma segunda análise acerca do princípio da autonomia privada e da autonomia da vontade, sob um novo viés da juseconomia e do paternalismo libertário.

A primeira questão diz respeito a possibilidade de a tese proposta promover a violação da autonomia da vontade dos possíveis sucessores, que seriam, ao menos hipoteticamente, obrigados a ofertar afeto ou um comportamento afetivo ao sucedido em vida. A insurgência não tem qualquer amparo.

Isso porque, conforme já sustentado no capítulo anterior, a tese não labuta em uma perspectiva impositiva. Os herdeiros ou potenciais herdeiros possuem liberdade total caso optem por não manter relação com o autor da herança – ao menos no campo sucessório não há qualquer injunção, as quais, contudo, podem permanecer em outras searas, em razão do

⁶³³ ALOY, Antoni Vaquer. Acerca del fundamento de la legítima. **InDret**, Barcelona, n. 4, oct. 2017. p. 16.

que dispõem, por exemplo, os art. 3, I, art. 227, 229 e 230, todos da CF/88. No entanto caso optem por não ter um comportamento afetivo com o autor da herança, apenas não irão amealhar o patrimônio do falecido. Dessa maneira, é pertinente a colocação de Alexandre Morais da Rosa, o qual afirma que “você possui a liberdade de amar ou odiar, pagando o preço da sua posição subjetiva”.⁶³⁴

Nesse tocante, cabe rememorar que a presente tese se alinha as ideias do paternalismo libertário. Visto que ao condicionar a sucessão legítima à existência de um comportamento afetivo entre o autor da herança e os pretensos sucessores, pretende-se induzir os sujeitos a travarem relações de solidariedade entre si, sem, contudo, coagi-los para tanto. Parte-se do pressuposto que é benéfico, tanto do ponto de vista individual quanto coletivo, que os membros da família mantenham um comportamento solidários entre si.⁶³⁵ Cabe rememorar também que a família tem um papel fundamental no desenvolvimento da personalidade⁶³⁶ e inúmeras vantagens do ponto de vista econômico e de bem-estar dos seus integrantes.⁶³⁷

Por isso a necessidade de ofertar um “empurrão” para manutenção dessas relações, sem, entretanto, tolher a liberdade individual daqueles que optarem por não manter contato com o autor da herança, por iniciativa própria ou por questão de prioridade (sendo o comportamento afetivo o *trade off*).

A segunda questão diz respeito à reflexão sobre autonomia da vontade, autonomia privada, racionalidade limitada e paternalismo libertário.

Como visto, a autonomia da vontade e a autonomia privada, enquanto personificação da liberdade e da dignidade da pessoa humana, integrando o rol de direitos de personalidade, tem um valor de cunho existencial.⁶³⁸ Ambas representam, em linhas gerais, o direito que cada indivíduo possui de reger sua vida e seus atos conforme seus interesses, por meio da autodeterminação e autorregulação própria.

⁶³⁴GHILARDI, Dóris. **Economia do afeto**: análise econômica do direito no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 2.

⁶³⁵ Conforme sustentam Thaler e Sunstein, “Muitas pessoas acreditam que a instituição oficial do casamento ajuda a garantir os compromissos das pessoas de maneira que é positiva tanto para o indivíduo quanto para a sociedade”. THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 240.

⁶³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. v. 7. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 42.

⁶³⁷ Ver no item “O fundamento e a função da sucessão legítima a partir da perspectiva da Análise Econômica do Direito: o estímulo a manutenção de relações de entreatajuda, convivência, assistência material e congêneres” as vantagens econômicas da família, as quais são detalhadas no seguinte artigo: GONÇALVES, Oksandro O.; TOSI, Caroline Hammerschmidt Amaro. Teoria econômica do namoro e do matrimônio: formação do processo decisões e suas consequências jurídico-econômicas. **Revista de Direito Empresarial**, v. 14, p. 49-72, 2017. p. 67.

⁶³⁸ PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Liberdade(s) e função**: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do direito civil brasileiro. 395 f. 2009. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. p. 4.

Contudo, embora não se negue o valor existencial do poder de autodeterminação e autorregulação, a juseconomia demonstra que tal poder é falho e pode gerar consequências imprevisíveis e não desejáveis para os próprios indivíduos e para sociedade.

Conforme abordado no capítulo anterior, a teoria da “racionalidade limitada”, demonstra que as pessoas possuem “falhas de racionalidade”. Uma de suas causas são os processos simplificadores que os seres humanos utilizam para tomada de decisão. Como decidir demanda a análise de muitas variáveis, o ser humano tende a limitar o número de informações para realizar escolhas, simplificando as variáveis. As falhas de racionalidade também podem ocorrer por fatores como prazer, ideias, objetivos indiretos, que se sobrepujam a racionalidade. Além disso, a assimetria informacional, caracterizada pela ausência de informação suficiente para tomada de uma decisão ótima, também pode conduzir a falhas da racionalidade.⁶³⁹

Ocorre que tais falhas comprometem o processo decisório das pessoas, que podem tomar decisões prejudiciais para si próprias e para coletividade. A “tragédia dos comuns”⁶⁴⁰ é um exemplo claro de como “o exercício [da] liberdade, ao invés de representar o resultado positivo racionalmente esperado por cada um isoladamente, conduz à sobreutilização e esgotamento dos recursos naturais”.⁶⁴¹ E, nesses casos, “a restrição à liberdade individual passa a representar ganhos sob o escopo do interesse coletivo”.⁶⁴²

A racionalidade limitada pode, por exemplo, levar uma pessoa, acometida por uma paixão fugaz, a escolha de um regime de bens ou confecção de um testamento em benefício de um indivíduo mal-intencionado, cuja união deu-se, exclusivamente, por interesses econômicos e financeiros. Não é por outra razão que o art. 1641, II, do CC, impõe o regime de separação obrigatória de bens para o casamento de pessoas com mais de 70 anos. A *ratio*

⁶³⁹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade Limitada. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2001. p. 65-68; MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 66-67.

⁶⁴⁰ A tragédia dos comuns constitui uma situação na qual as pessoas ao buscarem individualmente a maximização do seu bem-estar, acabam consumindo um recurso de predatória, acabando por condenar estruturalmente o recurso e causar o seu esgotamento, prejudicando à si e a sua comunidade. Sobre o tema ver: HARDIN, Garrett.

A tragédia dos comuns. S.d. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3203283/mod_resource/content/2/a_trag%C3%A9dia_dos_comuns.pdf. Acesso em: 14 out. 2019.

⁶⁴¹ AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. As tragédias dos comuns e dos anticomuns. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2001. p. 65-68; MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 52.

⁶⁴² AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. As tragédias dos comuns e dos anticomuns. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2001. p. 65-68; MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 53.

legis do dispositivo é proteger pessoas vulneráveis ao abuso de outrem.⁶⁴³ O chamado “golpe do baú” é uma realidade jurídica francamente reconhecida e debatida nos tribunais.⁶⁴⁴

Ainda, é preciso lembrar que a teoria paternalista libertária aponta que as “heurísticas” – atalhos mentais usados pelo sistema cognitivo para tomada de decisões – podem induzir a tomada de decisões incorretas ou irracionais, chamadas de “vieses”.⁶⁴⁵ Com isso, os indivíduos em muitos casos fazem escolhas bastante ruins, tomam decisões que, provavelmente, não teriam adotado caso tivessem munidos de maior atenção, informações completas, capacidade cognitiva e autocontrole pleno.⁶⁴⁶

Um exemplo de erro ou falha cognitiva apontado pelos paternalistas libertários é o “otimismo e a confiança excessiva”. Os indivíduos tendem, de um modo geral, a agir ou tomar decisões levando em conta um alto grau de otimismo irrealista. Assim, por exemplo, embora cerca de 50% dos casamentos terminem em divórcio, segundo dados estatísticos, no momento da cerimônia, os casais acreditam que há aproximadamente 0% de chance do seu casamento terminar com o divórcio (inclusive os que já são divorciados).⁶⁴⁷

Conforme dados do IBGE, no relatório *Estatísticas do Registro Civil 2017*, o Brasil registrou, em 2017, 1.070.376 casamentos civis e 373.216 divórcios concedidos em 1º instância ou por escrituras extrajudiciais. Isso representa que, para cada três casamentos realizou-se um divórcio no Brasil.⁶⁴⁸

O resultado é que as pessoas, de um modo geral, não se preocupam com adequada elaboração de cláusulas contratuais, inseridas no pacto antenupcial, para harmonizar seus interesses patrimoniais no casamento. E, com isso, deixam de usufruir dos benefícios do pacto. Nesse sentido, Cristiana Sanchez Gomes Ferreira afirma que “a inclinação dos indivíduos a serem exacerbadamente otimistas (a crer que o divórcio jamais será uma realidade a ser vivida) é fator que proscreve a curiosidade pelo conhecimento da relevância

⁶⁴³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Golpe do baú, suggest baby e a autonomia privada aos olhos do Direito. **Revista Consultor Jurídico**, 23 jun. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-23/processo-familiar-golpe-bau-suggar-baby-autonomia-privada-aos-olhos-direito>. Acesso em: 15 out. 2019.

⁶⁴⁴ STJ. **REsp 736.627-PR**. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes. Publicação 01.08.2006; TJMG. **ARG: 10702096497335002**. Rel. Baía Borges. Publicação 21.03.2014.

⁶⁴⁵ “heuristic principles which reduce the complex tasks of assessing probabilities and predicting values to simpler judgmental operations. In general, these heuristics are quite useful, but sometimes they lead to severe and systematic errors.”. TVERSKY, Amos; SLOVIC, Paul; KAHNEMAN, Daniel. **Judgment under uncertainty: heuristic and biases**. New York: Cambridge University Press, 1982. p. 3-18.

⁶⁴⁶ THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 242.

⁶⁴⁷ THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 34-36.

⁶⁴⁸ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatísticas do Registro Civil 2017**. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. p. 4-6. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2017_v44_informativo.pdf. Acesso em: 12 out. 2019.

jurídica do instrumento [pacto antenupcial]”. E, por consequência, acaba por “perpetuar a ignorância quanto à sua eficácia e possíveis benefícios”.⁶⁴⁹

Segundo Richard H. THALER e Cass R. SUNSTEIN:

Como sugerimos, o otimismo irrealista atinge seu nível máximo no contexto do casamento. [...] quase 100% das pessoas acreditam que certamente, ou quase certamente, não vão se divorciar! [...] O resultado disso é que a maioria das pessoas fica vulnerável aos caprichos do acaso – e a um sistema jurídico que tem um grau surpreendente de incerteza.⁶⁵⁰

De mais a mais, as próprias pessoas têm ciência de que podem tomar decisões equivocadas. A título exemplificativo, em três estados dos Estados Unidos da América (Louisiana, Arizona e Arkansas) existe um instituto chamado *Covenant Marriage*, que constitui uma cláusula opcional, que pode ser inserida no momento do casamento, a qual cria barreiras adicionais para o término da relação, como longos períodos de espera, aconselhamento e poucas razões aceitáveis para o divórcio.

Segundo a doutrina o “*covenant marriage*” pode ser definido como:

Os “*covenant marriage*” são definidos por um conjunto de regras mais rígidas do que as dos casamentos “comuns”. Os casais que optarem por essa modalidade concordam em cumprir um conjunto de condições projetadas para dificultar o divórcio - como longos períodos de espera, aconselhamento e poucas razões aceitáveis para o divórcio. Nenhum direito ou benefício especial está incluído no arranjo, embora alguns casais possam ver o arranjo em si como um benefício (ou porque maior dificuldade de divórcio reduz os custos de negociação entre esposas, digamos, ou simplesmente porque quanto maior é desejado um compromisso por si). Notavelmente, a legislação de casamento da aliança não é uma reforma do leis de casamento existentes, mas sim a criação de uma nova opção para casais que existirão ao lado Casamento “padrão”⁶⁵¹

Assim, as pessoas, ao optarem pela adoção da cláusula *covenant marriage*, estão, em verdade, em um momento de sobriedade e sensatez, materializando e limitando seu poder de deliberação futura em relação à permanência do vínculo marital, para não sucumbir a paixões

⁶⁴⁹ FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. **Análise econômica do divórcio**: contributos da economia ao direito de família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 111.

⁶⁵⁰ THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 242.

⁶⁵¹ Tradução livre de “Covenant marriages are defined by a more rigid set of rules than “ordinary” marriages are. Specifically, couples forming covenant marriages agree to abide by a set of conditions designed to make divorce very difficult—such as long waiting periods, mandatory counselling, and few acceptable grounds for divorce. No special rights or benefits are included with the arrangement, although some couples may view the arrangement itself as a benefit (either because the greater difficulty of divorce reduces interspousal bargaining costs, say, or simply because the greater commitment is desired for its own sake). Notably, covenant marriage legislation is not a reform of the existing marriage laws, but rather the creation of a new option for couples that will exist alongside “standard” marriage”. DREWIANKA, Scott D. **Civil unions and covenant marriage**: the economics of reforming marital institutions. University of Wisconsin–Milwaukee, mar. 2003. p. 3. Disponível em: <http://www.uwm.edu/~sdrewian/MEApaper2003.pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

ocasionais ou fraquezas momentâneas. Isso porque, “o casamento oficial pode contribuir para um tipo de compromisso que beneficia tanto os casais quanto os filhos.”⁶⁵²

Isso demonstra, grosso modo, que os próprios indivíduos têm consciência que o livre exercício da autonomia da vontade pode ser prejudicial para si e para família.

Diante de ambas as questões levantadas – racionalidade limitada e heurísticas e vieses –, mostra-se adequada e necessária a restrição imposta por meio da legítima à livre disposição patrimonial do autor da herança via testamento. Advogar pelo pleno exercício da autonomia privada, sem considerar as falhas cognitivas e suas consequências nefastas, é conceber a liberdade como um fim em si mesmo, sem considerar a sua função primordial que é, de fato, promover o bem-estar do seu titular.

À luz do exposto, conclui-se que limitar a autonomia privada, por meio da legítima, pode evitar que os indivíduos adotem decisões equivocadas, como, por exemplo, via disposição de última vontade, preterir completamente um filho ou outro parente sucessível, que por toda vida o ofertou amparo afetivo, em detrimento de um novo cônjuge ou companheiro. Ou, então, em um momento de loucura ou insensatez, dispor seu patrimônio em favor de terceiros, deixando desamparados seus familiares, os quais contribuíram efetivamente para o desenvolvimento da sua personalidade e seu bem-estar.

Diante disso, constata-se que autonomia privada não pode ser encarada como um comando absoluto dentro do nosso ordenamento jurídico, ao menos por três motivos: (i) os indivíduos possuem “racionalidade limitada” e “vieses”, e, portanto, estão sujeitos a tomar decisões erradas ou equivocadas, que podem trazer consequências negativas não apenas para eles próprios, mas também para terceiros; (ii) a teoria do paternalismo libertário demonstra que em muitas situações o Estado ou terceiros têm melhores condições de decidir pelos sujeitos – nesse aspecto insere-se a legítima –; (iii) a constitucionalização do direito civil veio impor limites à autonomia privada em benefício de outros valores, de igual importância constitucional, que merecem igual proteção, como o dever de solidariedade. Logo, mostra-se perfeitamente possível e justificável impor limitações a autonomia privada.

3.1.2 Adequação da proposta ao princípio constitucional da função social da propriedade (art. 5º, inciso XXIII, da CF/88) e ao direito fundamental à herança (art. 5º, inciso XXX, da CF/1988)

“[...] cumpre aos legisladores regularem a sucessão do modo mais consentâneo com os interesses combinados da sociedade, da família e dos indivíduos [...]”

⁶⁵² THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 241.

O objetivo do presente subitem é demonstrar que a tese proposta se adequa ao princípio constitucional da função social da propriedade (art. 5º, inciso XXIII, da CF/88) e é perfeitamente compatível com direito fundamental à herança (art. 5º, inciso XXX, da CF/1988).

A doutrina da função social estabelece, em linhas gerais, que o direito de propriedade apenas se justifica quando a propriedade atende, simultaneamente, além dos interesses individuais do proprietário, os interesses da sociedade. Nesse sentido, Pietro Perlingieri leciona que a ordem jurídica “só reconhece a fruição de um bem (crédito, coisa etc.) se essa fruição realizar escopos sociais e for útil, ainda que indiretamente, à coletividade”.⁶⁵³

Assim sendo, todos os direitos de natureza patrimonial, como o contrato, a empresa e a propriedade, devem ser tutelados de modo que, ao mesmo tempo satisfaçam as necessidades individuais dos seus titulares e os escopos da sociedade, voltados ao bem comum.⁶⁵⁴

A doutrina da função social tem sua fase embrionária no estado francês. O Código Civil francês de 1804 ao regular a propriedade consolidou os princípios liberais da Revolução Francesa de 1789 – liberdade, igualdade e fraternidade –, atribuindo à propriedade um caráter absoluto, individual e abstrato. Contudo, tais características fizeram crescer as desigualdades, a pobreza e as condições ruins de classe operária urbana. Diante desse cenário, passou-se “a questionar o fundamento do direito em geral e da propriedade em especial, pondo em xeque o seu aspecto natural e assimilando a essa análise o seu aspecto histórico-social”, como, se observa, no Manifesto do Partido Comunista de Marx e Engels em 1848. E, com isso, começaram a surgir as teorias das limitações de direito privado e de direito público da propriedade.⁶⁵⁵

A partir de então, autores como Augusto Comte e Ihering começaram a sustentar as finalidades sociais às quais se destinavam a propriedade, o contrato e a família. Até que Léon Duguit, na obra *Les transformations générales du Droit Privé depuis le Code Napoléon*⁶⁵⁶, desenvolveu de forma mais radical e intensa, uma doutrina social sobre o Direito, passando a

⁶⁵³ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 671-672.

⁶⁵⁴ Sobre o tema ver: FRANK, Felipe. **A função em paralaxe: um diálogo entre liberalismo clássico, liberalismo igualitário, marxismo e teoria crítica na análise do conceito de função social da propriedade imobiliária**. 234 f. 2014. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

⁶⁵⁵ FRANK, Felipe. **A função em paralaxe: um diálogo entre liberalismo clássico, liberalismo igualitário, marxismo e teoria crítica na análise do conceito de função social da propriedade imobiliária**. 234 f. 2014. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. p. 20-22.

⁶⁵⁶ DUGUIT, Léon. **Les transformations générales du Droit Privé depuis le Code Napoléon**. Paris: Éditions la Mémoire du Droit, 2008.

ser considerado o precursor da ideia de função social da propriedade, um marco na doutrina do século XX.⁶⁵⁷

De acordo com Léon Duguit, a propriedade não é um direito subjetivo absoluto. Sua existência, isto é, seu fundamento, encontra-se na sua serventia ao bem-estar coletivo.⁶⁵⁸ Na realidade, observa-se uma mudança na abordagem acerca da concepção e dos fundamentos do direito, que passa de uma visão estruturalista, preocupada em saber “como o direito é feito” para uma visão funcional, ou seja, “para que o direito serve”.⁶⁵⁹

No Brasil, o Código Civil de 1916, influenciado pelo Código de Napoleão, consagrou as características da propriedade moderna oitocentista (absoluta, abstrata e individual).⁶⁶⁰ Contudo, por influência da Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, que impulsionam o surgimento do Estado Social ou Estado de Bem-Estar Social, somado aos debates promovidos por Léon Duguit, o Brasil passou paulatinamente a implementar ideias de tutela de direitos voltados ao bem-estar social. Na sequência, a Constituição de 1934 previu que “Art. 113, 17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar”. E, nessa mesma toada, foram as constitucionais posteriores.

A Constituição Federal de 1988 elevou o direito de propriedade e à função social à categoria de direitos fundamentais, previstos nos art. 5º, XXII e XXIII, que assim dispõem: (i) “Art. 5º, XXII – é garantido o direito de propriedade;”; (ii) “XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;”.

Seguindo a lógica adotada pela Constituição, o Código Civil de 2002, no seu art. 1.228, previu a função social da propriedade, nos seguintes termos:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.
 § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

⁶⁵⁷ PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Liberdade(s) e função**: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do direito civil brasileiro. 395 f. 2009. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. p. 182-183.

⁶⁵⁸ DUGUIT, Léon. **Les transformations générales du Droit Privé depuis le Code Napoléon**. Paris: Éditions la Mémoire du Droit, 2008. p. 147 e ss.

⁶⁵⁹ SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. *In*: SARLET, Ingo (org). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 154.

⁶⁶⁰ “(i) absoluta porque oponível em face de terceiros; (ii) abstrata porque representada, adquirida e transmitida por um título (independentemente de sua efetividade, de sua posse); e (iii) individual porque exercida de forma exclusiva e ilimitada por seu proprietário, independentemente do interesse de terceiros.”. FRANK, Felipe. **A função em paralaxe**: um diálogo entre liberalismo clássico, liberalismo igualitário, marxismo e teoria crítica na análise do conceito de função social da propriedade imobiliária. 234 f. 2014. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. p. 159.

Cabe observar que, não obstante o Código de 2002 tenha evoluído em relação ao de 1916 ao funcionalizar a propriedade, ainda assim não foi um avanço significativo, uma vez que previu um mero limite externo ao direito de propriedade, “vinculado muito mais à vedação de um exercício abusivo dos poderes do proprietário do que a uma alteração da clássica noção de propriedade”⁶⁶¹, voltada a promoção do interesse social.

A partir de um paradigma de constitucionalização do direito – cujo conteúdo já foi abordado no subitem anterior –, os institutos de direito civil, dentre eles a propriedade e a sua função social, passam a ser funcionalizadas em prol do cumprimento dos objetivos constitucionais. Com isso, a interpretação da ideia ou do significado da função social deve ser voltada ao atendimento dos mandamentos constitucionais. Nessa lógica, “é imprescindível que a função social atribuída à determinada situação jurídica seja a que melhor atenda e concretize os objetivos constitucionais.”⁶⁶²

Dentro desse contexto, todos os instituídos de direito civil ligados à propriedade, como o contrato, a empresa e a família (na sua dimensão patrimonial), “que foram estruturados sob uma lógica puramente patrimonial, devem se adequar à nova tábua de valores constitucionais.”⁶⁶³ O direito das sucessões não escapa dessa assertiva.

Nessa toada, Clóvis Beviláqua aponta, no tocante a “função social do direito hereditário” – antes mesmo da Constituição de 1988 –, que “cumpre aos legisladores regularem a sucessão do modo mais consentâneo com os interesses combinados da sociedade, da família e dos indivíduos [...]”⁶⁶⁴

Entretanto, a disciplina sucessória atual, na forma em que foi arquitetada e diante de todas as alterações sociais que levaram à perda da sua função – dissertadas no capítulo anterior –, deixou de atender, em boa medida, qualquer função social. Nesse sentido, Orlando Gomes afirma que “Quanto à propriedade, interroga-se mais incisivamente onde identificar sua função social – *ratio* de sua legitimidade [...] Resposta não se obtém porque a função social da propriedade é uma ideia estranha à sucessão hereditária como simples transmissão de bens, a que se reduz.”⁶⁶⁵

⁶⁶¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social da propriedade: em busca de uma contextualização entre a Constituição Federal e o novo Código Civil. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**. v. 10, 2004. p. 285.

⁶⁶² SANTOS Deborah Pereira Pinto dos; MENDES, Eduardo Heitor. Função, funcionalização e Função social. *In*: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos (coords.). **Direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Atlas, 2016. p. 103.

⁶⁶³ SANTOS Deborah Pereira Pinto dos; MENDES, Eduardo Heitor. Função, funcionalização e função social. *In*: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos (coords.). **Direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Atlas, 2016. p. 103.

⁶⁶⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1978. p. 16.

⁶⁶⁵ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Ebook.

Nessa mesma direção, Mauro Antonini argumenta que o direito das sucessões não tem uma função social, pois não há uma preocupação com a qualidade dos herdeiros e das suas reais necessidades. A sua única finalidade seria dar uma destinação ao patrimônio do *de cujos*, permitindo a continuidade das suas relações jurídicas, em benefícios de seus credores e prejuízo de seus devedores. Assim, disserta que “Essa função essencial do direito sucessório é, por assim dizer, neutra, pois não reflete preocupação em relação a quem serão os destinatários do patrimônio”.⁶⁶⁶ Portanto, a única finalidade da sucessão seria “garantir continuidade às suas relações jurídicas [do falecido]”.⁶⁶⁷

No tocante especificamente a legítima, no seu atual estado regulatório, Roxana Cardoso Brasileiro Borges e Renata Marques Lima Dantas entendem que não há qualquer funcionalização do instituto. Segundo as autoras, a legítima ao “limitar esse direito pela imposição do obrigatório repasse de metade da herança a herdeiros’ legitimários não revela nenhuma função social. Ao contrário, invade, em excesso, o núcleo do direito de propriedade.”.⁶⁶⁸

Em sentido contrário, Carlos Maximiliano afirma que a função social da sucessão legítima tem suas raízes na preocupação social com a unidade da família e na solidariedade que existe entre seus membros.⁶⁶⁹ Contudo a afirmação é de difícil aceitação quando se trata da sucessão de colaterais até o quarto grau⁶⁷⁰, cujo falecido muitas vezes sequer os conhecia ou tinha qualquer vínculo de solidariedade. Logo, suas razões não parecem prosperar. Ao menos não completamente.

De igual modo, Marcelo Truzzi Otero assevera que o direito sucessório desempenha um papel social ao não permitir que o cônjuge sobrevivente fique desamparado. Para o autor, o art. 1.829, I, do Código Civil, atribui uma tutela protetiva ao cônjuge sobrevivente, na medida em que sua participação sucessória ocorre somente em relação aos bens particulares do falecido. Assim, “essa parcela do patrimônio particular do falecido atuaria como garantia de um mínimo existencial do cônjuge sobrevivente.”.⁶⁷¹ O argumento, porém, carece de

⁶⁶⁶ ANTONINI, Mauro. **Sucessão necessária**. 222p. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 27.

⁶⁶⁷ ANTONINI, Mauro. **Sucessão necessária**. 222p. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 27.

⁶⁶⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 11, p. 73-91, jan./mar. 2017. p. 87.

⁶⁶⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. p. 132.

⁶⁷⁰ Art. 1.839. Se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau.

⁶⁷¹ OTERO, Marcelo Truzzi. Os artigos 1.829, I, e 1.830 do código civil a partir da legalidade constitucional: uma perspectiva funcionalizada do direito sucessório. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA – Famílias: Pluralidade e Felicidade, 9., 2014, Belo Horizonte. **Anais [...]** Belo Horizonte: IBDFAM, 2014. v. 1. p. 61-76. p. 66.

credibilidade quando se pensa, por exemplo, na sucessão do cônjuge casado com mais de 70 anos, cuja lei impõe o regime de separação obrigatória de bens⁶⁷² e veda sua participação sucessória na hipótese de existência de descendentes.⁶⁷³ Da mesma forma, quando se observa a alteração do panorama social a partir da emancipação da mulher e seu ingresso no mercado de trabalho, como restou relatado no capítulo anterior.

Diante desse contexto, mostra-se pertinente repensar o direito sucessório a partir da sua função social e de uma leitura constitucionalizada.

Alguns autores, como Ana Luiza Maia Nevares⁶⁷⁴, Roxana Cardoso Brasileiro Borges e Renata Marques Lima Dantas⁶⁷⁵ e Jânio Urbano Marinho Júnior⁶⁷⁶, defendem que o direito sucessório e a legítima devem ser voltados à satisfação das necessidades reais dos herdeiros que se encontram vulneráveis economicamente. Nesse caso, ao proteger somente os herdeiros desamparados (v.g. idosos, incapazes, cônjuges e companheiros que dependiam do autor da herança), o direito das sucessões atenderia uma função social, na medida que desoneraria o estado de promover tal amparo.

Tal perspectiva já é adotada pelos sistemas que possuem maior liberdade de testar. Na Inglaterra, por exemplo, qualquer pessoa que tenha sido dependente imediata do autor da herança antes da sua morte (cônjuge, parceiro civil, filhos, filhos socioafetivos etc.) pode requerer ao Poder Judiciário a fixação de uma “provisão” de valores para sua subsistência.⁶⁷⁷

⁶⁷² Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: [...] II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;

⁶⁷³ 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; [...]

⁶⁷⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 11, p. 73-91, jan./mar. 2017. p. 87.

⁶⁷⁵ NEVARES, Ana Luiza Maia. A proteção da família no Direito Sucessório: necessidade de revisão? **Jornal Carta Forense**, dez. 2014. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-protecao-da-familia-no-direito-sucessorjonecessidade-de-revisao/14753>. Acesso em: 20 out. 2019.

⁶⁷⁶ MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. **A função social da legítima no direito brasileiro**. 219f. 2018. Dissertação (Mestrado) – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP), São Paulo, 2018. p. 162-165.

⁶⁷⁷ Assim prevê o Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975 “1 Application for financial provision from deceased’s estate. (1)Where after the commencement of this Act a person dies domiciled in England and Wales and is survived by any of the following persons:— (a)the spouse or civil partner of the deceased; (b)a former spouse or former civil partner of the deceased, but not one who has formed a subsequent marriage or civil partnership; (ba)any person (not being a person included in paragraph (a) or (b) above) to whom subsection (1A) [or (1B)] below applies; (c) a child of the deceased; (d) any person (not being a child of the deceased) who in relation to any marriage or civil partnership to which the deceased was at any time a party, or otherwise in relation to any family in which the deceased at any time stood in the role of a parent, was treated by the deceased as a child of the family; (e) any person (not being a person included in the foregoing paragraphs of this subsection) who immediately before the death of the deceased was being maintained, either wholly or partly, by the deceased; that person may apply to the court for an order under section 2 of this Act on the ground that the disposition of the deceased’s estate effected by his will or the law relating to intestacy, or the combination of his will and that law, is not such as to make reasonable financial provision for the applicant.”. UK. **Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975**. UK Public General Acts, nov. 1975. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/63> Acesso em: 23 out. 2019.

Portanto, a atribuição de uma parcela do patrimônio do falecido é contingente, vale dizer, depende de apreciação judicial e varia em função das necessidades concretas do herdeiro dependente do falecido.

Nesse mesmo sentido prevê o Código Civil mexicano. O art. 1.368, que regula o direito à alimentos dos herdeiros, prevê o dever do testador deixar alimentos aos filhos menores de 18 anos, aos descendentes impossibilitados de trabalhar, qualquer que seja sua idade, ao cônjuge impedido de trabalhar, aos ascendentes, ao companheiro com quem manteve união estável por 5 anos ou tinha um filho comum e aos irmãos ou parentes de até 4ª grau, incapacitados ou com menos de 18 anos que não possuem bens para sobreviver.⁶⁷⁸

Diante das questões apresentadas, a tese revela alinhar o direito das sucessões ao atendimento de uma função social e a uma perspectiva constitucionalizada.

Isso porque a sucessão legítima e a legítima, ao estimularem a solidariedade, o cuidado, a entreatajuda, a convivência etc. – atos que compõem o comportamento afetivo –, levariam a diminuição do número de sujeitos vítimas de abandono e deixados a margem de cuidados pelo Estado e pela sociedade civil organizada, permitindo o pleno desenvolvimento existencial dessas pessoas e poupando os cofres públicos, trazendo, com isso, benefícios para toda sociedade, cumprindo, portanto, uma função social.

Nessa linha de raciocínio, pode-se citar, a título exemplificativo, a Lei n. 22/2000 – “Lei de Acolhimento de Pessoas mais Velhas” (vigente de 12/04/2001 a 31/12/2017) – e o art. 451-17 do Código Civil da Catalunha – Lei 25/2010 –, ambos da região da Catalunha, Espanha, que criaram mecanismos jurídicos, no campo dos direitos sucessórios, para fazer frente às crescentes situações de abandono familiar, capacitando a sucessão *mortis causa* a exercer uma relevantíssima função social. A *intentio legis* da Lei n. 22/2000 foi incentivar o acolhimento, especialmente de idosos, por terceiros – parentes distantes na linha colateral ou pessoas estranhas à família – por meio da outorga, dentre outros benefícios financeiros, de um quarto da herança da pessoa acolhida. Já art. 451-17 do Código Civil da Catalunha tem

⁶⁷⁸ “Artículo 1368.- El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes: I. A los descendientes menores de 18 años respecto de los cuales tenga obligación legal de proporcionar alimentos al momento de la muerte; II. A los descendientes que estén imposibilitados de trabajar, cualquiera que sea su edad; cuando exista la obligación a que se refiere la fracción anterior; III. Al cónyuge supérstite cuando esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Salvo otra disposición expresa del testador, este derecho subsistirá en tanto no contraiga matrimonio y viva honestamente; IV. A los ascendientes; V. A la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los 5 años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres del matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fueran su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos; VI. A los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si están incapacitados o mientras que no cumplan dieciocho años, si no tienen bienes para subvenir a sus necesidades. MEXICO. **Código Civil Federal**. Disponível em: <https://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-civil-federal/libro-tercero/titulo-segundo/capitulo-v/>. Acesso em: 23 out. 2019.

como meta desestimular o abandono por parte dos filhos e outros parentes mais próximos, prevendo a hipótese de deserdação por ausência de convivência familiar.

Segundo a Lei n. 22/2000, diante do “envelhecimento progressivo da população como consequência do prolongamento da vida e da redução da taxa de natalidade [...]”, mostra-se bem-vinda uma regulamentação legal protecionista que pode contribuir para o bem-estar geral da população, resolvendo as dificuldades econômicas e sociais e evitando que os idosos ingressem em instituições geriátricas.⁶⁷⁹

Ainda, de acordo com a Lei n. 11/2001, também da região da Catalunha, Espanha, o acolhimento familiar, em especial do idoso, permite “alcançar um maior nível de bem-estar dos idosos que necessitam desse serviço, mantendo-os em ambiente familiar e social [...]”. Para, com isso, evitar “internações em instituições geriátricas quando esta não é a solução certa ou o que eles desejam, evitando que sejam afastados de um núcleo de convivência ou fiquem sozinhos.”⁶⁸⁰

Posteriormente, em 2017, a Lei n. 22/2000 foi revogada pela Lei n. 3/2017 e o acolhimento familiar passou a ser regulado no Código Civil da Catalunha, no capítulo relativo as obrigações e contratos. A nova disciplina, prevista no art. 240-7, substituiu o direito do acolhedor à uma parcela da herança do acolhido pelo direito a uma pensão periódica em caso de morte, arcada pelos bens do espólio, pelo período de até três anos, ao sujeito acolhedor, desde que existisse uma relação de dependência econômica com a pessoa acolhida.⁶⁸¹

A tese também se coaduna com a proteção dos vulneráveis econômicos como forma de alinhar a sucessão legítima e a legítima à ideia de função social, na perspectiva defendida

⁶⁷⁹ Tradução livre do preâmbulo: “En la situación actual, de envejecimiento progresivo de la población como consecuencia de la prolongación de la vida y la reducción de la natalidad, una regulación legal de signo proteccionista que estructure dicho tipo de convivencia, puede solucionar el bienestar general de las personas mayores que se acojan a ella, resolverles las dificultades económicas y sociales y ser una opción más al ingreso de las mismas en instituciones geriátricas.”. ESPANHA. **Ley n. 22/2000**, de 29 de diciembre, de Acogida de Personas Mayores. Disponível em: https://portaljuridic.gencat.cat/ca/pjur_ocults/pjur_resultats_fitxa/?action=fitxa&documentId=247925&language=ca_ES&textWords=22%2F2000&mode=single. Acesso em: 16 jan. 2018.

⁶⁸⁰ Tradução livre do preâmbulo: “Aquesta Llei té per objecte regular l’acolliment familiar de les persones grans com a servei social, amb la finalitat d’aconseguir un grau de benestar més alt per a les persones grans que necessiten aquest servei, tot mantenint-les en un ambient familiar i social, i evitant-los l’internament en institucions geriàtriques quan aquest no sigui la solució adequada ni la que elles desitgen i impeding que quedin desarelades del nucli de convivència i soles.”. ESPANHA. **Ley 11/2001**, de 13 de julio, de Acogida Familiar para Personas Mayores. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2001-16692>. Acesso em: 16 jan. 2018.

⁶⁸¹ Assim prevê: “Article 240-7. Pensió periòdica en cas de defunció. 1. En cas d’extinció de la convivència per defunció d’un dels convivents, el convivent o els convivents que sobrevisquin, que eren mantinguts totalment o parcialment pel premort durant l’any previ a la defunció i que no tinguin mitjans econòmics suficients per a mantenir-se, tenen dret a una pensió alimentària, a càrrec dels hereus d’aquell, per un període màxim de tres anys.”. ESPANHA. **Ley n. 25/2010**, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família. Disponível em: https://portaljuridic.gencat.cat/ca/pjur_ocults/pjur_resultats_fitxa/?action=fitxa&documentId=544979&language=ca_ES&textWords=25%2F2010&mode=single. Acesso em: 16 jan. 2018.

por Ana Luiza Maia Nevares⁶⁸², Roxana Cardoso Brasileiro Borges e Renata Marques Lima Dantas⁶⁸³ e Jânio Urbano Marinho Júnior⁶⁸⁴. Conforme será visto nos três últimos subitens a seguir, propõe-se que a tese sustentada – condicionar a sucessão *causa mortis* a existência de comportamento afetivo entre sucessor e sucedido – não se aplique a eventuais vulneráveis econômicos, tais como filhos menores, filhos incapazes e idosos que possuam vinculação familiar, consanguínea, civil ou afetiva, com o autor da herança. A tese, nesse ponto, alinha-se a proposta de Marcos Catalan, segundo qual “qualquer proposta visando rever as regras que orientam a transmissão *causa mortis* [...] deve necessariamente observar algumas premissas, dentre elas o respeito ao patrimônio mínimo.”⁶⁸⁵ Tal premissa estabelece que, deve ser respeitado ou garantido à pessoa um patrimônio mínimo, como medida de concretização de suas necessidades fundamentais, conforme clássico ensinamento de Luiz Edson Fachin.⁶⁸⁶

Diante do exposto, pode-se concluir que a tese proposta funcionaliza o direito das sucessões, na medida em que a norma sucessória deixa de ter como escopo a simples transferência do conjunto de relações jurídicas deixadas pelo falecido, passando a ter como enfoque o bem-estar do sucedido, por meio do estímulo a sua convivência familiar e social, e da coletividade, via contenção de gastos públicos com assistência social, e, com isso, atende ao comando constitucional do art. 5º, inciso XXIII, da CF/88.

Em segundo lugar, a tese é compatível com o direito fundamental à herança assegurado constitucionalmente (art. 5º, inc. XXX, da CF/1988).

A CF/1988, no seu título II, denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, junto ao art. 5º, inciso XXX, previu que “é garantido o direito de herança”. Isso significa, em linhas gerais, que a herança foi alçada à condição de direito fundamental, sendo, portanto, cláusula pétrea⁶⁸⁷ em nosso ordenamento jurídico.

A partir dessa perspectiva, poder-se-ia arguir que a tese violaria, ao possibilitar a exclusão dos herdeiros necessários e inclusão de um terceiro nessa condição, o direito fundamental à herança. A objeção, contudo, não prospera.

⁶⁸² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. **Revista Brasileira de Direito Civil** – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 11, p. 73-91, jan./mar. 2017. p. 87.

⁶⁸³ NEVARES, Ana Luiza Maia. A proteção da família no Direito Sucessório: necessidade de revisão? **Jornal Carta Forense**, dez. 2014. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-protecao-da-familia-no-direito-sucessorionecessidade-de-revisao/14753>. Acesso em: 20 out. 2019.

⁶⁸⁴ MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. **A função social da legítima no direito brasileiro**. 219f. 2018. Dissertação (Mestrado) – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP), São Paulo, 2018. p. 162-165.

⁶⁸⁵ CATALAN, M. Direito das sucessões: por que e para quem? Reflexões a partir da realidade brasileira. **RTDC**, v. 11, n. 44, p. 135-147, out./dez. 2010. p. 142.

⁶⁸⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2001.

⁶⁸⁷ As Cláusulas pétreas são artigos do texto constitucional que não podem ser removidos ou alterados pelo poder constituinte derivado.

Embora o legislador tenha criado essa barreira de contenção legislativa em face da herança, impondo o seu respeito por parte de todos⁶⁸⁸, “isso não significa dizer que tão somente a ocorrência do óbito de uma pessoa garante aos seus herdeiros o direito de receber os bens”.⁶⁸⁹ Assim, por exemplo, ainda que o *de cuius* tenha deixado bens, somente haverá partilhar se, após pagas suas dívidas e as despesas com o seu funeral, sobrar alguma quantia. Portanto, embora seja um direito fundamental, não há garantia que os herdeiros irão receber efetivamente o patrimônio.⁶⁹⁰

O debate acerca da tese violar ou não o direito fundamental à herança passa pela diferenciação jurídica entre “garantia institucional” e “direito subjetivo”. Segundo Ángel M Lopez y Lopez, em artigo monográfico sobre o tema “La garantía institucional de la herencia”, as “garantias institucionais” são abstrações das normas constitucionais que “reconhecem uma instituição, porém não estabelecem diretamente o seu conteúdo”⁶⁹¹, ao passo que os “direitos subjetivos” constituem a sua regulamentação concreta, o conteúdo preenchido, ou seja, a norma. Vale dizer, as garantias institucionais são abstratas e gerais e os direitos subjetivos são concretos.⁶⁹²

Ainda para Lopez y Lopez, “no es posible delimitar previamente cuál es el contenido de la garantía institucional; lo único que se puede hacer es señalar los caminos o vías por los que, en caso de ‘reconocimiento’ constitucional, se alcance la tal delimitación”.⁶⁹³

Nesse mesmo sentido, veja-se a sentença do Tribunal Constitucional Espanhol, segundo o qual as garantias institucionais são componentes essenciais da constituição, cuja configuração concreta se define pelo legislador ordinário:

El orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indispensable por el legislador. Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se defiende al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el del reducto indispensable o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza. Por definición, en consecuencia, la

⁶⁸⁸ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito civil: sucessões**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 41.

⁶⁸⁹ ROSA, Conrado Paulino da; RODRIGUES, Marco Antonio. **Inventário e partilha – teoria e prática**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 22.

⁶⁹⁰ ROSA, Conrado Paulino da; RODRIGUES, Marco Antonio. **Inventário e partilha – teoria e prática**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 22.

⁶⁹¹ “que al ‘reconocer’ una institución no establecen directamente su contenido”. LOPEZ Y LOPEZ, Ángel M. La garantía institucional de la herencia. **Derecho privado y constitución**, n. 3. p. 29-62, mayo/ago. 1994. p. 45.

⁶⁹² LOPEZ Y LOPEZ, Ángel M. La garantía institucional de la herencia. **Derecho privado y constitución**, n. 3. p. 29-62, mayo/ago. 1994. p. 43-48.

⁶⁹³ LOPEZ Y LOPEZ, Ángel M. La garantía institucional de la herencia. **Derecho privado y constitución**, n. 3. p. 29-62, mayo/ago. 1994. p. 46.

garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar.⁶⁹⁴

Por meio de uma analogia, poder-se-ia pensar no direito fundamental à propriedade (art. 5º, caput, da CF/1988). Enquanto “garantia institucional”, o direito de propriedade jamais poderia ser abolido do ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, seu conteúdo, enquanto direito subjetivo, pode ser moldado das mais variadas formas pelo legislador ordinário. Assim, por exemplo, a propriedade pode, até mesmo, ser ceifada do seu titular via usucapião (art. 1.238, e ss. e art. 1.260 e ss. do CC/02), na hipótese de terceiro, não titular, ter dado uma destinação útil ao bem, ou via desapropriação (Decreto-Lei n. 3.365/1941 – Lei das Desapropriações), nos casos delimitados em lei. A propriedade também pode sofrer as mais variadas restrições, como a ocupação temporária pelo poder público (art. 52, inc. XXV, da CF/88) ou o tombamento (art. 12 do Decreto-Lei n. 25/1937).

Nessa ordem de ideias, pode-se dizer que o direito fundamental à herança garante a preservação do instituto da sucessão *causa mortis*, o qual não poderia ser extirpado do ordenamento jurídico brasileiro, porém não delimita um conteúdo concreto ou uma forma de organização predeterminada.⁶⁹⁵ Ou seja, o direito fundamental à herança não garante qualquer regime ou regra sucessória específica ou predeterminada.⁶⁹⁶

Com essa perspectiva, Roxana Cardoso Brasileiro Borges e Renata Marques Lima Dantas asseveram que “Esta norma [art. 5º, XXX, da CF/88] resguarda o direito das pessoas em face do poder público, não se permitindo sua extinção, como já ocorreu, ainda que por curto período, em alguns países socialistas.”⁶⁹⁷

Ainda, deve ser observado que, enquanto garantia institucional, o direito fundamental à herança assegura um núcleo básico indisponível, de modo que o legislador não pode alterar o instituto a ponto de desfigurar a herança como instituição. Não pode, por exemplo, ao regular a disciplina, estabelecer que 99% dos bens serão transferidos ao Estado a título de impostos e apenas 1% caberá aos herdeiros a título de herança.

⁶⁹⁴ MADRID. **STC 32/1981**, de 28.07.1981. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/Show/32>. Acesso em: 24 out. 2019.

⁶⁹⁵ Nesse sentido, sentença do Tribunal Constitucional Espanhol: MADRID. **STC 32/1981**, de 28.07.1981. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/Show/32>. Acesso em: 24 out. 2019.

⁶⁹⁶ LOPEZ Y LOPEZ, Ángel M. La garantía institucional de la herencia. **Derecho privado y constitución**, n. 3. p. 29-62, mayo/ago. 1994. p. 43-62.

⁶⁹⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 11, p. 73-91, jan./mar. 2017. p. 74.

Sobre a questão, cabe invocar novamente sentença do Tribunal Constitucional Espanhol, a qual asseverou que a matéria não pode ser regulada a ponto de desconfigurar o instituto:

Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada, de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre. Tales son los límites para su determinación por las normas que la regulan y por la aplicación que se haga de éstas. En definitiva, la única interdicción claramente discernible es la de la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace.⁶⁹⁸

Diante do exposto, conclui-se que o direito fundamental à herança assegura que a sucessão *causa mortis* não pode ser abolida ou regulamentada a ponto de desnaturar o instituto, porém não garante, a priori, uma forma de regulamentação específica ou predeterminada. Nesse sentido, Anderson Schreiber afirma que “o dispositivo [art. 5º, inc. XXX, da CF/1988] torna inconstitucional qualquer proposta de supressão do direito das sucessões como um todo”.⁶⁹⁹ Entretanto, não significa que a disciplina deve permanecer inalterada ao longo dos anos. Muito pelo contrário, “o direito hereditário tem sofrido constantes modificações, seja em virtude da revisão crítica de seus institutos, seja em decorrência das inovações tecnológicas e médicas [...] que pode gerar descendentes muito tempo após a abertura da sucessão [...]”.⁷⁰⁰

Nessa perspectiva, facilmente pode ser constatado que a tese sustentada, que altera substancialmente a sucessão legítima e a legítima, não viola o direito fundamental à herança. A alteração está alinhada ao texto constitucional na medida em que mantém, íntegro, o intuito da sucessão *causa mortis*. Muito embora a proposta possa alterar substancialmente a disciplina sucessória, resta mantido o núcleo essencial do instituto, composto por uma dupla garantia: (i) o direito de herdeiros serem chamados a suceder, na forma da lei; (ii) a possibilidade do autor da herança dispor, como bem entender, de 50% dos seus bens (na hipótese de existência de herdeiros necessários) ou de 100% dos seus bens (diante da ausência de herdeiros necessários) para depois de sua morte – na forma atualmente regulamentada junto a sucessão testamentária.

3.1.3 O comportamento gerador de direitos sucessório: perfil, conteúdo e natureza jurídica (fato jurídico)

⁶⁹⁸ MADRID. **STC 32/1981**, de 28.07.1981. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/Show/32>. Acesso em: 24 out. 2019.

⁶⁹⁹ SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 935.

⁷⁰⁰ SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 935.

“Amar é faculdade, cuidar é dever.”
Nancy Andrighi

No presente subitem será realizada a construção teórica do denominado “comportamento afetivo”, termo utilizado ao longo da presente pesquisa e que, na linha defendida pela tese, seria o novo elemento jurídico para delimitar os sujeitos que configurariam na condição de herdeiros necessários ou facultativos na sucessão *causa mortis*. Para tanto, será apresentado o: (i) perfil – a definição jurídica do comportamento afetivo –; (ii) conteúdo – elementos que integram o comportamento afetivo; e (iii) a natureza jurídica – a classificação jurídica a ser atribuída ao comportamento afetivo.

O (i) perfil diz respeito ao sentido ou significado a ser atribuído ao comportamento afetivo no plano jurídico. Isso porque, o afeto é um termo que adquire diferentes roupagens de acordo com a ciência que o define.

O termo afeto vem do latim *affectus*, que significa tocar, comover o espírito, unir, fixar ou mesmo adoecer. De acordo com o dicionário Michaelis, o afeto constitui um “sentimento de afeição ou inclinação por alguém; amizade, paixão, simpatia” ou “ligação carinhosa em relação a alguém ou a algo; querença.”. E, ainda, “expressão de sentimento ou emoção como, por exemplo, amizade, amor, ódio, paixão etc.”.⁷⁰¹ Já para psicanálise, o termo vem designar a quantidade de energia pulsional e diz respeito a qualquer estado afetivo, agradável ou desagradável. Por sua vez, de acordo com a filosofia, o afeto está ligado aos sentimentos, às emoções, aos estados de alma e, sobretudo, ao amor.⁷⁰²

Denota-se que, embora apresentem sutis diferenciações, todas as definições de afeto vêm permeadas de certa carga de subjetividade. Ou seja, o afeto é apresentado, comumente, como um sentimento ou um elemento psicológico. Contudo, no plano jurídico, o termo ganha uma conotação completamente divorciada de qualquer aspecto anímico.

O afeto, no campo jurídico, nada tem a ver com amor, carinho ou qualquer outro vínculo de natureza sentimental – tais sentimentos mostram completamente irrelevantes ao direito. Para fins jurídicos, o termo ganha uma conotação de natureza objetiva, que leva em conta ações concretas praticadas na vida relacional.⁷⁰³

Na seara jurídica o afeto está associado a deveres decorrentes da lei, como os deveres de criação, educação, companhia (art. 22, da Lei n. 8069/90 – Estatuto da Criança e do

⁷⁰¹ AFETO. In: **Dicionário Michaelis** [on-line], out. 2018. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=Ywvd>. Acesso em: 24 out. 2017.

⁷⁰² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões**: ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 69.

⁷⁰³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões**: ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 70.

Adolescente), convivência (art. 3º, da Lei n. 10.741/03 – Estatuto do Idoso), vida em comum, mútua assistência – material, moral e psicológica –, respeito e consideração mútuos (art. 1.566, do CC/02), entre outros.

Portanto, o afeto não é apreendido pelo direito em seu sentido anímico de aspecto subjetivo, o qual não pode ser capturado diretamente pelo direito e é incoercível, mas sim o afeto objetivo, consubstanciado em ações concretas, que decorrem de imposições legais, prescritas na constituição e nas leis infraconstitucional. Portanto, o que o direito tutela é a “percepção do afeto”, não o afeto em si.

Nessa esteira, Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues pontuam que “não podemos falar em direito ou dever de afeto. Mas devemos valorizar as manifestações exteriores – condutas e comportamentos – que traduzam a existência do afeto em determinadas relações.”.⁷⁰⁴

Assim sendo, resumidamente, pode-se dizer que o afeto tem dois significados: (i) o primeiro, de natureza subjetiva, correspondente a vida sentimental, que se mostra irrelevante para o direito; (ii) o segundo, de caráter objetivo, que corresponderia a percepção de zelo e cuidado na vida racional, associado a deveres decorrentes da lei, os quais são relevantes e surtem efeitos na seara jurídica diante da sua ausência ou presença.⁷⁰⁵

Para diferenciar o afeto em seu aspecto subjetivo e objetivo, a doutrina passou a designar esse conjunto de comportamentos, apreensíveis pelo direito, de afetividade. Assim foram criadas as seguintes designações: (i) o “afeto [é o] sentimento anímico de aspecto subjetivo (inapreensível de forma direta pelo Direito).”; (ii) a “afetividade [é a] atividade exteriorizadora de afeto; conjunto de atos concretos representativos de um dado sentimento afetivo por outrem (esses atos concretos são captáveis pelo Direito, pelos seus meios usuais de prova).”.⁷⁰⁶

Nessa ordem de ideias, é possível afirmar que, para o direito, pouco importa que um pai ame seu filho ou que os filhos amem seus pais na velhice. Contudo, é relevante que eles cumpram, reciprocamente, as ações, que revelam cuidado, decorrentes de deveres próprios das relações familiares, impostos pela lei, denominados de “afetividade”.

Nesse sentido, Paulo Lôbo assevera que “A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações”. E, arremata que “a afetividade é dever imposto

⁷⁰⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A multiparentalidade como nova estrutura de parentesco na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 4, p. 10-39, abr./jun. 2015. p. 19.

⁷⁰⁵ TEPEDINO, Gustavo. Dilemas do afeto. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família – Famílias nossas de cada dia, 10., 2016, Belo Horizonte. *Anais [...]*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 15.

⁷⁰⁶ CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da afetividade no direito de família*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 151.

aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles.”.⁷⁰⁷

Nessa mesma linha de pensamento, Ricardo Calderón aponta que “não importa o sentimento que a pessoa internamente possua, mas sim os atos que demonstra em determinada situação subjetiva.”. Assim, “não interessa se a pessoa efetivamente nutre afeto ou não, eis que esta é uma questão totalmente estranha ao Direito, interessa apenas a averiguação de atos e fatos que sejam significativos no sentido de externar isso”.⁷⁰⁸

No celebre julgado do Superior Tribunal de Justiça que, pela primeira vez, reconheceu a procedência de um pedido de indenização por abandono afetivo, a Ministra Nancy Andrighi expôs frase que ecoou por todos os meios sociais e jurídicos e que resume, perfeitamente, o perfil do comportamento afetivo: “amar é faculdade, cuidar é dever”.⁷⁰⁹

Chegado nesse ponto, cabe observar que a tese não exige ou impõe, sob qualquer ângulo, que as pessoas nutram sentimentos umas pelas outras. Como assevera Gustavo Tepedino “não se pode, evidentemente, exigir o amor”.⁷¹⁰ O que a tese busca é estimular, seja entre aqueles que já possuem vínculo familiar – consanguíneo, civil ou marital –, seja entre aqueles que não possuem um vínculo específico, a terem um comportamento afetivo entre si, ou seja, ações concretas que denotem zelo e cuidado na relacional – ainda que, internamente, esteja ausente o amor.

Diante da tese proposta, poder-se-á surgir a seguinte oposição: não pode o direito, de qualquer forma, ainda que indiretamente, exigir que as pessoas tenham uma relação afetiva entre si. Ou seja, que mantenham tratamento “afetuoso”, diante da ausência de afeto, no sentido anímico ou psicológico, entre as pessoas. Ocorre que, o direito, não só pode, como já o faz, em diversas situações jurídicas.

Assim, por exemplo, a ausência de amor entre pais e os filhos, não elide, ou sequer reduz, os direitos e deveres que possuem reciprocamente entre si, seja dos pais em relação aos filhos, que possuem a obrigação legal de “assistir, criar e educar os filhos menores”, seja dos filhos em relação aos pais, que “têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” (art. 229, da CF/88).

Portanto, a tese não obriga ou sequer precifica o “amor” ou o “afeto”. Apenas captura seus comportamentos representativos, compensando, via herança, aqueles que

⁷⁰⁷ LÔBO, Paulo. Novas perspectivas da constitucionalização do direito civil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3754, 11 out. 2013. ISSN 1518-4862. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25361>. Acesso em: 24 out. 2019.

⁷⁰⁸ CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 136.

⁷⁰⁹ STJ. **REsp 1.159.242/SP**. 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.04.2012, DJe 10.05.2012.

⁷¹⁰ TEPEDINO, Gustavo. Dilemas do afeto. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família – Famílias nossas de cada dia, 10., 2016, Belo Horizonte. **Anais** [...]. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 15.

voluntariamente, sem que exista o dever legal, marcam a convivência familiar com pessoas estranhas à sua família consanguínea, civil ou material, ou, ainda, em relação aqueles que já possuem o vínculo de parentesco, para que cumpram seus deveres jurídicos próprios das relações familiares.

Ainda, cabe observar que a incorporação de um termo, com alta carga de subjetividade, pelo direito, não constitui, por si só, um óbice à sua aplicação no campo jurídico. O direito, a partir do momento em que lhe confere uma definição jurídica que lhe concede a objetividade necessária, o torna perfeitamente aplicável no universo real. Assim já faz o ordenamento jurídico, por exemplo, ao tutelar e atribuir valor legal a institutos com alta carga subjetiva, como a dignidade da pessoa humana, boa-fé, solidariedade, entre outros.

Cabe pontuar que, nem mesmo o fato de um termo com origem em regras morais, como a boa-fé, ou em reflexões de natureza filosófica, como a dignidade da pessoa humana, torna-se um impeditivo para o seu uso no campo jurídico. Dessa forma, Teresa Ancona Lopez afirma que “o princípio da boa-fé, apesar de ter como fundamento regra moral, se impõe indubitavelmente como regra jurídica fundamental no direito contemporâneo”.⁷¹¹

Ademais disso, pertinente observar que a afetividade, como valor jurídico de natureza objetiva, já é amplamente incorporada pela legislação, doutrina e jurisprudência brasileira. Isso pode ser evidenciado, por exemplo, na Lei Maria da Penha (2006)⁷¹², na Lei da Guarda Compartilhada (2008 e 2014)⁷¹³, na nova Lei da Adoção (2009)⁷¹⁴ e na Lei da Alienação Parental (2010).⁷¹⁵

A Lei Maria da Penha (Lei Federal n. 11.340/2006) estabelece que seu âmbito de aplicação, para além das relações de família, alcança qualquer relação íntima de afeto. Assim dispõe:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: [...]
III – em qualquer relação íntima de **afeto**, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

A primeira Lei da Guarda Compartilhada (Lei Federal n. 11.698/2008) – a qual posteriormente foi alterada pela Lei n. 13.058/2014 (que estabeleceu a preferência pelo regime da guarda compartilhada) –, alterou dois dispositivos do Código Civil que tratavam da

⁷¹¹ LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). **Contratos empresariais**: fundamentos e princípios dos contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 41.

⁷¹² BRASIL, Lei Federal n. 11.340/2006. Art. 5º, III.

⁷¹³ BRASIL, Lei Federal n. 11.698/2008. Art. 1.583, §2º; BRASIL, Lei Federal n. 13.058/2014. Art. 1.584, §5º.

⁷¹⁴ BRASIL, Lei Federal n. 12.010/2009. Art. 25, parágrafo único; Art. 28, § 3º.

⁷¹⁵ BRASIL, Lei Federal n. 12.318/2010. Art. 3º.

guarda (arts. 1.583 e 1.584), os quais passaram a fazer remissão expressa ao afeto, nos seguintes termos:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. [...]

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:
I – **afeto** nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: [...]

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e **afetividade**.

A Lei da Alienação Parental (Lei n. 12.318/2010) previu que os atos de alienação parental são aqueles que, entre outros, prejudicam a realização do afeto nas relações da criança ou do adolescente com o genitor ou com o grupo familiar. Portanto, para perquirir acerca da ocorrência ou não da prática de alienação, deve-se inferir, objetivamente, se os atos praticados pelo alienador podem “prejudicar a realização de afeto”, o que, por certo, demanda análise de alimentos objetivos, não subjetivos. Senão vejamos:

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de **afeto** nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

A Lei da Adoção (Lei Federal n. 12.010/2009) apresentou em seu texto duas passagens com expressa menção a afetividade, a primeira para conceituar a família extensa e a segunda para ser critério a ser seguido pelo julgador no momento de definir a família substituta a qual deve destinar o adotando. Assim preveem os dispositivos:

Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou o adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e **afetividade**.

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei. [...]

§ 3º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de **afetividade**, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida.

O uso jurídico da afetividade, como valor jurídico, também já é realizado pela jurisprudência, como se observa, por exemplo, nos casos de condenação por abandono

afetivo⁷¹⁶ e na recente hipótese de reconhecimento da multiparentalidade (pai biológico e pai afetivo).⁷¹⁷

No primeiro caso – abandono afetivo –, o Superior Tribunal de Justiça, pela primeira vez na sua história, fixou indenização em uma hipótese de abandono afetivo, conforme ementa a seguir:

Civil e Processual Civil. Família. Abandono afetivo. Compensação pelo dano moral. Possibilidade. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência da ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear a compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para a adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso Especial parcialmente provido.⁷¹⁸

No segundo caso – multiparentalidade –, o Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Luiz Fux, fixou a tese segundo a qual a filiação afetiva pode conviver com a filiação biológica, fixando a Repercussão Geral n. 622, com a seguinte tese: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.”⁷¹⁹

Passa-se, agora, a análise do segundo ponto, a respeito do comportamento afetivo, qual seja, o seu (ii) conteúdo – quais elementos que integram o comportamento afetivo. Nesse tocante, a presente pesquisa utiliza como paradigma o pensamento de Ricardo Calderón, segundo o qual a *afetividade jurídica objetiva*, é constituída por meio de fatos-signos presuntivos de afetividade, tal como cuidado, comunhão da vida, convivência mútua, manutenção alheia, coabitação, projeto de vida em conjunto, entreatajuda, afeição explícita, proteção recíproca, acumulação patrimonial, convivência pública e ostensiva, entre outros.⁷²⁰

⁷¹⁶ STJ. REsp. 1.159.242/SP. Rel^a. Min^a. Nancy Andrighi. Julgamento em 24.4.2012.

⁷¹⁷ STF. RE 898.060/SC. Rel. Min. Luiz Fux. Julgamento em 22.9.16.

⁷¹⁸ STJ. REsp. 1.159.242/SP. Rel^a. Min^a. Nancy Andrighi. Julgamento em 24.4.2012.

⁷¹⁹ STF. RE 898.060/SC. Rel. Min. Luiz Fux. Julgamento em 22.9.16.

⁷²⁰ CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 78.

Denota-se que Calderón reúne, como itens integrantes da afetividade, apenas elementos que podem ser aferidos via ações concretas, objetivas. Isso porque, segundo o autor, “o Direito trabalha com fatos e os valora”.⁷²¹ Portanto, o conteúdo do comportamento afetivo exclui qualquer aspecto subjetivo da afetividade. Seu substrato é composto apenas por ações fáticas, concretas, como atos de cuidado⁷²², entreajuda, respeito, comunhão de vida, convivência, proteção, manutenção da subsistência, educação, entre outros, que podem ser provados pelos meios de provas legais. “Esse proceder permitiria ao Direito trabalhar a afetividade com certa previsibilidade, clareza e segurança”.⁷²³

Não há qualquer empecilho, ao menos do ponto de vista jurídico, de se excluir o aspecto subjetivo e trabalhar apenas com elementos objetivos, para fins de reconhecimento e atribuição de efeitos jurídicos a determinadas situações relacionais. Veja-se, por exemplo, uma relação de união estável. Duas pessoas podem viver de forma pública, contínua, duradora, e exteriorizar atos que denotem, ao menos aparentemente, que desejam constituir família, como coabitação, entreajuda, auxílio mútuo etc. É possível que uma ou ambas as pessoas não possuam o sentimento de afeto uma pela outra ou sequer queiram, subjetivamente, constituir família, mas estejam juntas por outras questões, como fatores econômicos (necessidade de divisão de despesas ou dependência econômica) ou sexuais (forte atração sexual por um parceiro mais jovem ou mais afeiçoado). Nesse exemplo, para fins de reconhecimento jurídico da união estável, e, por consequência, de todos os seus efeitos jurídicos, não é relevante o aspecto subjetivo que une o casal, mas sim os elementos captados de forma objetiva, como entreajuda, filiação comum, convivência pública, acumulação patrimonial conjunta, entre outros. Assim sendo, o vínculo familiar restará formado, no plano jurídico, independentemente da existência do elemento subjetivo consubstanciado no afeto e no desejo de constituir família.

Assim, o conteúdo do comportamento afetivo é composto por ações, ou, nas palavras de Calderón, *fatos signo-presuntivos da afetividade*⁷²⁴, que, diante da sua existência, restaria presumida, desde logo, a existência da afetividade necessária para surtir consequências no plano jurídico.⁷²⁵ No presente caso, a consequência seria atribuir a um sujeito a condição de herdeiro necessário. Ou, sob outro prisma, diante da ausência da constatação de tais ações, os herdeiros consanguíneos, civis ou marital poderiam ser excluídos da sucessão.

⁷²¹ CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 143.

⁷²² MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. O valor jurídico do cuidado: família, vida humana e transindividualidade. In: JORNADA INTERDISCIPLINAR DE PESQUISA EM TEOLOGIA E HUMANIDADES, 3., 2013, Curitiba-PR. **Anais [...]**. Curitiba-PR: PUC-PR, 2013. v. 3. p. 41-51.

⁷²³ CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 138.

⁷²⁴ CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 137.

⁷²⁵

O comportamento afetivo divide-se, para fins da presente tese, em duas categorias, denominadas de **(i)** comportamento afetivo ativo e **(ii)** comportamento afetivo omissivo.

O **(i)** primeiro, composto por atos comissivos, possui duas subcategorias: **(a)** a primeira, constitui um conjunto de condutas ou ações que o herdeiro está obrigado a praticar em relação à pessoa do autor da herança (v.g. dever de convivência entre pais e filhos, art. 4º da Lei n. 8069/90 – ECA e art. 3º, da Lei n. 10.741/03 – Estatuto do Idoso); **(b)** a segunda, constitui um conjunto de condutas ou ações que, embora a pessoa não esteja obrigada a praticar, caso as pratique, voluntariamente, será incluído na condição de herdeiro necessário. Essa segunda hipótese contempla a figura do “herdeiro afetivo”, cujo conceito será desenvolvido no próximo tópico, que perfaz a pessoa que, embora sem vínculo sanguíneo, civil ou marital, espontaneamente dispensa comportamento afetivo com o autor da herança, de forma espontânea ou interessada, e, em razão da sua conduta, é alçada à condição de herdeiro necessário.

A partir dessa subdivisão, pode-se dizer que o comportamento afetivo ativo pode assegurar ou gerar direitos sucessórios. Quando se tratar de herdeiro legal (previstos na ordem de vocação hereditária, tal como ela é atualmente no CC/02), o comportamento afetivo ativo garante a sua manutenção na condição de herdeiro, necessário ou facultativo – tal proposta faz parte da tese “média e forte”, cujo conteúdo será desenvolvido na segunda sessão, subitens 2 e 3, do presente capítulo. Na hipótese de ser pessoa estranha à sucessão legítima, o comportamento afetivo ativo acende o sujeito a condição de herdeiro sucessível, o qual passa a constar no rol de herdeiros necessários – essa proposta encontra-se na tese “fraca e forte”, cujo conteúdo será desenvolvido na segunda sessão, subitens 1 e 3, do presente capítulo.

O **(ii)** o segundo, comportamento afetivo omissivo, incide quando o herdeiro legal, previsto na sucessão legítima, seja herdeiro necessário ou facultativo, deixa de fazer alguma coisa a que estava obrigado legalmente. Assim, por exemplo, os filhos deixam de conviver com os pais na velhice (art. 3º, da Lei n. 10.741/03 – Estatuto do Idoso). Ou, os cônjuges ou companheiros, que desrespeitam as obrigações legais recíprocas inerentes à vida conjunta, como os deveres de “respeito e consideração mútuos”, “assistência moral e material recíproca” ou “mútua assistência” (art. 1.566, do CC/02 e art. 2º, inc. I e II, da Lei n. 9.278/96).

O conteúdo que compõe o comportamento afetivo será distinto, em intensidade e em ações integrantes, de acordo com o tipo de relação ou vínculo parental estabelecido entre sucessor e sucedido. Isso porque a lei estabelece obrigações próprias entre determinados sujeitos, as quais não podem ser impostas indistintamente a qualquer pessoa que mantenha vínculo com o autor da herança. A título exemplificativo, nas relações entre pai e filhos se exige o dever de guarda e educação (art. 22º da Lei n. 8069/90 – ECA), porém não há

imposição legal de fidelidade recíproca (art. 1.566, inc. I, do CC/02). Entre cônjuges há obrigação de vida em comum, no domicílio conjugal (art. 1.566, inc. II do CC/02), mas não há o dever de direção da “criação e a educação” do outro cônjuge (art. 1.634, inc. I, do CC/02).

A delimitação de elementos fixos, genericamente, para o comportamento afetivo, sem considerar a natureza inerente à relação travada entre sucessor e sucedido, poderia dar margem a criação de situações teratológicas. Como, por exemplo, seria possível exigir de um terceiro, para além do cuidado, entreatura e convivência, entre outros atos de afetividade, que mantivesse relações sexuais com o autor da herança (dever que decorre da relação própria de conjugalidade, cuja doutrina reconhece como desdobramento do dever de coabitação – art. 1.566, inc. II do CC/02⁷²⁶), como requisito para ser incluído na condição de herdeiro necessário. Nessa mesma linha, seria possível aos pais exigirem que seus filhos vivessem, *ad aeternum*, uma “vida em comum, no domicílio [familiar]” (art. 1.566, inc. II do CC/02), para que não deixassem de ser seus herdeiros necessários. Vale dizer, poder-se-ia gerar diversas anomalias jurídicas.

Portanto, o conteúdo do comportamento afetivo, para fins de delimitar os herdeiros sucessíveis, será distinto, sendo exigido diferentes ações e intensidade, conforme o tipo de relação travada entre sucessor e sucedido. Nesse sentido, Ricardo Calderón assevera que “Evidentemente, estes caracterizadores deverão se manifestar com intensidade inerente aos referidos relacionamentos familiares, seja de *parentalidade* (como na análise da *posse de estado de filho*), seja de *conjugalidade* (como na apuração de uma união estável).”⁷²⁷ De igual modo, Rolf Madaleno certifica que “A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto.”⁷²⁸

Nessa toada, entende-se, em primeiro lugar, que o comportamento afetivo, independentemente do tipo de relação com o autor da herança, seria composto por um núcleo duro e essencial, cujo conteúdo seria preenchido pelo princípio da solidariedade (art. 3º, inc. I, da CF/88). Para mensurar a solidariedade deveriam ser observadas três dimensões: (i) a associativa, que diz respeito ao tempo compartilhado com o autor da herança, ainda que por conversas telefônicas ou via redes sociais; (ii) a estrutural, que identifica os elementos que podem facilitar ou impedir o contato com o autor da herança, como a proximidade geográfica ou o estado de saúde; (iii) a funcional, que inclui a colaboração no que diz respeito a tarefas

⁷²⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 128.

⁷²⁷ CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 154.

⁷²⁸ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 100.

diárias (v.g. ir ao mercado, médico, atividades funcionais etc.) e auxílio com recursos financeiros.⁷²⁹

Em segundo lugar, além da solidariedade, o comportamento afetivo deve ser composto por um conjunto de ações próprias para cada tipo de relação travada com o autor da herança. Nas relações de parentalidade, conjugalidade ou união estável, entende-se que devem gravitar, em torno do núcleo essencial, o cumprimento dos deveres legais próprios dessas relações. Por exemplo, se a lei impõe, na relação entre filhos e pais, que os filhos convivam⁷³⁰ com seus genitores (art. 3º, da Lei n. 10.741/03 – Estatuto do Idoso), lhes prestem assistência material (art. 1.696, do CC/02⁷³¹) e lhes ajudem e amparem na velhice, carência ou enfermidade (art. 229, da CF/88), esses, entre outros, devem ser os elementos integram o comportamento afetivo na relação paterno-filial. No vínculo de conjugalidade, os deveres próprios dos cônjuges, como “respeito e consideração mútuos”, “mútua assistência” (art. 1.566, do CC/02), entre outros. E assim sucessivamente, conforme o tipo de relação travada.

Por fim, em terceiro lugar, cabe analisar, caso à caso, a existência e vigor de elementos genéricos, impostos ou não legalmente, mas que denotam afetividade, tais como o cuidado, comunhão da vida, convivência mútua, manutenção alheia, coabitação, projeto de vida em conjunto, entreajuda, afeição explícita, proteção recíproca, acumulação patrimonial, convivência pública e ostensiva, respeito, custeio da educação, entre outros.

No caso dos parentes colaterais e terceiros, como não possuem obrigações legais específicas entre si, com exceção dos irmãos que possuem o dever de prestar alimentos uns aos outros (art. 1.697, do CC/02⁷³²), o conteúdo do comportamento afetivo deve ser preenchido pelos atos que compõem o princípio da solidariedade – conforme retro descrito – e pelos elementos genéricos que denotam a afetividade – acima expostos.

Na Catalunha, Espanha, a Lei n. 22/2000 – “Lei de Acolhimento de Pessoas mais Velhas” –, a qual previa que a pessoa que acolhesse outra teria direito a um quarto da sua herança, estabelecia os seguintes requisitos, de natureza objetiva, para ensejar o direito ao acolhedor: (i) coabitação; (ii) fornecimento de alimentação; (iii) prestação de assistência; (iv) promover o bem-estar geral da pessoa acolhida; (v) auxiliar nas situações de doença; (vi) sempre agir em benefício da pessoa acolhida; (vii) promover sua curatela, caso seja

⁷²⁹ ALOY, Antoni Vaquer. Acerca del fundamento de la legítima. **InDret**, Barcelona, n. 4, oct. 2017. p. 7.

⁷³⁰ A doutrina entende que o dever de os filhos conviverem com os pais decorre do art. 229, da CF/88 e, na velhice, do art. 3º, da Lei n. 10.741/03 – Estatuto do Idoso. Nesse sentido: ROSENVALD, Nelson. A responsabilidade civil por omissão de cuidado inverso. *In*: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). **Responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 312.

⁷³¹ Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

⁷³² Art. 1.697. Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais.

necessário; (viii) caso receba a pessoa acolhida em sua residência, o local deve ter condições de habitação e acessibilidade, bem como infraestrutura de serviços; (ix) deve-se prestar assistência mútua e compartilhar as atividades doméstica da maneira que estiver previamente combinado entre as partes, de acordo com as possibilidades reais de cada parte; (x) que a convivência tenha ocorrido por um período mínimo de quatro anos.⁷³³

Quando a questão passou a ser regulada pelo Código Civil da Catalunha, em 2017, seus requisitos foram alterados. Permaneceu a necessidade de coabitação, porém boa parte das demais exigências de natureza objetiva foram suprimidas. Restou estabelecido, em linhas gerais, os seguintes requisitos: (i) vontade de permanência e assistência mútua; (ii) divisão das despesas comuns ou trabalho doméstico, quando assim fosse estabelecido pelas partes; (iii) ausência de remuneração; (iv) que a relação seja constituída por escritura pública ou por um período de dois anos de coexistência; (v) que o acolhedor fora total ou parcialmente mantido pelo acolhido durante o ano anterior à sua morte e que não possua meios econômicos suficientes para se manter.⁷³⁴ Denota-se que os requisitos estanques, fixados pela lei anterior, foram razoavelmente flexibilizados, dando lugar a uma maior autonomia das partes para delimitação das obrigações que ensejam a relação de convivência e, por consequência, os direitos a ela relacionados.

⁷³³ “Artículo 2 Objeto. 1. Personas acogedoras y acogidas conviven en una misma vivienda habitual, sea la de las personas acogedoras sea la de las acogidas, con el objeto de que los primeros cuiden de los segundos, les den alimentos, les presten asistencia, procuren su bienestar general y les atiendan en situaciones de enfermedad. 2. Personas acogedoras y acogidas deben prestarse ayuda mutua y compartir los gastos del hogar y el trabajo doméstico de la forma pactada, que debe responder a las posibilidades reales de cada parte. [...] 4. Las personas acogedoras deben promover la constitución de la tutela si las personas acogidas están en situación de ser sometidas a ella. 5. El domicilio donde tiene lugar la acogida debe tener condiciones de habitabilidad y accesibilidad tanto infraestructurales como de servicios. [...] Artículo 8 Efectos en caso de sucesión intestada. 1. En la sucesión intestada de las personas acogidas, si la convivencia ha sido por un período mínimo de cuatro años, las personas acogedoras tienen el derecho, en concurrencia con descendientes, cónyuge, ascendientes o colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o adopción, y conjuntamente si son dos, a ejercer una acción personal y a exigir, a los herederos de aquéllos, bienes hereditarios o su equivalencia en dinero a elección de los que sean herederos, que representen una cuarta parte del valor de la herencia.”. ESPANHA. **Ley n. 22/2000**, de 29 de diciembre, de Acogida de Personas Mayores. Disponível em: http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/ca-l22-2000.html. Acesso em: 16 jan. 2018.

⁷³⁴ “Artículo 240-2. Requisitos personales. 1. Pueden constituir una relación convivencial de ayuda mutua las personas mayores de edad unidas por vínculos de parentesco en línea colateral sin límite de grado y las que tienen relaciones de simple amistad o compañerismo, siempre y cuando no estén unidas por un vínculo matrimonial o formen una pareja estable con otra persona con la que convivan. [...] Artículo 240-3. Constitución. Las relaciones convivenciales de ayuda mutua pueden constituirse en escritura pública, a partir de la cual tienen plena efectividad, o por el transcurso de un período de dos años de convivencia. [...] Artículo 240-7. Pensión periódica en caso de defunción. 1. En caso de extinción de la convivencia por defunción de uno de los convivientes, el conviviente o convivientes que sobrevivan, que eran mantenidos total o parcialmente por el premuerto durante el año previo a la defunción y que no tengan medios económicos suficientes para mantenerse, tienen derecho a una pensión alimentaria, a cargo de los herederos de aquel, por un período máximo de tres años.”. ESPANHA. **Ley 25/2010**, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-13312>. Acesso em: 16 jan. 2018.

Ao privilegiar a fixação de critério estanques, como a necessidade de coabitação ou um período mínimo de convivência, privilegia-se a segurança jurídica⁷³⁵, porém dá-se margem ao surgimento de situações de iniquidade. Imagine-se, por exemplo, duas situações hipotéticas: (i) um acolhedor que cuide, sem muitas dificuldades ou labor, uma pessoa acolhida, por mais de quatro anos, automaticamente terá direito a uma parcela da sua herança; (ii) um acolhedor que cuide de uma pessoa com necessidades especiais, tais como sérios problemas de saúde, precise de assistência constante, visitas recorrentes ao hospital, alimentação de preparo especial, entre outras dificuldades, mas que o faça apenas pelo período três anos e onze meses, não teria, nos termos da lei, direito a uma parte da sua herança. No segundo caso, o diagnóstico de uma doença terminal, com período de vida inferior ao lapso de quatro anos de convivência entre acolhedor e acolhido, poderia até mesmo estimular que o acolhedor abandonasse o acolhido, uma vez que o acolhedor não teria expectativa de ser recompensado, via herança, pelo cuidado especial dispensado ao acolhido no momento de enfermidade terminar.

Veja-se, como exemplo, a Lei 8.971/94 (Lei da União Estável) que, ao estabelecer um período mínimo de cinco anos de convivência para fins de reconhecimento da união estável, acabava por gerar situações injustas. Nesse sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Filho Pamplona afirmam que “a exigência de um lapso temporal mínimo desembocaria em situações de inequívoca injustiça, a exemplo do casal que não teve a união estável reconhecida por terem desfeito o vínculo dias antes de atingirem o limite mínimo de tempo.”⁷³⁶ Não é por outro motivo que apenas dois anos após a publicação da primeira lei, foi promulgada a segunda, Lei n. 9.278/96, que deixou de fixar um prazo estanque para o reconhecimento da união estável.

Entende-se, salvo melhor juízo, que não devem ser delimitados, a priori, quais elementos devem integrar o comportamento afetivo quando se tratar de parentes colaterais e terceiros estranhos à família. Nesse caso, assim como já ocorre com as uniões estáveis, entende-se que cabe deixar essa tarefa “para a apreciação judicial casuística, e delegar ao magistrado a função de encontrar em casa caso levado à sua jurisdição os requisitos de configuração [...]”⁷³⁷ Requisitos esses encontrados a partir do princípio da solidariedade e da afetividade, desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência.

⁷³⁵ Segundo José Afonso da Silva, “a segurança jurídica consiste no ‘conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”. SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 133.

⁷³⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO PAMPLONA, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. v. 6. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 440.

⁷³⁷ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 1158.

Por fim, cabe um contraponto. Considerando as vicissitudes do mundo palpável e os inúmeros arranjos familiares que podem surgir na contemporaneidade, somado as constantes inovações tecnológicas, que estão a todo momento a redesenhar os vínculos humanos e familiares, a análise dos elementos que compõem o comportamento afetivo, em qualquer dos tipos de relação, não pode ser estanque, fechada, em números cláusulos.

De acordo com Conrado Paulino da Rosa, hoje existe a possibilidade de constituição de famílias virtuais, as chamadas “*ifamily*”, que podem ser qualquer uma das formas de família previstas legalmente, mas cuja relação ocorre, em caráter provisório ou permanente, pelos meios virtuais. Como exemplo, os casos em que pais e filhos passam a viver em cidades distintas para atender compromissos acadêmicos ou profissionais. Porém não deixam de ter relação afetiva. Muito pelo contrário, “é comum, quando isso ocorre, a ligação afetiva entre a prole e os genitores se tornar até mais intensa, vez que, com a quebra da convivência física diária – e também, muitas vezes, dos confortos –, diminuem os conflitos decorrentes das diferenças geracionais”.⁷³⁸ Numa situação como essa, a análise dos elementos que compõem o comportamento afetivo exige adequação as nuances do caso concreto.

Ainda, imagine-se uma situação na qual um terceiro possa oferecer total amparo à um idoso por meios eletrônicos, tais como: (i) conviver e interagir diuturnamente via redes sociais (v.g. Facebook; WhatsApp; Instagram etc.); (ii) agendar consultas médicas on-line; (iii) cuidar da locomoção via aplicativos (v.g. Uber); (iv) fazer compras de supermercado on-line com entrega à domicílio; (v) comprar medicamentos on-line com entrega à domicílio; (vi) monitorar constantemente via webcams e outros recursos tecnológicos. Enfim, promover, com zelo e cuidado, à distância, o completo bem-estar da pessoa idosa. Diante de um caso como o narrado, resta evidente a presença de um comportamento afetivo apto a ensejar à condição de herdeiro sucessível ao acolhedor virtual. As possibilidades tornam-se infinitas diante desse admirável mundo novo, por isso a necessidade de deixar uma margem de liberdade ao magistrado para identificar, caso a caso, os requisitos de configuração do comportamento afetivo.

Portanto, a análise dos elementos que compõem o comportamento afetivo não pode ser estanque. Assim como ocorre no caso do reconhecimento das uniões estáveis, a ausência ou baixa intensidade de um elemento (v.g. durabilidade) pode ser compensada pela forte intensidade de outros elementos (v.g. objetivo de constituir família). Nesse sentido, Maria Berenice Dias assegura, em relação aos requisitos para configuração da união estável, que “ainda que não exigido decurso de lapso temporal mínimo para a caracterização da união

⁷³⁸ ROSA, Conrado Paulino da. **IFamily**: um novo conceito de família? São Paulo: Saraiva, 2013. p. 99.

estável, a relação não deve ser efêmera, circunstancial. [...] é necessário sopesar todos esses elementos de forma conjunta [publicidade, continuidade e objeto de constituir família]. Pode-se desprezar o lapso temporal, se presentes as demais características legais.”⁷³⁹

Por fim, cabe pontuar a (iii) a natureza jurídica, ou seja, a classificação jurídica a ser atribuída ao comportamento afetivo. Nesse ponto convém trazer à baila a teoria dos fatos e atos jurídicos.⁷⁴⁰

Segundo a doutrina, as regras jurídicas se estruturam e se distribuem em várias categorias e tipos. Assim, dividem-se os fatos jurídicos nas seguintes categorias: **(i)** fatos jurídicos; **(ii)** atos jurídicos; e **(iii)** negócios jurídicos. Fatos jurídicos são ações humanas, acontecimentos ou eventos da natureza juridicamente qualificadas, cujas normas jurídicas atribuem determinadas consequências no plano legal. Atos e negócios jurídicos são fatos humanos voluntários e que geram efeitos jurídicos. Contudo atos jurídicos são ações humanas que produzem efeitos jurídicos independentemente de serem queridos ou não. Já os negócios jurídicos são declarações de vontade dirigidas no sentido de obtenção de um resultado querido.⁷⁴¹

É relevante, para a presente tese, a categoria dos **(i)** fatos jurídicos. Com dito, podem ser ações ou acontecimentos que implicam, de per si, consequências jurídicas. Miguel Reale dá os seguintes exemplos de fatos jurídicos:

Outro exemplo significativo é dado pelo nascimento ou pela morte. O nascimento de uma criança é um fato biológico que implica, de per si, situações jurídicas caracterizadas. Segundo o Código Civil todo ser humano é capaz de direitos e obrigações, bastando o fato biológico da gestação para que imediatamente se tenha um fato jurídico, o qual se aperfeiçoa com o nascimento. Sobrevindo este, a lei, desde logo, reconhece a existência de uma pessoa, atribuindo-lhe direitos e deveres, ainda que não os possa exercer pessoalmente. Antes do nascimento, já esse fato tem a sua ressonância no mundo jurídico através das leis, protetoras do nascituro. A morte é outro fato natural, cuja ocorrência importa incontinenti em consequências de direito, dando origem a fatos jurídicos.⁷⁴²

A título exemplificativo, nessa classificação adotada pela doutrina brasileira, o casamento configura como um ato jurídico, solene e de natureza complexa, e a união estável é ato-fato jurídico. Para que reste configurada a relação jurídica do casamento, a lei exige a manifestação de vontade dos nubentes, dirigida no sentido de obtenção de um resultado querido, que é a criação do vínculo matrimonial. Sem a manifestação expressa de vontade não há constituição do casamento, que, caso celebrado, será considerado inexistente. Com

⁷³⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 245.

⁷⁴⁰ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 199-221.

⁷⁴¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil – teoria geral do direito civil**. v. 1. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 399.

⁷⁴² REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 203-211.

relação à união estável, não é preciso qualquer manifestação de vontade para que produza efeitos jurídicos. É suficiente a existência da situação fática para que o direito lhe atribua efeitos jurídicos próprios e a relação fática seja convertida, automaticamente, em relação jurídica, independentemente da vontade das partes.⁷⁴³

Conforme ensina Paulo Lôbo sobre a natureza jurídica da união estável: “pode até ocorrer que a vontade manifestada ou íntima de ambas as pessoas – ou de uma delas – seja a de jamais constituírem união estável; de terem apenas um relacionamento afetivo sem repercussão jurídica e, ainda assim, decidir o Judiciário que a união estável existe”.⁷⁴⁴

Nessa ordem de ideias, propõe-se, quanto a natureza jurídica, que o comportamento afetivo seja, à exemplo da união estável, um fato-ato jurídico.⁷⁴⁵ Desse modo, sua existência e efeitos se iniciariam sem a necessidade qualquer ato jurídico, sem que haja manifestação de vontade. Basta sua configuração fática para que as normas jurídicas convertessem a relação fática em jurídica e lhes atribuissem os efeitos previstos na lei. Portanto, a atribuição de efeitos jurídicos ao comportamento afetivo para fins sucessórios independeria de qualquer manifestação, expressa ou tácita, escrita ou verbal, de vontade das partes.

A presente proposta difere da previsão contida na já citada Lei n. 22/2000 – “Lei de Acolhimento de Pessoas mais Velhas” –, da Catalunha, Espanha, que exigia, para fins de atribuição de efeitos sucessórios, a constituição formal, via escritura pública, da relação entre acolhedor e acolhido.⁷⁴⁶ Veja-se que o próprio Código Civil da Catalunha, quando revogou a lei em questão, em 2017, e regulou novamente a matéria, passou a prever que a relação poderia ser reconhecida pela via do pacto formal (mediante escritura pública) ou diante da sua existência fática por mais de dois anos.⁷⁴⁷

A opção, no presente caso, por atribuir ao comportamento afetivo a natureza jurídica de ato-fato jurídico, se dá em razão da estrutura da tese proposta. Condicionar à existência de ato jurídico formal ao reconhecimento de direitos sucessórios, seria condicionar o

⁷⁴³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 154-155.

⁷⁴⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 154.

⁷⁴⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 154.

⁷⁴⁶ “Artículo 4 Requisitos formales de la constitución. 1. La acogida debe constituirse en escritura pública, la cual debe inscribirse en el Registro correspondiente. 2. La escritura pública debe hacer constar las contraprestaciones, derechos y obligaciones que corresponden a cada parte, y también, si procede, las donaciones realizadas por las personas acogidas a las acogedoras y a terceras personas en interés de aquéllas, de presente o para después de la muerte. Ello no supone la administración de los bienes de la persona o personas acogidas.”. ESPANHA. **Ley n. 22/2000**, de 29 de diciembre, de Acogida de Personas Mayores. Disponível em: https://portaljuridic.gencat.cat/ca/pjur_ocults/pjur_resultats_fitxa/?action=fitxa&documentId=247925&language=ca_ES&textWords=22%2F2000&mode=single. Acesso em: 16 jan. 2018.

⁷⁴⁷ “Article 240-3. Constitució. Les relacions convivencials d'ajuda mútua es poden constituir en escriptura pública, a partir de la qual tenen plena efectivitat, o pel transcurs d'un període de dos anys de convivència.”. ESPANHA. **Ley n. 25/2010**, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família. Disponível em: https://portaljuridic.gencat.cat/ca/pjur_ocults/pjur_resultats_fitxa/?action=fitxa&documentId=544979&language=ca_ES&textWords=25%2F2010&mode=single. Acesso em: 16 jan. 2018.

recebimento da herança à vontade do falecido. A título de exemplo, um filho que prestasse total assistência ao autor da herança poderia ser preterido em detrimento de uma companheira oportunista que jamais cumpriu os deveres conjugais, ou sequer agiu solidariamente com o autor da herança, pela simples manifestação de vontade do *de cujus* movido pelo viés cognitivo, ou falha de racionalidade, motivada na paixão.

Contudo, nada impede que o autor da herança, em vida, possa reconhecer, via escrito particular, escritura pública, testamento ou codicilo⁷⁴⁸, que travava comportamento afetivo com determinada pessoa para fins sucessórios, à exemplo do que ocorre com as uniões estáveis (art. 1.725, do CC/02), cujo reconhecimento formal pode se dar por declaração ou contrato escrito por ambos os companheiros. Entretanto, tal como ocorre com as uniões estáveis, “a contratação escrita [...] não representa a validade indiscutível da convivência estável, porque o documento escrito pelos conviventes está condicionado à correspondência fática da entidade familiar e dos pressupostos de reconhecimento [...]”.⁷⁴⁹ Portanto, o documento escrito servirá como meio de prova da existência do comportamento afetivo, porém somente será válido se corresponder à realidade fática, a ser apurada pelos tribunais via os meios ordinários de prova.

3.2 PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DE *LEGE FERENDA* DA SUCESSÃO LEGÍTIMA NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

3.2.1 A incorporação do herdeiro via comportamento afetivo

“Constituye una preocupación a nivel mundial el progresivo envejecimiento de la población, el retraso de la jubilación de muchas personas y el decrecimiento continuado de la tasa de nacimiento, que está invirtiendo la forma de la pirámide de población de las sociedades occidentales y propiciando que muchos ancianos vivan solos.”

Antoni Vaquer Aloy

A partir das inferências elencadas nos itens anteriores, cabe, nesse momento, identificar de qual forma a norma jurídica deve ser desenhada para implementar a tese sustentada. Vale dizer, alcançar o vetor normativo pretendido, consistente em promover, via normas sucessórias, a diminuição do abandono ou estimular o comportamento afetivo entre os indivíduos.

⁷⁴⁸ Art. 1.881. Toda pessoa capaz de testar poderá, mediante escrito particular seu, datado e assinado, fazer disposições especiais sobre o seu enterro, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar, assim como legar móveis, roupas ou jóias, de pouco valor, de seu uso pessoal.

⁷⁴⁹ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 1189.

Para tanto, entende-se que é possível a implementação da tese principal por três vias – uma fraca, uma média e uma forte –, as quais tratam-se de proposta *de lege ferenda* de alteração do Código Civil de 2002 (Lei n. 10.406/02) e serão doravante apresentadas.

No presente subitem, começa-se pela estruturação da denominada via (a) fraca, que parte da ideia desenvolvida no capítulo anterior, segundo a qual seria possível introduzir no sistema sucessório um benefício para estimular que as pessoas agissem afetivamente com o autor da herança em vida. Tal benefício seria conferir a condição de herdeiro necessário aos herdeiros colaterais ou terceiros (sem vínculo de parentesco com o autor da herança) que com o sucedido agissem afetivamente em vida. Ou, ainda, chamar a suceder outros parentes sucessíveis preteridos na ordem de vocação hereditária (p.ex. netos em relação aos avós, quando estes possuem filhos vivos). Assim, pessoas que não seriam, inicialmente, consideradas herdeiros necessários e sequer seriam chamadas à sucessão aberta, diante da presença do comportamento afetivo com o *de cujos* seriam alçadas a condição de herdeiros necessários e chamadas a suceder. Isso faria com que com que os sujeitos, interessados em amealhar o patrimônio do falecido, agissem de forma afetiva com o sucedido em vida, sejam familiares ou não.

Além de incentivar que parentes colaterais, terceiros e outros parentes sucessíveis preteridos na ordem de vocação hereditária (p.ex. netos em relação aos avós, quando estes possuem filhos vivos), ajam efetivamente com o autor da herança, a presente proposta – (a) fraca – também acaba, por via reflexa, promovendo a distribuição do patrimônio do autor da herança de forma mais justa. Isso porque, para que colaterais ou terceiros sejam alçados à condição de herdeiros necessários, ou para que sejam chamados a suceder herdeiros preteridos na ordem de vocação hereditária, será necessário que eles, de algum modo, tenham compelido ações de entreajuda, convivência entre outros atos – que compõem o comportamento afetivo –, que podem ter contribuído para que o sucedido amealhasse patrimônio em vida. Nesse sentido, já sustentava Carlos Maximiliano, ao afirmar que:

uns e outros se apoiam, animam, estimulam e consolam mutuamente nas provações, dificuldade e desastres. Nada mais justo do que participarem todas da riqueza, para a qual contribuíram quando se lhes ofereceu oportunidade e na medida das próprias forças; um laborando, outro economizando, este vigiando, aquele aconselhando, repreendendo, providenciando.⁷⁵⁰

Na via (a) fraca seria preservada a atual arquitetura do sistema sucessório vigente, modificando, apenas sutilmente, a sucessão legítima e a legítima, via incorporação de uma nova categoria de herdeiro necessário, composta pelos colaterais ou terceiros, que seriam denominados de “herdeiros afetivos”, que seriam alçados nessa condição quando tivesse, em

⁷⁵⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. p. 132.

vida, um comportamento afetivo com o sucedido. Ou, ainda, mediante o chamamento a suceder herdeiros preteridos na ordem de vocação hereditária (p.ex. netos em relação aos avós, quando estes possuem filhos vivos), quando estes tivessem travado intensa relação afetiva com o autor da herança em vida.

Nessa primeira via passariam a existir duas classes de herdeiros colaterais. A primeira classe seria composta pelos herdeiros colaterais que não travassem relação afetiva com o autor da herança, os quais permaneceriam na condição de herdeiros facultativos – nos exatos termos da lei regente (art. 1.845., do CC/02)⁷⁵¹. Assim, somente seriam contemplados via herança na hipótese de não existirem ascendentes, descendentes ou cônjuge ou companheiro ou, não existindo herdeiros necessários, o falecido não dispusesse de todo seu patrimônio via testamento. A segunda classe seria composta pelos colaterais que tivessem travado o comportamento afetivo com o *de cujos* – entreajuda, cuidado, convivência, entre outros, nos termos explicitados no subitem anterior –, os quais seriam alçados à condição de herdeiros necessários, passando a concorrer com os descendentes, ascendentes, cônjuges e companheiros.

Os terceiros, estranhos à família consanguínea ou que não possuíssem vínculo marital ou de união estável com o autor da herança, mas que tivessem relação de ajuda e convivência – nos termos do comportamento afetivo – com o sucedido, automaticamente também passariam a ser timbrados com a marca de herdeiros necessário, concorrendo com os descendentes, ascendentes, cônjuges e companheiros.

Considerando que a presente proposta está assentada na preservação da atual arquitetura do sistema sucessório vigente, os herdeiros legais, vale dizer, os herdeiros necessários (ascendentes, descendentes, cônjuge e companheiros) e os facultativos (colaterais), seriam mantidos na condição de herdeiros mesmo diante da ausência de um comportamento afetivo com o sucedido. Ou seja, apenas seriam incluídos novos sujeitos na condição de herdeiros necessários, mas não excluídos, por qualquer razão (exceto nas hipóteses de indignidade ou deserdação), os que se encontram atualmente no rol de herdeiros necessários e facultativos.

Com relação à quota-parte que seria devida ao “herdeiro afetivo” – colateral ou terceiro –, cabem algumas ponderações. Na concorrência sucessória entre herdeiros necessários da mesma classe podem existir situações que geram direito a quotas desiguais da herança. Veja, por exemplo, na concorrência entre irmãos bilaterais e unilaterais. De acordo com o art. 1.84, do CC/22, “cada um destes [irmãos unilaterais] herdará metade do que cada um daqueles

⁷⁵¹ Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

herdar [irmãos bilaterais].”⁷⁵² Tal situação também é vislumbrada nas hipóteses legais de concorrência do cônjuge com descendentes do sucedido (art. 1.829, inciso I, do CC/02) quando somente existem descendentes (filhos, netos, bisnetos etc.) comuns do casal. Ou seja, quando não há descendentes exclusivos do autor da herança, como na hipótese de existência de filhos que não sejam comuns, tal como enteados e enteadas. Nessa situação, o art. 1.832, do CC/22, determina que o cônjuge sobrevivente tem direito a uma quota-parte não inferior à um quarto da herança.⁷⁵³ Assim, por exemplo, existindo 5 filhos comuns, cabe uma quota-parte de 25% ao cônjuge sobrevivente e uma quota-parte de 15% para cada um dos filhos. Diante dessas situações, faz necessário delimitar qual seria quota-parte cabível ao “herdeiro afetivo”.

Entende-se, no presente caso, que existindo herdeiros necessários com quinhões desiguais, seria razoável atribuir ao herdeiro afetivo uma quota igual a maior quota-parte existente entre os herdeiros necessários. Exemplifica-se: na concorrência sucessória entre filhos do autor da herança, alguns irmãos bilaterais e outros unilaterais, ao “herdeiro afetivo” caberia quota-parte igual à dos irmãos bilaterais, ou seja, uma quota-parte igual a maior quota-parte dentre os herdeiros concorrentes. Tal proposta não guarda nenhum fundamento específico ou uma lógica própria. Trata-se do mero arbítrio do proponente, ante a necessidade de se fixar uma quota-parte da herança cabível ao “herdeiro afetivo”.

Por outro lado, na falta de descendentes, ascendentes, cônjuge ou companheiro, a sucessão seria deferida por inteiro ao “herdeiro afetivo”. Nesse caso, a existência do “herdeiro afetivo” afastaria a sucessão dos herdeiros colaterais.

Com o objetivo de evitar a criação de um “mercado do cuidado”, mediante o desenvolvimento de empresas destinadas exclusivamente ao amparo de pessoas, de cunho estritamente econômico, cujo único objetivo fosse a apropriação do patrimônio da pessoa acolhida, cabe ao ordenamento jurídico vedar que tais entidades ou as pessoas físicas a elas vinculadas possam figurar na condição de herdeiros afetivos. Portanto, não caberia aplicar a presente proposição nas relações assistenciais por natureza, como asilos, orfanatos, abrigos e congêneres. Com exceção das hipóteses nas quais o cuidador extrapole, de modo inequívoco, as atividades inerentes à sua função, e demonstre efetivo comportamento afetivo com o autor da herança.

⁷⁵² Art. 1.841. Concorrendo à herança do falecido irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar.

⁷⁵³ Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.

Imagine-se, por exemplo, a seguinte situação: uma pessoa, portadora de esquizofrenia, é abandonada pela família. Não possui filhos, seus pais já são falecidos e seus irmãos e sobrinhos não mantem contato com ela. Ocorre que, durante boa parte da sua vida, a pessoa passa a ser assistida por uma empregada, com quem trava intensa relação afetiva. Ambas passam a deter uma relação tão próxima, que toda família da empregada se muda para casa da pessoa e passam todos a viver como se uma família fossem. No entanto, tal pessoa falece e não deixa testamento, seja pela morte inesperada, seja pela incapacidade relativa que possuía. Veja-se que, para além da relação doméstica, as partes travaram intenso comportamento afetivo, existindo comportamentos próprios de uma entidade familiar, ainda que existente a remuneração pelos serviços prestados. Nessa peculiar hipótese caberia atribuir ao empregado, pessoa física, a condição de herdeiro afetivo.

Essa primeira via – (a) fraca – parte da premissa de que as reformas legislativas devem, dentro do possível, preservar o que já existe, evitando-se mudanças estruturais severas, de uma hora para outra, que desconfigurem completamente os institutos vigentes, podendo gerar situações irrefletidas severas e altamente indesejadas. Ademais, é preciso extremo cuidado com alterações no campo do Direito das Sucessões, uma vez que, mesmo revogada posteriormente, a lei antiga continuará regulando todas as sucessões abertas durante sua vigência (art. 1.787, do CC/02⁷⁵⁴).⁷⁵⁵

Isso posto, Miguel Reale destacou, quando da elaboração do projeto do atual Código Civil, que se deve preservar “sempre que possível, as disposições do código atual, porquanto de certa forma cada texto legal representa um patrimônio de pesquisa, de estudos, de pronunciamentos de um universo de juristas.”. E arrematou, “Há, por conseguinte, todo um saber jurídico acumulado ao longo do tempo, que aconselha a manutenção do válido e eficaz, ainda que em novos termos.”.⁷⁵⁶

Também não se pode desconsiderar que inovações legislativas substanciais possuem maior risco de serem rechaçadas, eis que encontram maior resistência da sociedade. Veja-se, por exemplo, que o Anteprojeto de Reforma do Código Civil de Orlando Gomes, publicada em 1963, foi rejeitado graças “as inúmeras críticas que se levantaram, no país, contra certas inovações do Projeto de Código Civil, especialmente no terreno do direito de família [...]”.⁷⁵⁷

⁷⁵⁴ Art. 1.787. Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela.

⁷⁵⁵ LIGIERA, Wilson Ricardo. **O companheiro na qualidade de herdeiro necessário e seu direito à legítima**. 478p. 2013. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 435.

⁷⁵⁶ REALE, Miguel. **Visão geral do projeto de Código Civil**. S.d. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>. Acesso em: 16 set. 2019.

⁷⁵⁷ ALVES, José Carlos Moreira. Do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 88, p. 185-238, 1 jan. 1993. p. 232.

Portanto, a via (a) fraca de implementação tem como pressuposto o agir com cautela e a maior probabilidade de implementação da tese pelo legislador ordinário.

Embora a presente proposta possa, inicialmente, parecer muito inovadora, algo com característica similar já existiu, desde a época romana primitiva. No Direito Romano, quando em vigor a Lei das XII Tábuas, a sucessão era baseada no parentesco por agnação, de modo que eram parentes todas as pessoas livres que se encontram sob à soberania do *pater familias*.⁷⁵⁸ O parentesco de sangue (*cognati*), nesse período, não constituía o vínculo apto a identificar os herdeiros sucessíveis. Assim, eram chamados a suceder, primeiramente, na ordem de vocação hereditária, todas as pessoas livres, com vínculo sanguíneo ou não, que se encontravam sob o poder do *pater familias*.⁷⁵⁹ O vínculo de sangue somente passou a ter maior relevância apenas no período imperial, no qual “os filhos [passaram a ter] o direito de suceder preferencialmente, em relação aos agnados”.⁷⁶⁰ Portanto, o que identificava os herdeiros sucessíveis não era o parentesco sanguíneo, mas sim a relação de submissão ao *pater familias*. Dada as inúmeras diferenças e sem qualquer pretensão de aproximação dos institutos, cabe apenas observar que o vínculo sucessório era identificado por outro critério que não o sanguíneo. O que caracteriza os herdeiros sucessíveis era uma situação fática (submissão ao *pater familias*). No caso da inclusão de terceiros, sem vínculo de parentesco, na condição de herdeiros necessários, *mutatis mutandi*, a presente proposta também propõe que sejam identificados como herdeiros necessários aqueles que no plano fático possuem uma relação afetiva – comportamento afetivo – com o autor da herança, sem que exista o vínculo consanguíneo ou civil.

A possibilidade de inclusão de terceiros, na condição de herdeiros forçosos, também é algo que já é admitido, com tranquilidade, em legislações estrangeiras. Como mencionado no subitem anterior, na Inglaterra, por exemplo, qualquer pessoa que tenha sido dependente imediata do autor da herança antes da sua morte, pode recorrer ao Poder Judiciário a fixação de uma “provisão” de valores para sua subsistência.⁷⁶¹ Nesse caso, sujeitos sem vínculo

⁷⁵⁸ ROCHA, Maria Vital; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. Ordem de Vocação Hereditária no Código Civil Brasileiro: Comparação com o Direito Romano. In: MARIN, Maria Teresa Duplá; ORIA, Patricia Panero (Org.). **Fundamentos del derecho sucesorio atual**. Madri: Marcial Pons, 2018. p. 785.

⁷⁵⁹ ROCHA, Maria Vital; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. Ordem de vocação hereditária no Código Civil brasileiro: comparação com o direito romano. In: MARIN, Maria Teresa Duplá; ORIA, Patricia Panero (Org.). **Fundamentos del derecho sucesorio atual**. Madri: Marcial Pons, 2018. p. 785.

⁷⁶⁰ ROCHA, Maria Vital; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. Ordem de vocação hereditária no Código Civil brasileiro: comparação com o direito romano. In: MARIN, Maria Teresa Duplá; ORIA, Patricia Panero (Org.). **Fundamentos del derecho sucesorio atual**. Madri: Marcial Pons, 2018. p. 787.

⁷⁶¹ Assim prevê o Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975 “1 Application for financial provision from deceased’s estate. (1)Where after the commencement of this Act a person dies domiciled in England and Wales and is survived by any of the following persons: [...] (d) any person (not being a child of the deceased) who in relation to any marriage or civil partnership to which the deceased was at any time a party, or otherwise in relation to any family in which the deceased at any time stood in the role of a parent, was treated by the deceased as a child of the family; (e) any person (not being a person included in the foregoing paragraphs of this subsection) who

sanguíneo de parentesco com o *de cujos*, mas que possuíam uma situação fática de dependência econômica, podem requerer uma espécie de “alimentos hereditários” para sua subsistência.

Contudo, hipótese mais comum é a de admissão de enteados na condição de herdeiros necessários. Como exemplo, cabe rememorar a Califórnia (Estados Unidos da América), onde já se admitiu, na condição de herdeiro, o enteado quando a relação interpessoal entre ambos se iniciou durante sua menoridade e permaneceu hígida, desde que houvessem indícios que o *de cujos* estava disposto a adotar o infante. De modo semelhante prevê o Código Civil da Catalunha, na Espanha, prevendo que toda vez que o falecido tiver convivido com os filhos do cônjuge ou companheiro, criando um núcleo familiar, os enteados terão um tratamento sucessório parecido com os dados aos filhos próprios do falecido em relação à sua herança.⁷⁶²

Em termos de semelhança, a já citada Lei n. 22/2000 – “Lei de Acolhimento de Pessoas mais Velhas” –, da Catalunha, Espanha, é a previsão normativa que guarda maior proximidade com a presente proposta. A lei em questão, revogada em 2017, alçava a condição de herdeiro necessário parentes colaterais ou terceiros, sem vínculo familiar, em razão de terem, em vida, acolhido o autor da herança.⁷⁶³

O art. 3 da Lei n. 22/2000 definia os requisitos pessoais necessários para que duas pessoas pudessem configurar na condição de acolhedora e acolhida, dentre eles destacam-se a inexistência de vínculo de parentesco até o segundo grau, a pessoa acolhida ter mais de 65 anos e o acolhedor ser, no mínimo, 15 anos mais jovem que a pessoa acolhida, senão vejamos:

Artigo 3.º Requisitos pessoais

1. O acolhimento exige que as pessoas acolhedoras e os acolhidos não tenham parentesco até o segundo grau, sejam maiores de idade e tenham plena capacidade de agir ou que essa capacidade, em relação às pessoas acolhidas, seja fornecida ou suplementada por o consentimento de seus representantes legais, a pessoa que exerce a tutela ou as pessoas designadas em um documento de nomeação de tutor não testamentário. Nos casos de vontade suprimida ou suplementar, é necessária autorização judicial e deve ser ouvido a pessoa ou casal anfitrião, se tiver discernimento suficiente.

immediately before the death of the deceased was being maintained, either wholly or partly, by the deceased; that person may apply to the court for an order under section 2 of this Act on the ground that the disposition of the deceased's estate effected by his will or the law relating to intestacy, or the combination of his will and that law, is not such as to make reasonable financial provision for the applicant.”. UK. **Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975**. UK Public General Acts, nov. 1975. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/63> Acesso em: 23 out. 2019.

⁷⁶² BALMASEDA, Ángeles Egusquiza. **Sucesión “mortis causa” de la Familia Recompuesta** (De la Reserva Vidual a la Fiducia Sucesoria). Navarra: Aranzadi, 2015. p. 44-45.

⁷⁶³ ESPANHA. **Lei n. 22/2000**, de 29 de diciembre, de Acogida de Personas Mayores. Disponível em: https://portaljuridic.gencat.cat/ca/pjur_ocults/pjur_resultats_fitxa/?action=fitxa&documentId=247925&language=ca_ES&textWords=22%2F2000&mode=single. Acesso em: 16 jan. 2018.

2. As pessoas acolhidas não podem ter menos de sessenta e cinco anos de idade e o mais novo deve ter pelo menos quinze anos a mais que o idoso.⁷⁶⁴

Com relação a atribuição de direitos sucessórios, a Lei n. 22/2000 estabelecia que, no caso da sucessão sem testamento, restava reservado ao acolhedor, na hipótese de existência de descendentes, ascendentes, cônjuges e colaterais até o segundo grau, desde que tivesse convivido com o acolhido por no mínimo quatro anos, um quarto do valor da herança, em bens ou o seu equivalente em dinheiro, cuja escolha caberia aos herdeiros. Caso não existissem herdeiros sucessíveis, caberia toda herança ao acolhedor. Assim previa o art. 8:

Artigo 8.º Efeitos em caso de sucessão intestada

1. Na sucessão intestada das pessoas acolhidas, se a convivência ocorrer por um período mínimo de quatro anos, as pessoas acolhedoras têm direito, em concorrência com descendentes, cônjuges, ascendentes ou colaterais até o segundo grau de consanguinidade ou adoção, e em conjunto, se forem dois, a exercer uma ação pessoal e a exigir, dos herdeiros daqueles, bens hereditários ou sua equivalência em dinheiro, à escolha daqueles que são herdeiros, que representem um quarto do valor da herança.
2. Também podem reivindicar a parte proporcional dos frutos e rendimentos da herança percebidos a partir do dia da morte das pessoas acolhidas, ou de seu valor em dinheiro.
3. Deve imputar-se sempre à conta do referido um quarto o valor dos bens que, por qualquer título gratuito, as pessoas acolhedoras tiverem recebido das acolhidas ou que estas lhes tenham atribuído em sua herança, ainda que renunciem a ela.
4. A ação para formular as reivindicações estabelecidas nos parágrafos 1 e 2 prescreve em um ano após a morte da pessoa acolhida.
5. Se não houver descendentes, cônjuge, ascendentes ou colaterais até o segundo grau, ou se os filhos deles estiverem pré-mortos, as pessoas acolhedoras terão direito a toda a herança, se a convivência tiver durado por um período mínimo de quatro anos.⁷⁶⁵

⁷⁶⁴ Tradução livre: “Artículo 3 Requisitos personales: 1. La acogida requiere que las personas acogedoras y las acogidas no tengan parentesco entre ellas hasta el segundo grado, sean mayores de edad y con plena capacidad de obrar o que dicha capacidad, en lo relativo a las personas acogidas, sea suplida o complementada por el consentimiento de sus representantes legales, la persona que ejerce la curatela o las personas designadas en documento de nombramiento tutelar no testamentario. En los casos de voluntad suplida o complementada, es necesaria autorización judicial y debe escucharse a la persona o pareja acogida, si es que tiene discernimiento suficiente. 2. Las personas acogidas no pueden ser menores de sesenta y cinco años, y el de menos edad debe tener, como mínimo, quince años más que la persona acogedora de más edad.”. ESPANHA. **Ley n. 22/2000**, de 29 de diciembre, de Acogida de Personas Mayores. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2001/BOE-A-2001-2354-consolidado.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2018.

⁷⁶⁵ Tradução livre: “**Artículo 8** Efectos en caso de sucesión intestada; 1. En la sucesión intestada de las personas acogidas, si la convivencia ha sido por un período mínimo de cuatro años, las personas acogedoras tienen el derecho, en concurrencia con descendientes, cónyuge, ascendientes o colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o adopción, y conjuntamente si son dos, a ejercer una acción personal y a exigir, a los herederos de aquéllos, bienes hereditarios o su equivalencia en dinero a elección de los que sean herederos, que representen una cuarta parte del valor de la herencia. 2. También pueden reclamar la parte proporcional de los frutos y rentas de la herencia percibidos desde el día de la muerte de las personas acogidas, o de su valor en dinero. 3. Debe imputarse siempre a cuenta de dicha cuarta parte el valor de los bienes que, por cualquier título gratuito, las personas acogedoras hayan recibido de las acogidas o que éstas les hayan atribuido en su herencia aunque renuncien a ella. 4. La acción para formular las reclamaciones establecidas por los apartados 1 y 2 prescribe al año de la muerte de la persona acogida. 5. Si no existen descendientes, cónyuge, ascendientes ni colaterales hasta el segundo grado o si los hijos de éstos han premuerto, a las personas acogedoras les corresponde toda la herencia, si la convivencia ha sido por un período mínimo de cuatro años.”. ESPANHA. **Ley n. 22/2000**, de 29 de diciembre, de Acogida de Personas Mayores. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2001/BOE-A-2001-2354-consolidado.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2018.

Na hipótese de sucessão testamentária, o art. 9, da lei em questão, atribuía ao acolhedor à condição de herdeiro necessário, devendo ser reservado a ele um quarto do valor da herança, nos exatos termos previstos para sucessão sem testamento – conforme art. 8 da lei, retro descrito. Ainda, previa o art. 9, segunda parte, que na hipótese de, em vida, a relação entre acolhedor e acolhido ter sido marcada por uma desproporção em relação as prestações assistenciais e econômicas, o acolhedor teria direito a uma indenização econômica, a ser paga pelos herdeiros, até as forças da herança, cujo valor deveria ser fixado pelas partes ou, na hipótese de desacordo, via arbitragem ou por decisão judicial. Veja-se a previsão normativa:

Artigo 9.º Efeitos em caso de sucessão testada

1. Na sucessão testada das pessoas acolhidas, se a convivência ocorrer por um período mínimo de quatro anos, as pessoas acolhedoras terão o mesmo direito estabelecido no artigo 8.1, ao qual se aplicam as normas de imputação e prescrição estabelecidas nos parágrafos 3 e 4 daquele dispositivo.

2. Nos casos em que se tenha produzido uma desproporção acentuada das prestações assistenciais e econômicas das pessoas acolhedoras no interesse das acolhidas em relação às compensações entre os vivos ou por causa da morte que tenham recebido destas, as pessoas acolhedoras têm direito a uma indenização econômica a cargo dos herdeiros das pessoas acolhidas que, se não houver acordo, deve ser determinada por arbitragem ou judicialmente, levando em consideração os acordos entre as partes, os meios econômicos das pessoas acolhedoras, o tempo que durou convivência, a importância da disposição acordada como contraprestação e o espólio. A ação para formular a referida reivindicação prescreve em um ano após a morte da pessoa acolhida.⁷⁶⁶

A lei de acolhimento familiar, destinada a pessoas idosas, embora representasse um avanço, ao que tudo indica desceu demais as minúcias regulatórias, a ponto de engessar o instituto do acolhimento familiar. Denota-se um excesso de exigências para configuração da relação de convivência, e, por consequências, dos benefícios hereditários, desde a idade mínima do acolhedor e acolhido, tempo mínimo de convivência, necessidade de pacto escrito, entre outras exigências formais. Não é por outra razão que, segundo o legislador ordinário, a

⁷⁶⁶ Tradução livre: “Artículo 9 Efectos en caso de sucesión testada; 1. En la sucesión testada de las personas acogidas, si la convivencia ha sido por un período mínimo de cuatro años, las personas acogedoras tienen el mismo derecho establecido por el artículo 8.1, al que son de aplicación las normas sobre imputación y prescripción que constan en los apartados 3 y 4 de aquella disposición. 2. En los casos en que se haya producido una marcada desproporción de las prestaciones asistenciales y económicas de las personas acogedoras en interés de las acogidas en relación con las compensaciones entre vivos o por causa de muerte que hayan recibido de éstas, las personas acogedoras tienen derecho a una indemnización económica a cargo de los herederos de las personas acogidas que, de no haber acuerdo, debe determinarse mediante arbitraje o judicialmente, teniendo en cuenta los pactos entre las partes, los medios económicos de las personas acogedoras, el tiempo que haya durado la convivencia, la importancia de la disposición pactada como contraprestación y el caudal relicto. La acción para formular dicha reclamación prescribe al año de la muerte de la persona acogida.”. ESPANHA. **Ley n. 22/2000**, de 29 de diciembre, de Acogida de Personas Mayores. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2001/BOE-A-2001-2354-consolidado.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2018.

lei não teve um “enraizamento prático”, pelo que foi revogada e substituída por uma regulação mais simplificada.⁷⁶⁷

O Código Civil da Catalunha, quando regulou a matéria, por meio da Lei n. 3/2017, reduziu o campo de tipificação de requisitos objetivos para configuração das “relaciones convivenciales de ayuda mutua” e, por consequente, de atribuição de direitos delas decorrentes. A título exemplificativo, deixou de ser exigido a constituição da relação via escritura pública, a qual passou a ser reconhecida, também, diante da existência da relação fática de entreatajuda pelo período de dois anos.⁷⁶⁸ A lei também atribuiu às partes a função de delimitar, com liberdade de forma, as relações pessoais e patrimoniais travadas entre elas.⁷⁶⁹ Ainda, deixou de ser fixada uma idade mínima e uma diferença de idade mínima entre as partes, como fazia a lei anterior. Permaneceu, contudo, a exigência de que sejam parentes na linha colateral ou, simplesmente, pessoas com vínculo de amizade ou companheirismo.⁷⁷⁰ Denota-se, em linhas gerais, que o objetivo da reforma foi apenas fixar alguns critérios orientadores para constituição da relação, sem, contudo, estabelecer, de forma estanque, diversos requisitos rígidos, que tornavam o instituto inviável faticamente.

No tocante aos direitos sucessórios, a nova regulamentação substitui o direito à uma parcela da herança pelo direito à alimentos, conforme se observa no 240-7 do Código Civil da Catalunha:

Artigo 240-7. Pensão periódica em caso de morte.

1. No caso de término da convivência devido à morte de um dos conviventes, o convivente ou conviventes que sobrevivam, que foram total ou parcialmente mantidos pelo pré-morto durante o ano anterior à morte e que não tenham meios financeiros

⁷⁶⁷ “no haya tenido un arraigo práctico, hasta el punto de que el Registro de acogida de personas mayores no se ha llegado a desarrollar reglamentariamente, han permitido prescindir de la tipificación de dicho pacto de acogida”. ESPANHA. **Ley 3/2017**, del libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-13312>. Acesso em: 16 jan. 2018.

⁷⁶⁸ Artículo 240-3. Constitución. Las relaciones convivenciales de ayuda mutua pueden constituirse en escritura pública, a partir de la cual tienen plena efectividad, o por el transcurso de un período de dos años de convivencia. ESPANHA. **Ley 3/2017**, del libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-13312>. Acesso em: 16 jan. 2018.

⁷⁶⁹ Artículo 240-4. Acuerdos. 1. Los convivientes pueden regular válidamente, con libertad de forma, las relaciones personales y patrimoniales, y los respectivos derechos y deberes durante la convivencia, siempre y cuando estos acuerdos no perjudiquen a terceras personas. En particular, puede acordarse la contribución igual o desigual a los gastos comunes e, incluso, que el trabajo doméstico y la carga económica sea asumida íntegramente por alguno de los convivientes. ESPANHA. **Ley 3/2017**, del libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-13312>. Acesso em: 16 jan. 2018.

⁷⁷⁰ Artículo 240-2. Requisitos personales. 1. Pueden constituir una relación convivencial de ayuda mutua las personas mayores de edad unidas por vínculos de parentesco en línea colateral sin límite de grado y las que tienen relaciones de simple amistad o compañerismo, siempre y cuando no estén unidas por un vínculo matrimonial o formen una pareja estable con otra persona con la que convivan. ESPANHA. **Ley 3/2017**, del libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-13312>. Acesso em: 16 jan. 2018.

suficientes para se manter, têm direito a uma pensão alimentícia, a cargo dos herdeiros daquele, por um período máximo de três anos.

2. Para estabelecer o valor e a duração da pensão periódica em caso de morte de um dos conviventes, deve-se levar em consideração o seguinte:

- a) O custo de manutenção.
- b) O tempo em que o convivente ou conviventes sobreviventes foram mantidos.
- c) O espólio.

3. A capitalização da pensão periódica em caso de morte nos juros de mora não pode exceder a metade do valor do espólio se os herdeiros forem descendentes, ascendentes ou colaterais até o segundo grau de consanguinidade do falecido. Se os herdeiros são menores ou pessoa com deficiência, o limite deve ser um quinto do valor da herança.

4. Não há direito a uma pensão periódica em caso de morte caso assim tenha sido acordado na constituição do regime de convivência, e ele se perde se durante o tempo determinado o beneficiário se casar ou for morar conjugalmente com outra pessoa ou tiver obtido alimentos das pessoas obrigadas a prestá-los.

5. O direito a pensão periódica em caso de morte deve ser reivindicado no prazo de um ano a partir do término da relação de convivência.⁷⁷¹

A implementação de uma pensão alimentícia em favor da pessoa que estabeleceu, em vida, uma relação de entreatajuda com o falecido, embora seja interessante, não coaduna com a presente tese. Isso porque o deferimento da pensão alimentícia pressupõe a necessidade econômico financeira do alimentando. Logo, somente as pessoas que tivessem dificuldades financeiras teriam um estímulo para travar um comportamento afetivo com o autor da herança. Ou seja, pessoas abastadas, caso tivessem uma relação afetiva com o autor da herança, ao final não teriam qualquer benesse específica, deixando de existir entre elas, via herança, o estímulo ao comportamento afetivo com o autor da herança.

Diante do exposto, denota-se que, embora possa se imaginar que a tese, vale dizer, a proposta de inclusão do comportamento afetivo como um gerador da condição de herdeiro necessário aos colaterais ou terceiros, ou, ainda, autorizasse o chamamento a sucessão de herdeiros preteridos na ordem de vocação hereditária, não seria admitida pelo mundo jurídico em razão de uma aventada incerteza e insegurança jurídica que poderia ensejar (em especial devido à dificuldade de se mensurar juridicamente a afetividade ou por comportamento

⁷⁷¹ Tradução livre: "Artículo 240-7. Pensión periódica en caso de defunción. 1. En caso de extinción de la convivencia por defunción de uno de los convivientes, el conviviente o convivientes que sobrevivan, que eran mantenidos total o parcialmente por el premuerto durante el año previo a la defunción y que no tengan medios económicos suficientes para mantenerse, tienen derecho a una pensión alimentaria, a cargo de los herederos de aquel, por un período máximo de tres años. 2. Para establecer la cuantía y duración de la pensión periódica en caso de defunción de uno de los convivientes, deben tenerse en cuenta: a) El coste del mantenimiento. b) El tiempo en que el conviviente o convivientes supervivientes fueron mantenidos. c) El caudal relicto. 3. La capitalización de la pensión periódica en caso de defunción al interés legal del dinero no puede exceder de la mitad del valor del caudal relicto si los herederos son descendientes, ascendientes o colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad del causante. Si los herederos son menores de edad o discapacitados, el límite debe ser la quinta parte del valor de la herencia. 4. No corresponde derecho a pensión periódica en caso de defunción si se ha pactado así en la constitución del régimen de convivencia, y se pierde si durante el tiempo fijado el beneficiario se casa o pasa a vivir maritalmente con otra persona o ha obtenido alimentos de las personas obligadas a prestárselos. 5. El derecho a pensión periódica en caso de defunción debe reclamarse en el plazo de un año a contar de la extinción de la relación de convivencia" ESPANHA. **Ley n. 25/2010**, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família. Disponible em: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2017-2466>. Acesso em: 16 jan. 2018.

oportunista), a experiência catalã demonstra que a objeção não tem procedência. É possível, desde que o legislador ordinário não crie um sem fim de condições para sua configuração no plano legal, a ponto de tornar inviável o cumprimento de todos os requisitos legais. Vive-se a era da complexidade e qualquer tentativa de enclausurar tal realidade em uma caixa normativa não terá sucesso. Ao que tudo indica, mostra-se necessário deixar aos tribunais a análise, caso a caso, acerca da existência dos comportamentos exteriorizados que denotam a existência da afetividade e, por consequência, do nascimento da condição de herdeiro necessário, assim como já ocorre, *mutatis mutandis*, com as uniões estáveis no Brasil.

Ainda, analisando o atual cenário jurídico brasileiro, pode-se concluir que o comportamento afetivo já admite, grosso modo, como ensejador de direitos sucessórios, ainda que em um campo bem mais restrito, pelos tribunais brasileiros. É o que se observa nas recentes decisões que tem reconhecido o direito à sucessão do filho socioafetivo.

Sobre o tema a doutrina sustenta que “Sendo a filiação um estado jurídico e não meramente biológico, permite-se ser possível àquele criado com tais características, uma vez devidamente comprovadas, obter em juízo o reconhecimento do estado de filho socioafetivo, inclusive como título para efeitos sucessórios, como já comentado alhures.”⁷⁷²

Nesse sentido, veja a ementa do acórdão do Superior Tribunal de Justiça que deliberou sobre o tema é a seguinte:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. FILIAÇÃO. IGUALDADE ENTRE FILHOS. ART. 227, § 6º, DA CF/1988. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. VÍNCULO BIOLÓGICO. COEXISTÊNCIA. DESCOBERTA POSTERIOR. EXAME DE DNA. ANCESTRALIDADE. DIREITOS SUCESSÓRIOS. GARANTIA. REPERCUSSÃO GERAL. STF. 1. No que se refere ao Direito de Família, a Carta Constitucional de 1988 inovou ao permitir a igualdade de filiação, afastando a odiosa distinção até então existente entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos (art. 227, § 6º, da Constituição Federal). 2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 898.060, com repercussão geral reconhecida, admitiu a coexistência entre as paternidades biológica e a socioafetiva, afastando qualquer interpretação apta a ensejar a hierarquização dos vínculos. 3. A existência de vínculo com o pai registral não é obstáculo ao exercício do direito de busca da origem genética ou de reconhecimento de paternidade biológica. Os direitos à ancestralidade, à origem genética e ao afeto são, portanto, compatíveis. 4. O reconhecimento do estado de filiação configura direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem nenhuma restrição, contra os pais ou seus herdeiros. 5. Diversas responsabilidades, de ordem moral ou patrimonial, são inerentes à paternidade, devendo ser assegurados os direitos hereditários decorrentes da comprovação do estado de filiação. 6. Recurso especial provido.⁷⁷³

Da análise da decisão em questão, observa-se que o Superior Tribunal de Justiça reconhece o direito à sucessão com base na socioafetividade na hipótese específica da

⁷⁷² CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 320-321.

⁷⁷³ STJ. **REsp 1.618.230/RS**. Rel. Min. Villas Bôas Cueva, 3ª T., unânime, j. em 28.3.2017.

filiação socioafetiva. Ou seja, alça à condição de herdeiro necessário pessoa estranha a família consanguínea, cujo vínculo de parentalidade, que deu ensejo ao vínculo sucessório, surja a partir da existência, no plano fático, de um comportamento afetivo entre duas pessoas. Isso demonstra, de modo genérico, que o ordenamento jurídico brasileiro admite, ainda que na hipótese restrita da relação paterno-filial ou materno-filial, que duas pessoas, sem, a priori, um vínculo parental, podem tornar-se herdeiras necessárias, uma da outra, a partir a existência de laços de afetividade desenvolvidos ao longo da vida.

A decisão em tela reforça e dá arrimo à tese sustentada, porém não esgota o tema. Visto que labora apenas na restrita hipótese de duas pessoas exercerem uma relação paterno-filial ou materno-filial e ser reconhecida, por consequência, a filiação socioafetiva com base na posse de estado de filho (art. 1593, do CC/02⁷⁷⁴) – especialmente através do nome, tratamento e fama.⁷⁷⁵ A tese em questão vai além, pois labora a possibilidade de inclusão na condição de herdeiros necessários de irmãos, tios, sobrinhos, primos ou, simplesmente, pessoas que tenham uma relação de amizade ou companheirismo, com objetivo de entreajuda ou de auxílio ao autor da herança – leia-se, que tenham comportamento afetivo com o *de cujos*.

Por fim, cabe destacar que a presente proposta não está tão distante do cenário jurídico brasileiro. Isso porque, encontra-se atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 6480/2013, o qual prevê a criação do art. 1844-B, do Código Civil Brasileiro, o qual visa incluir, na condição de herdeiro necessário, com garantia de recebimento de 10% do monte partível, “Todo aquele que, não sendo cônjuge, dispensar espontaneamente ao autor da herança na sua velhice, carência ou enfermidade o zelo e os cuidados dignos e eficazes, dando-lhe sustento sem retribuição monetária [...]”.⁷⁷⁶

Na exposição de motivos do Projeto de Lei consta que o seu objetivo “é **provocar** as pessoas nele mencionadas a cuidar dos idosos, ainda que por interesse financeiro (neste caso vai sobrar quem queira)”. Logo após, apresenta alguns dados acerca da situação demográfica do Brasil:

O Brasil, nas últimas décadas, vem sofrendo incessantes mudanças sociais, econômicas e políticas, que acabam refletindo na estrutura demográfica do país. Conforme estatísticas do Ministério da Saúde, atualmente, o país possui um contingente de 21 milhões de idosos. Há previsão de que esse número chegará a 32 milhões em 2025, quando então o Brasil será o sexto país com maior população idosa

⁷⁷⁴ Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade **ou outra origem**.

⁷⁷⁵ Sobre o tema ver: FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade**: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

⁷⁷⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 6480/2013**. Acrescenta o art. 1.844-B e dispositivos à Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que "Institui o Código Civil.". Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=594309>. Acesso em: 10 jan. 2018.

do mundo. Em 2050, acredita-se, o percentual de idosos brasileiros será igual ou superior ao de crianças de 0 a 14 anos.⁷⁷⁷

Isso demonstra que o legislador brasileiro está atento quanto a duas questões importantes no que toca ao desenvolvimento da sociedade brasileira, sendo a primeira *(i)* a mudança do perfil demográfico do país, que caminha para uma sociedade envelhecida, e a segunda *(ii)* a necessidade de se criar incentivos – “*provocar*” os indivíduos, em especial familiares – para a prestação de assistência material e imaterial ao idoso.

As razões esposadas no corpo do projeto de lei retro mencionado demonstram que a presente proposta não é somente uma alternativa viável juridicamente, mas que já vem sendo francamente cogitada pelo legislador brasileiro. Logo, denota-se que o legislador ordinário está atento ao problema do abandono e já cogita usar a sucessão legítima como parte da solução da problemática.

À luz das questões debatidas, apresenta-se as seguintes propostas de alteração *de lege ferenda* da sucessão legítima no Código Civil Brasileiro:

Proposta fraca - Incorporação do “herdeiro afetivo”.

Art. 1.829-A. Na sucessão legítima, os parentes colaterais ou terceiros que possuam, de modo constante, comportamento afetivo com o autor da herança, consubstanciado em convivência, cuidado, auxílio na subsistência, proteção, entre outros comportamentos inerentes a uma relação familiar, é assegurada a condição de herdeiro necessário, sendo-lhe garantido quinhão igual ao que couber aos demais herdeiros necessários.

§1º Os herdeiros necessários, preteridos na ordem de vocação hereditária, que travarem comportamento afetivo com a autor da herança, também serão chamados a suceder, sendo-lhe garantido quinhão igual ao que couber aos demais herdeiros necessários.

§2º Existindo herdeiros necessários com quinhões desiguais, o herdeiro afetivo concorrerá com os herdeiros a quem couber a maior quota-parte do monte partível.

§3º Na falta de descendentes, ascendentes e cônjuge, será deferida a sucessão por inteiro ao herdeiro afetivo.

§4º Não se aplica a presente hipótese nas relações assistenciais por natureza, como asilos, orfanatos, abrigos e congêneres.

3.2.2 Inclusão da inexistência de comportamento afetivo como hipótese de deserdação de herdeiro necessário

“Con relación al desheredamiento, es destacable la adición de una nueva causa, que es la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario por causa exclusivamente imputable a este último. A pesar de que, ciertamente, el precepto puede ser fuente de litigios por la dificultad probatoria de su supuesto de hecho, que puede conducir al juzgador a tener que hacer suposiciones sobre el origen de desavenencias familiares, se ha contrapesado este coste elevado de aplicación de la norma con el valor que tiene como reflejo del fundamento familiar de la institución y el sentido elemental de justicia que es subyacente.”

⁷⁷⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 6480/2013**. Acrescenta o art. 1.844-B e dispositivos à Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que "Institui o Código Civil.". Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=594309>. Acesso em: 10 jan. 2018.

Preâmbulo, Código Civil de Cataluña (Ley 10/2008)

Conforme explicitado anteriormente, a presente tese pode ser implementada por diferentes vias. No atual subitem, propõe-se *de lege ferenda* a denominada via (b) média, que consiste na possibilidade de inclusão do abandono afetivo – ou ausência de comportamento afetivo – entre sucessor e sucedido como uma nova hipótese de deserdação junto ao Código Civil de 2002 (Lei n. 10.406/02).

Cabe rememorar que no capítulo anterior chegou-se à conclusão que inserir um custo vinculado a ausência de comportamento afetivo junto a legítima ensejaria um desestímulo ao abandono afetivo. O presente caso propõe que o custo, diante da ausência de comportamento afetivo com a autor da herança, seja a perda da condição de herdeiro necessário.

Para tanto, poderia ser implementado junto ao código uma nova hipótese de deserdação, constituída com base na ausência de notório e continuado comportamento afetivo entre sucessor e sucedido. Nesse caso a tendência seria que os sujeitos, agindo com base na racionalidade maximizadora, optassem por manter um comportamento afetivo entre si, uma vez que a sua ausência lhes traria um custo muito alto, vale dizer, a perda do direito à legítima, no caso específico da sucessão dos descendentes, ascendentes, cônjuge e companheiros.

Segundo Clóvis Beviláqua, a “deserdação é o ato pelo qual o herdeiro necessário é privado de sua porção legítima.”⁷⁷⁸ Cabe rememorar que aos herdeiros necessários resta garantida a legítima, ou seja, a metade do monte hereditário (art. 1.789, do CC/02). Assim, a única forma do próprio autor da herança afastar um dos seus herdeiros necessários é através da deserdação, ato realizado via testamento e mediante hipóteses legais delimitadas.

Conforme leciona Sílvio de Salvo Venosa, “a deserdação é, portanto, uma cláusula testamentária, a qual, descrevendo a existência de uma causa autorizada pela lei, priva um ou mais herdeiros necessários de sua legítima, excluindo-os, desse modo, da sucessão.”⁷⁷⁹

As origens da deserdação remontam ao Direito Romano. Previa a Lei das XII Tábuas que o autor da herança devia instituir ou deserdar herdeiros certos membros da sua família (*los sui*). Se não o fizesse o testamento se tornava nulo.⁷⁸⁰ O objetivo do instituo era manter a disciplina e a autoridade do *pater familias* dentro do grupo familiar. Não era exigido qualquer justificativa ou causa para deserdação. Portanto, a liberdade de deserdação era ampla. Contudo, no fim da República Romana passou a ser vedado a deserdação de parentes próximos sem que houvesse um motivo justificável, sob o fundamento de que o testador lhes

⁷⁷⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1978. p. 297.

⁷⁷⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. v. 6. 18. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017. p. 354.

⁷⁸⁰ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 756

devia afeição (*officium pietatis*).⁷⁸¹ Caso houve uma deserdação injusta, os parentes afetados podiam atacar o testamento, por meio da *querela inofficiosi testamenti*, perante o tribunal dos centúvrios, tornando o testamento nulo.⁷⁸² Por fim, no período Justiano, por meio da Novela 115 (caps. 3, 4, 5 pr.), passaram a ser delimitadas as hipóteses de deserdação (quatorze para os descendentes e oito para os ascendentes), as quais, caso não fossem observadas, conferia ao herdeiro injustamente deserdado o direito de requerer a impugnação ou a rescisão do testamento somente da cláusula de deserdação.⁷⁸³

O ordenamento jurídico brasileiro, por influência portuguesa, incorporou o instituto no Código Civil de 1916 e previa, como hipóteses de deserdação, as seguintes situações: (i) incidência em um dos casos de indignidade; (ii) ofensas físicas; (iii) injúria grave; (iv) desonestidade da filha que vive na casa paterna; (v) relações ilícitas com a madrasta, ou o padrasto; (vi) desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade; (vii) relações ilícitas com a mulher do filho ou neto, ou com o genro ou marido da filha ou neta; (viii) desamparo do filho ou neto em alienação mental ou grave enfermidade. As hipóteses (iv), (v) e (vi) cabiam apenas nos casos de deserdação dos descendentes por seus ascendentes (art. 1.744, do CC/16) e as hipóteses (vii) e (viii) apenas na deserdação dos ascendentes pelos descendentes (art. 1.745, do CC/16). No Código de 1916, o cônjuge e companheiro não eram herdeiros necessários, pelo que não existia qualquer previsão de deserdação relacionada especificamente a condutas dos consortes entre si.

No tocante à indignidade – cujos casos também se aplicavam à deserdação –, o Código de 1916 estabelecia as seguintes causas: (a) os que “houverem sido autores ou cúmplices em crime de homicídio voluntário, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar”; (b) os que “a acusaram caluniosamente em juízo, ou incorreram em crime contra a sua honra”; e, por fim (c) os que “por violência ou fraude, a inibiram de livremente dispor dos seus bens em testamento ou codicilo, ou lhe obstaram a execução dos atos de última vontade” (art. 1.595, do CC/16).

A deserdação não se confunde com a indignidade, muito embora exista uma estreita ligação entre os institutos, na medida em que ambos impõem uma pena civil, consubstanciada na exclusão da sucessão ou privação do direito de receber sua quota parte da legítima. Entre as principais diferenças, destaca-se: (i) a primeira é feita por testamento, pelo próprio testador. Só alcança os herdeiros necessários e todas as causas são anteriores ao falecimento; (ii) a segunda é realizada por terceiros, após a morte do falecido. Alcança os herdeiros legítimos

⁷⁸¹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1978. p. 292.

⁷⁸² ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 760.

⁷⁸³ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 763.

(necessários e facultativos) e os testamentários e os fatos que levam a indignidade podem ser anteriores ou posteriores à morte do sucedido. Contudo a principal distinção entre os institutos reside na legitimidade ativa para requerer a aplicação da sanção. A indignidade é situação que independe da vontade do falecido, ao passo que a deserdação é ato de última vontade do testador, manifestado em testamento.

O Código Civil de 2002 ao regular os institutos não trouxe grandes inovações em relação à legislação anterior. Muita embora transcorrido considerável marco temporal entre o primeiro e o segundo código, com profundas e impactantes mudanças econômicas e sociais nesse interstício, em especial a instalação de uma nova ordem jurídica após a Constituição Federal de 1988, muito pouco, quase nada, foi alterado em relação à regulação sucessória antecedente. No tocante as causas de deserdação e indignidade, simplesmente houve a reprodução, praticamente idêntica, da legislação de 1916.

No novel diploma civil apenas foi suprimida a causa prevista no art. 1.744, inc. III, do Código Civil de 1916, que previa a possibilidade de deserdar a “filha desonesta”, ou seja, a filha que mantivesse relação sexual, independentemente da idade, enquanto vivesse na casa do pai. A norma impunha castidade à mulher solteira, a qual, à época, se mantivesse relações sexuais, era taxada de prostituta. Entretanto em relação ao homem solteiro a norma nada dispunha, trazendo consigo uma evidente discriminação.⁷⁸⁴

Cabe observar que a hipótese em questão apenas foi suprimida por violar frontalmente a Constituição Federal de 1988.⁷⁸⁵ Portanto, a única alteração ocorrida no instituto da deserdação deu-se por uma questão eminentemente jurídica, não por atenção do legislador à necessidade de adaptar as causas de deserdação às mudanças sociais, em especial as vivenciadas no direito das famílias, operadas na sociedade contemporânea.

Ainda, com relação ao cônjuge, embora incluído no rol de herdeiros necessários (art. 1.845, do CC/02), não passou a constar nas causas específicas de deserdação. Segundo Conrado Paulino da Rosa e Marco Antônio Rodrigues, “é inequívoco que ocorreu um ‘cochilo’ do legislador ao omitir o cônjuge nas causas específicas de deserdação tal como ocorreu em relação aos descendentes e ascendentes”.⁷⁸⁶

À luz do exposto, denota-se o quão descuidado foi o legislador ao regular o instituto da deserdação junto ao Código Civil de 2002. Houve um simples transplante do instituto, de

⁷⁸⁴ POLETTO, Carlos Eduardo Minozzo. **Indignidade sucessória e deserdação**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 386.

⁷⁸⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. v. 6. 18. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017. p. 365.

⁷⁸⁶ ROSA, Conrado Paulino da; RODRIGUES, Marco Antonio. **Inventário e partilha – teoria e prática**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 86.

forma acrítica, do antigo para o atual Código. Tal descuido legiferante rendeu um sem fim de críticas pela doutrina. Nesse sentido, Maria Berenice Dias pondera que:

Talvez seja nos capítulos sobre indignidade e deserdação onde se flagra com mais nitidez a despreocupação do legislador em amoldar a lei à realidade da vida. De forma injustificada, foram reproduzidas as coisas que permitem a expulsão do herdeiro. A única mudança foi abolir a desonestidade da filha que vive na casa paterna, como causa de deserdação [...]. Mas de resto está tudo igual. [...] É desastroso – para dizer o mínimo – limitar as causas que autorizam excluir o herdeiro [...] Um exemplo para flagrar esta incongruência. A injúria grave autoriza a deserdação, mas o estupro não.⁷⁸⁷

Atualmente, pode-se deserdar o pai que manteve relação sexual com a nora ou que tentou cometer crime de homicídio de forma dolosa contra seu filho, porém não é possível deserdar o pai que abusou sexualmente da filha ou tentou cometer o crime de latrocínio contra algum dos seus descendentes. Trata-se, por evidente, de situação jurídica anômala e que reclama por adequações.

Embora haja na doutrina certa inquietação quanto ao rol das causas de deserdação (art. 1814, do CC/02), ser taxativo (*numerus clausus*) ou exemplificativo (*numerus apertus*), existindo argumentos bem contundentes para sustentar tanto a primeira quanto a segunda indagação, parece ser mais acertada a corrente que advoga pelo rol ser fechado – da qual fazem partes Flávio Tartuce⁷⁸⁸, Paulo Lôbo⁷⁸⁹ e Giselda Hironaka⁷⁹⁰. Isso porque não se admite interpretação extensiva para restrição de direitos, em especial se tratando a herança de um direito fundamental (art.5º, XXX, da CF/88).⁷⁹¹

Nessa perspectiva, Luiz Paulo Vieira de Carvalho assevera que a deserdação inadmite nem mesmo o emprego da analogia, “das regras específicas de deserdação do ascendente e do descendente, até mesmo por força do imemorial brocado *ubi lex voluit dicit, ubi noluit tacuit* (quando a lei quis, determinou; sobre o que não quis, guardou silêncio). Em outras palavras, não pode o intérprete restringir onde a lei não restringe.”⁷⁹²

Diante de uma série de controversas que permeiam o instituto, Clóvis Beviláqua chegou a propor a abolição da deserdação, com o argumento de que incentivava conflitos *post mortem*. Segundo o autor, trata-se de instituto jurídico “odioso porque imprime à última vontade do indivíduo a forma hostil do castigo, a expressão da cólera, e inútil porque os efeitos

⁷⁸⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 4. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 33.

⁷⁸⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das sucessões**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 114.

⁷⁸⁹ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito civil: sucessões**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 195.

⁷⁹⁰ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda. Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 357.

⁷⁹¹ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito civil: Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 195.

⁷⁹² CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 3. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017. p. 879

legais da indignidade são suficientes para privar da herança os que, realmente, não a merecem”.⁷⁹³

Contudo, entende-se que a possibilidade de penalização, via deserdação, ainda se justifica na contemporaneidade, pois devem existir mecanismos de reprimenda contra a maldade, traição, deslealdade, quebra de confiança, respeito, enfim, contra atos que denotam ingratidão em relação ao sucedido, na linha que sustentam Flávio Tartuce⁷⁹⁴, Zeno Veloso⁷⁹⁵, Carlos Roberto Gonçalves⁷⁹⁶ e Caio Mário da Silva Pereira.⁷⁹⁷ Portanto, “não podem prosperar as teses que pregam a extinção das categorias em estudo [indignidade e deserdação], pois o indigno e o ingrato devem ser devidamente penalizados pelo sistema jurídico [...]”.⁷⁹⁸

Diante desse cenário, mostra-se pertinente a atualização das causas de deserdação, devendo ser considerada, entre outras possíveis situações, a hipótese do abandono afetivo familiar. Conforme visto anteriormente, é cada vez maior o número de sujeitos que optam por renunciar aos deveres de cuidado em relação aos familiares em busca de outras alegrias mais sedutoras. São filhos que desamparam os pais na velhice. Pais que abandonam os filhos de uma relação anterior ao constituírem uma nova família. Irmãos que mutuamente optam por seguir suas vidas por caminhos diferente, sem a manutenção de qualquer vínculo afetivo.

A proposição aventada mostra-se viável juridicamente, já sendo acolhida em diferentes ordenados jurídicos estrangeiros. No Direito Austríaco, desde 1989 foi introduzido a possibilidade de o sucedido reduzir a legítima à metade se nunca existiu um trato familiar mais próximo com os sucessores, como normalmente se espera de uma relação entre pai e mãe e seus filhos. Assim previa o § 773 da Lei Federal v. 13, de dezembro de 1989, que dispunha sobre “a igualdade do filho ilegítimo na lei sucessória e a garantia do lar conjugal para o cônjuge sobrevivente”⁷⁹⁹:

Redução da porção legítima

⁷⁹³ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil**. v. VI. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1958. p. 217.

⁷⁹⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das sucessões**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 108.

⁷⁹⁵ VELOSO, Zeno. **Comentários ao Código civil: parte especial, do direito das sucessões, da sucessão testamentária, do inventário e da partilha (artigos 1857 a 2027)**. AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). v. 21. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 308-309.

⁷⁹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 433.

⁷⁹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito das sucessões**. v. 6. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 305.

⁷⁹⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das sucessões**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 108.

⁷⁹⁹ Tradução livre da denominação da legislação “Bundesgesetz v. 13 Dezember 1989 über die Gleichstellung des unehelichen Kindes im Erbrecht und die Sicherung der Ehewohnung für den überlebenden Ehegatten”. AUSTRIA. **Bundesgesetz vom 13, 29 dez. 1989**. Disponível em: https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1989_656_0/1989_656_0.pdf. Acesso em: 13 nov. 2019.

§ 773a. (1) Quando, em nenhum momento, há um relacionamento próximo entre pai e filho, como geralmente existe entre pais e filhos em uma família, então diminui-se a parte legítima dos pais ou dos antepassados da criança para com seus descendentes e a da criança e seus descendentes para com os pais e seus antepassados, desde que seja feita por testamento e a redução seja até a metade da legítima. [...]
 "(2) Os descendentes de um herdeiro necessário que faleceu antes, cuja parte obrigatória foi reduzida, só podem exigir a parte obrigatória reduzida.⁸⁰⁰

O dispositivo em questão foi fortemente criticado por apresentar termos muito vagos, dando margem a comportamentos oportunistas por parte do autor da herança, que poderia, de forma consciente, se afastar dos filhos ou impedir que existisse uma relação familiar mais próxima entre eles, com o objetivo de poder reduzir a sua legítima.⁸⁰¹ Diante desse cenário, em 2001, a previsão normativa foi reformada, sendo incluído um novo parágrafo que limitou esse tipo de manobra ardil do autor da herança. O § 3 do § 773 – incluído pela “Lei de Emenda aos Direitos da Criança de 2001”⁸⁰² – prevê que na hipótese do próprio autor da herança ter negado, sem motivo, dedicar um tratamento familiar aos seus herdeiros necessário, a legítima não pode ser reduzida. Veja-se a redação do dispositivo: “(3) O direito a uma redução da legítima não é concedido se o testador rejeitar à comunicação pessoal com o herdeiro, sem uma boa razão”.⁸⁰³

O Estado da Louisiana, nos Estados Unidos da América, é um dos únicos que reconhece o direito à legítima aos filhos. Desde de 1985, o Código Civil da Louisiana prevê, dentre as causas de deserdação, a ausência de tratamento familiar com o autor da herança. O progenitor pode deserdar o filho maior de idade se ele, embora pudesse manter contato com o seu genitor, optou, livremente, por não ter, pelo prazo mínimo de 2 anos. Portanto, somente está autorizada a deserdação nos casos em que não há uma justa causa para a ausência de contato, tais como o filho desconhecer o pai ou caso esteja a serviço das forças armadas. Assim dispõe o art. 1621, do Código Civil da Louisiana:

Art. 1621. Filhos; causas de deserdação dos pais: [...]

⁸⁰⁰ Tradução livre do texto: “§ 773a. (1) Ständen ein Elternteil und sein Kind zu keiner Zeit in einem Naheverhältnis, wie es in der Familie zwischen Eltern und Kindern gewöhnlich besteht, so mindert sich der Pflichtteil dieses Elternteils oder seiner Vorfahren dem Kind und seinen Nachkommen gegenüber und der des Kindes und seiner Nachkommen dem Elternteil und seinen Vorfahren gegenüber, wenn es der Erblasser anordnet, auf die Hälfte. [...] (2) Die Nachkommen eines vorverstorbenen Noterben, dessen Pflichtteil gemindert worden ist, können nur den geminderten Pflichtteil fordern.”. AUSTRIA. **Bundesgesetz vom 13.**, 29 dez. 1989. Disponível em: https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1989_656_0/1989_656_0.pdf. Acesso em: 13 nov. 2019.

⁸⁰¹ “La norma fue criticada por la vaguedad de sus términos, pero, sobre todo, porque fomentaba el comportamiento oportunista del causante, que podía, él mismo, impedir que la relación familiar existiera.” ARROYO I AMAYUELAS, Esther; FARNÓS AMORÓS, Esther. Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado: ¿A quién prefieren los tribunales? **Revista para el Análisis del Derecho**, n. 2, 2015. p. 13.

⁸⁰² Tradução livre da denominação da legislação “*Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001*”. AUSTRIA. **296 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XX**. Disponível em: https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXI/II/_00296/fname_602015.pdf. Acesso em: 13 nov. 2019.

⁸⁰³ Tradução livre do texto: “(3) Das Recht auf Pflichtteilsmindernng steht nicht zu, wenn der Erblasser die Ausübung des Rechts auf persönlichen Verkehr mit dem Pflichtteilsberechtigten grundlos abgelehnt hat.” AUSTRIA. **296 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XX**. Disponível em: https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXI/II/_00296/fname_602015.pdf. Acesso em: 13 nov. 2019.

(8) Se a criança, depois de atingir a maioridade e sabendo como entrar em contato com os pais, deixa de se comunicar com os pais sem justa causa por um período de dois anos, a menos que a criança estivesse em serviço ativo em qualquer uma das forças militares dos Estados Unidos na época.⁸⁰⁴

O Código Civil da Louisiana também permite que os avós deserdem os netos em casos similares, ou seja, quanto eles deixam de manter relação familiar com os pais ou com os próprios avós, sem justificativa, por um período mínimo de 2 anos. A previsão consta no art. 1622 do Código Civil da Louisiana, com a seguinte redação:

Arte. 1622. Avós; causas da deserdação dos netos:
Um avô pode deserdar seu neto por qualquer uma das causas, exceto a sexta, expressa no artigo anterior, sempre que o ato ofensor tiver sido cometido contra um dos pais ou um avô. Ele também pode deserdar o neto pela sétima causa expressa no artigo anterior.⁸⁰⁵

Sobre o prazo mínimo de ausência de relação, a Suprema Corte de Apelação da Louisiana (primeiro circuito) já decidiu que os 2 anos de afastamento não precisam ser imediatamente anteriores à redação do testamento. Segundo a Corte, “qualquer período de dois anos após a criança atingir a maioridade, mas antes da execução da vontade, em que a criança deixa, sem justa causa, de se comunicar com seus pais, constitui o fundamento para a deserdação, conforme contemplado por La. CC art. 1621.” E, concluíram os juízes rejeitando “especificamente a conclusão do tribunal de que o período de dois anos de falta de comunicação deve ocorrer imediatamente antes da execução do testamento.”⁸⁰⁶

No direito espanhol, o abandono também está positivo como causa de deserdação. O Código Civil da Espanha constitui como causa de deserdação o desamparo alimentar do filho durante a infância e do pai durante a velhice. Os dispositivos estabelecem o seguinte:

Art. 853. Também haverá justa causa para deserdar crianças e descendentes, além daquelas indicadas no artigo 756, com os números 2, 3, 5 e 6, a seguinte:

⁸⁰⁴ Tradução livre do texto: “Art. 1621. Children; causes for disinheriton by parents [...] (8) The child, after attaining the age of majority and knowing how to contact the parent, has failed to communicate with the parent without just cause for a period of two years, unless the child was on active duty in any of the military forces of the United States at the time.”. US. Louisiana Laws. Civil Code. **CC 1621** – Children; causes for disinheriton by parents. 2016. Disponível em: <https://law.justia.com/codes/louisiana/2016/code-civilcode/cc-1621/>. Acesso em: 13 nov. 2019.

⁸⁰⁵ Tradução livre do texto: “Art. 1622. Grandparents; causes for disinheriton of grand children: A grandparent may disinherit his grandchild for any of the causes, other than the sixth, expressed in the preceding Article, whenever the offending act has been committed against a parent or a grandparent. He may also disinherit the grandchild for the seventh cause expressed in the preceding Article”. US. Louisiana Laws. Civil Code. **CC 1622** – Grandparents; causes for disinheriton of grandchildren. 2016 Disponível em: <https://law.justia.com/codes/louisiana/2016/code-civilcode/cc-1622/>. Acesso em: 13 nov. 2019.

⁸⁰⁶ Tradução livre do trecho “we conclude that any two year period after a child has attained the age of majority, but before the will is executed, in which the child fails without just cause to communicate with his parent constitutes the twelfth ground for disinheriton as contemplated by La.C.C. art. 1621. We specifically reject the conclusion of the trial court that the two year period of a failure to communicate must occur immediately before the execution of the will.”. USA. Louisiana Court of Appeal. **Succession of Joseph M. Gruce**, Sr. 683 So. 2d 362, n. 96 CA 0238, Nov. 8, 1996. Disponível em: <https://cite.case.law/so-2d/683/362/>. Acesso em: 16 nov. 2019.

1º Negado, sem motivo legítimo, alimentos ao pai ou ascendente que o deserda;⁸⁰⁷

Art. 854. Serão justas as causas de deserdação dos pais e ascendentes, além daquelas indicadas no artigo 756, com os números 1, 2, 3, 5 e 6: [...]

2. Negar alimentos a seus filhos ou descendentes sem motivo legítimo;⁸⁰⁸

Na Catalunha, Espanha, também foi inserido no Código Civil Catalão, por meio da Lei n. 10/2008, a possibilidade de deserdação por ausência de continuidade de relação familiar. *Mutatis mutandis*, leia-se “continuidade de relação familiar” como “ausência de comportamento afetivo”. O art. 451-17, do Código Civil de Catalunha, estabelece a seguinte previsão:

1. O falecido pode privar os herdeiros de seu direito à legítima, se houver qualquer motivo para deserdação.

2. As causas da deserdação são: [...]

e) A manifestada e continuada ausência de relacionamento familiar entre o falecido e o herdeiro, se for por uma causa exclusivamente atribuível ao herdeiro.⁸⁰⁹

De acordo com a doutrina espanhola, o dispositivo em questão foi criado em razão de “ser cada vez maior o distanciamento físico, afetivo e assistencial dos filhos”.⁸¹⁰ Portanto, não é difícil concluir que o legislador ordinário espanhol buscou, ao criar a possibilidade de deserdação por ausência de convivência familiar, criar uma norma de contenção do abandono familiar.

Nesse sentido, Carlos Pérez Ramos afirma que as mudanças legislativas denotam a preocupação da sociedade catalã com a situação dos filhos que abandonam os pais:

tema totalmente distinto e certamente preocupante é o dos pais que perderam totalmente a relação com seus filhos e também que foram abandonados por algum deles em residências sendo atendido por somente alguns deles. Esta situação

⁸⁰⁷ Tradução livre do texto: Artículo 853. Serán también justas causas para desheredar a los hijos y descendientes, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2, 3, 5 y 6, las siguientes: 1.ª Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda; [...]. ESPANHA. **Real Decreto de 24 de julio de 1889**, por el que se publica el Código Civil. Ministerio de Gracia y Justicia, 1889. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1889-4763>. Acesso em: 13 nov. 2019.

⁸⁰⁸ Tradução livre do texto: Artículo 854. Serán justas causas para desheredar a los padres y ascendientes, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 1, 2, 3, 5 y 6, las siguientes: (...) 2.ª Haber negado los alimentos a sus hijos o descendientes sin motivo legítimo. ESPANHA. **Real Decreto de 24 de julio de 1889**, por el que se publica el Código Civil. Ministerio de Gracia y Justicia, 1889. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1889-4763>. Acesso em: 13 nov. 2019.

⁸⁰⁹ Tradução livre do texto: “1. El causante puede privar a los legitimarios de su derecho de legítima si en la sucesión concurre alguna causa de desheredación. 2. Son causas de desheredación: [...] e) La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario.”. ESPANHA. **Real Decreto de 24 de julio de 1889**, por el que se publica el Código Civil. Ministerio de Gracia y Justicia, 1889. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1889-4763>. Acesso em: 13 nov. 2019.

⁸¹⁰ Tradução livre do trecho “Cada vez es mayor el alejamiento físico, afectivo y asistencial de los hijos. Así, es significativo que en el Código Civil de Cataluña en la ley 10/2008 se introduce como causa de desheredación la ausencia continuada de relación familiar”. PÉREZ RAMOS, Carlos. La autonomía de la voluntad en las sucesiones y la libertad de testar. In: AGUILAR RUIZ, Leonor; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo *et al.* (Coord.). **Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI: cuestiones actuales y soluciones de futuro**. Navarra: Aranzadi, 2014. p. 114.

preocupou o legislador catalão que no recente livro IV do seu Código Civil incluiu como causa de deserdação no art. 451-17 “*a ausência manifesta e continuada de relação familiar entre o falecido e o legitimado, se é por uma causa atribuída exclusivamente ao legitimado*”.⁸¹¹

Segundo Maria Planas, a criação da hipótese de deserdação em questão ocorreu por uma grande demanda da sociedade. Pontua a advogada que:

El fundamento de la misma obedece a una determinada realidad social: por un lado, algunos hijos no tienen relación con sus progenitores durante un periodo de tiempo relativamente largo y, por el otro, la correlativa voluntad, observada en la práctica notarial, de los padres de privar del derecho a la legítima a esos hijos por esa falta de relación familiar. En otras palabras, encontramos su justificación en la pérdida de los lazos familiares.⁸¹²

Nesse mesmo sentido se manifestou o Tribunal de Barcelona, afirmando que medida encontra amparo na realidade social. De acordo com a decisão, a medida:

obedece a la realidad social en la que muchos hijos carecen de relación con sus padres durante mucho tiempo y en la correlativa voluntad, observada en la práctica real al otorgar testamentos, de padres que deseaban privar de su legítima a los hijos porque no ha habido relación con ellos y prefieren dar los bienes a otros familiares.⁸¹³

Ainda, deve ser observado que a previsão normativa incorpora a mesma ressalva adotada pelo Direito Austríaco, no sentido de prever que a causa de exclusão se aplica aos casos em que o sucessor optou livremente por seguir sua vida por caminho distinto do sucedido. Vale dizer, não é possível a deserdação se a iniciativa de afastamento decorreu do próprio autor da herança. O objetivo é evitar situações oportunistas, nas quais o falecido poderia se afastar, por iniciativa própria ou induzimento de terceiros, com o único intuito de conseguir privar seus herdeiros da legítima.

Imagine-se uma situação na qual um indivíduo idoso, viúvo e aposentado, que possui relação apenas com filhos e netos, conhece uma pessoa mais jovem e ambos se apaixonam intensamente. Ambos casam e a madrasta ou padrasto, com vistas a amealhar o patrimônio do falecido quando do seu falecimento, proíbe que o consorte mantenha contato com seus filhos e netos. Considerando que os indivíduos estão suscetíveis às falhas de racionalidade, induzidas por fatores como prazer, paixões etc., que se sobrepujam a racionalidade (como

⁸¹¹ PÉREZ RAMOS, Carlos. La autonomía de la voluntad en las sucesiones y la libertad de testar. In: AGUILAR RUIZ, Leonor; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo *et al.* (Coord.). **Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI**: cuestiones actuales y soluciones de futuro. Navarra: Aranzadi, 2014. p. 121.

⁸¹² PLANAS, María. **La falta de relación familiar como causa de desheredación**. 2017. Disponível em: <https://www.jda.es/8462/>. Acesso em: 18 ago. 2019.

⁸¹³ ESPANHA. **SAP** – Barcelona de 30 de abril de 2014 (ROJ SAP B 3359/2014). Disponível em: <http://www.poderjudicial.es>. Acesso em: 29 nov. 2019.

discorrido no primeiro capítulo), o autor da herança pode decidir se afastar, induzido pelo companheiro mais jovem, dos seus próprios filhos.

Ainda, cogita-se hipótese na qual um genitor deixa, propositalmente, de manter contato com os filhos concebidos em uma união anterior ou com eventual filho advindo de uma relação extraconjugal, para depois poder efetivar a deserdação, privando-os da legítima, com vistas a privilegiar filhos nascidos no seio do seu atual casamento.

Em ambos os casos se observa que a norma sucessória ao prever, de forma genérica, a hipótese de deserdação por abandono afetivo, pode gerar consequências não desejadas. Caso não seja imposto que a iniciativa de afastamento familiar, ensejadora da hipótese de deserdação, seja atribuída exclusivamente ao sucessor, pode-se gerar, como efeito ricochete – nesse ponto a metodologia juseconômica permite identificar possíveis efeitos indesejados da norma⁸¹⁴ –, consequência inversa a pretendida, no sentido de poder promover, em alguns casos, o distanciamento familiar entre parentes sucessíveis. Portanto, qualquer norma que venha a permitir a deserdação por abandono afetivo deve contar com a ressalva que o afastamento familiar deve ser de iniciativa exclusiva do sucessor ou de ambos, sucessor e sucedido. Ou, caso o afastamento seja atribuído ao sucedido, que deva existir um motivo justificável para tanto. Sob pena da norma dar margem a situações oportunistas e consequências indesejáveis.

A doutrina catalã adverte que o único problema da nova previsão normativa tem sido a dificuldade de provar que o herdeiro deu causa do afastamento familiar, não o autor da herança. De modo particular, a maior dificuldade é demonstrar que a falta de relação familiar deu-se, exclusivamente, por algum ato praticado pelo herdeiro. Contudo, os tribunais⁸¹⁵ têm dado alguns parâmetros para serem observados quanto a aferição de tais requisitos para deserdação: (i) a ideia de relação familiar deve levar em conta os costumes do tempo e do lugar; (ii) incide a hipótese mesmo na existência de relação comercial ou profissional entre as partes, desde que ausente a relação familiar; (iii) a ausência de relação deve ser manifesta, ou seja, os familiares e as pessoas próximas devem ser conhecedoras da falta de relação familiar; (iv) não há um tempo mínimo de afastamento, porém a jurisprudência tem considerado períodos acima de anos e não meses (p. ex. 2, 6, 7, 10, 12 anos); (v) é recomendável que o testador descreva no testamento algumas iniciativas de reconciliação

⁸¹⁴ “To the extent that economic analysis helps us perceive consequences of laws and legal decisions, especially consequences that are not obvious, it is useful to anyone trying to make or understand law.”. FRIEDMAN, David D. **Law's order**: what economics has to do with law and why it matters. Princeton: Princeton University Press, 2000. p. 15.

⁸¹⁵ Sobre a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça da Espanha acerca do tema da deserdação, ver: BARCELÓ DOMÉNECH, Javier. Abandono de las personas mayores y reciente doctrina del Tribunal Supremo español sobre la desheredación por causa de maltrato psicológico. **Actualidad jurídica iberoamericana**, n. 4, p. 289-302, 2016.

familiar, para que fique claro que a causa da falta de relação é atribuída, exclusivamente, ao herdeiro; (vi) pode ser utilizado como prova da falta de relação o testemunho de pessoas próximas da família, inclusive médicos e assistentes sociais; (vii) são situações que levam a presunção de ausência de relação familiar imputável ao herdeiro: (a) a falta de comparecimento no funeral do falecido; (b) ausência de convite ao falecido para a celebração do casamento do herdeiro; (c) falta de comunicação sobre o nascimento de um neto; (d) ausência de convite para outras datas comemorativas.⁸¹⁶

É importante ressaltar que as causas de falta de relação familiar devem ser objetivo de profunda investigação pelo magistrado. Isso porque, um mero esfriamento ou mesmo atos de hostilidade não podem configurar a hipótese de abandono afetivo. Dessa forma, adverte Antoni Vaquer Aloy “de este modo el carácter más o menos agrio [ostil] del causante o las nuevas nupcias o la relación de pareja sobrevenida del causante no actuarían como causa determinante en caso de falta de relación.”⁸¹⁷

Em território brasileiro, embora ainda não exista previsão de deserdação por ausência de afetividade entre sucessor e sucedido, não faltam tentativas para sua incorporação pelo ordenamento jurídico, que vão desde esforços doutrinários para sustentar a possibilidade de aplicação do instituto via métodos interpretativos, como os métodos sistemático, teleológico ou sociológico⁸¹⁸, até diversos projetos de lei em tramite nas casas legislativas.

Na doutrina nacional, encontram-se diversos artigos que incitam a possibilidade de aplicação do abandono afetivo como hipótese de deserdação.⁸¹⁹ Nesse sentido, sustenta Ana Luiza Maia Nevares que “no campo de liberdade do autor da herança, deve-se estender a deserdação por desamparo não só em caso de grave enfermidade ou alienação mental, mas também quando restar caracterizado a quebra de deveres de solidariedade familiar entre os parentes, como ao abandono voluntário e doloroso de genitor idoso [...]”.⁸²⁰

⁸¹⁶ PLANAS, Maria. **La falta de relación familiar como causa de desheredación**. 2017. Disponível em: <https://www.jda.es/8462/>. Acesso em: 18 ago. 2019; Ver também: ESPANHA. **SAP** – Barcelona de 30 de abril de 2014 (ROJ SAP B 3359/2014). Disponível em: <http://www.poderjudicial.es>. Acesso em: 29 nov. 2019.

⁸¹⁷ ALOY, Antoni Vaquer. Acerca del fundamento de la legítima. **InDret**, Barcelona, n. 4, oct. 2017. p. 16.

⁸¹⁸ Sobre os métodos de interpretação ver: FERRARI, Regina Maria de Macedo Nery. **Direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 97-101.

⁸¹⁹ BARRETTO, Fernanda Carvalho Leão. Abandono afetivo e alienação parental podem ser causas de deserdação? *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Família e sucessões: polêmicas, tendências e inovações**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018; SPERIDIÃO, Lucimara Barreto; AGUIAR, Cláudia Fernanda de. Sucessão testamentária: o abandono afetivo como causa de deserdação. **Revista JurisFIB**, ano IV, v. IV, p. 37-77, dez. 2013; PEREIRA, Tarlei Lemos. Deserdação por falta de vínculo afetivo e de boa-fé familiar. **Revista FMU Direito**, São Paulo, ano 25, n. 35, p. 130-146, 2011; CARDOZO, Alice Teodosio dos Santos. **O abandono afetivo como causa de exclusão do herdeiro necessário na sucessão**. 64 f. TCC (Graduação) – Curso de Direito, Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

⁸²⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia. A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro?. **Revista IBDFAM - Famílias e Sucessões**, v. 1, p. 77-94, 2018.

Nessa perspectiva, Lucimara Barreto Speridião e Cláudia Fernanda de Aguiar defendem que “Herdar meramente pelo fator genético, não parece ser um fundamento jurídico aceitável sem que a esse fato sejam acrescidas outras fontes tais como a afetividade.”⁸²¹

A maioria dos autores que propõem essa tese defendem, em oposição ao entendimento majoritário, que as causas de deserdação não devem ser interpretadas de forma taxativa, como *numeros clausus*, cabendo ao julgador interpretar o rol de deserdação de forma extensiva, e, por conseguinte, incorporar o abandono afetivo junto as causas de deserdação. Vale dizer, não seria necessária qualquer alteração legislativa para que o abandono afetivo passasse a ser invocado como uma nova causa de deserdação.

Com esse posicionamento, Fernanda Carvalho Leão Barreto sustenta que as normas que estabelecem sanções não estão estritas a um único método hermenêutico, qual seja, o gramatical. Deve o interprete “descortinar sua verdadeira *mens legis*”, em “harmonia com o conjunto sistêmico no qual eles [hipóteses de deserdação] se inserem”. Assim, cabe “uma interpretação do rol taxativo da exclusão da herança e da privação da legítima que seja consentânea com os fins e valores que o legislador buscou proteger”.⁸²²

Alguns tribunais brasileiros já arriscam aplicar, por analogia e via interpretação sistemática, a indignidade e a deserdação em hipóteses não previstas legalmente, senão vejamos:

DIREITO DAS SUCESSÕES. INDIGNIDADE. Pretendida exclusão de beneficiário de plano de pecúlio, condenado no âmbito criminal por lesão corporal seguida de morte e ocultação de cadáver. Possibilidade de aplicação do instituto da indignidade em outros campos fora da herança. Incidência do artigo 1.595 do Código Civil de 1916, vigente à época da morte. Rol que não é taxativo. Casos de indignidade que consagram uma tipicidade delimitativa, a comportar analogia limitada. Falta de idoneidade moral do algoz para ser contemplado pelos bens deixados pela vítima. Interpretação teleológica. Enquadramento no espectro finalístico da norma jurídica em análise. Indignidade reconhecida. Sentença reformada. Recurso Provido.⁸²³

DIREITO SUCESSÓRIO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE EXCLUSÃO DE SUCESSÃO (ART. 1.814 DO CC). INDIGNIDADE DA COMPANHEIRA DO DE CUJUS. LATROCÍNIO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA 1) Constatado que a ré praticou contra o seu companheiro o crime de latrocínio (roubo qualificado pelo resultado morte), em verdadeira afronta aos princípios de justiça e da moral, cabível a interpretação extensiva da disposição contida no art. 1.814 do CC, para reconhecer a sua indignidade e excluí-la da sucessão, evitando-se que a mesma venha a ser contemplada pelos bens deixados por ele. 2) Recurso provido.⁸²⁴

⁸²¹ SPERIDIÃO, Lucimara Barreto; AGUIAR, Cláudia Fernanda de. Sucessão testamentária: o abandono afetivo como causa de deserdação. **Revista JurisFIB**, ano IV, v. IV, p. 37-77, dez. 2013.

⁸²² BARRETTO, Fernanda Carvalho Leão. Abandono afetivo e alienação parental podem ser causas de deserdação? *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Família e sucessões: polêmicas, tendências e inovações**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 664-665.

⁸²³ TJSP. **Apelação Cível n. 9215521-04.2007.8.26.0000**. 6ª Câmara de Direito Privado, Relator: Desembargador Paulo Alcides, Julgado em 21.08.2013.

⁸²⁴ TJAP. **Apelação n. 0031105-80.2013.8.03.0001**. Relator Desembargador Carmo Antônio. J Julgado em 3.03.2015

Embora existam esses posicionamentos, filia-se a corrente majoritária, pelo que se entende inviável juridicamente utilizar de métodos interpretativos para restringir direitos os quais o legislador ordinário não restringiu. Vale dizer, não cabe, via ginástica interpretativa, aplicar o abandono afetivo como causa de deserdação. Em especial pelo Direito à Herança, trata-se de um direito fundamental, e, portanto, contar com especial proteção constitucional (art. 5º, inc. XXX, da CF/1988). Porém, entende-se que tal hipótese deve ser agregada ao Código Civil via arena deliberativa.

Nesse mesmo sentido, defende Jânio Urbano Marinho Júnior, propondo que, dentro as causas de deserdação previstas, deve ser incluído o abandono afetivo:

Nesse ponto de vista, não se pode afastar que – tendo como norte o princípio da solidariedade familiar – é importante incluir entre as causas da deserdação a hipótese de abandono afetivo. Com o crescente envelhecimento populacional e inversão da pirâmide etária, são cada vez mais comuns idosos abandonados em asilos ou lugares similares. Solidariedade pressupõe reciprocidade, de tal forma que essas situações não podem mais ser ignoradas pelo direito.⁸²⁵

Atento à essa demanda social, o legislador ordinário brasileiro já colocou em marcha alguns projetos de alteração do Código Civil (Lei n. 10.406/2002) para incorporar a ausência de afeto como hipótese de deserdação.

A primeira iniciativa legislativa a respeito do tema foi o Projeto de Lei do Senado n. 118/2010, de autoria da Senadora Maria do Carmo Alves. O projeto previa uma série de modificações relativas à deserdação e indignidade sucessória. Dentre as principais alterações, destaca-se: (i) a mudança da denominação do Capítulo X – Da Deserdação –, que passaria ser chamado “Da privação da Legítima”; (ii) a inclusão, junto as hipóteses de deserdação, da omissão no cumprimento das obrigações do direito de família incumbidas legalmente ao herdeiro.⁸²⁶ O art. 1.962 do projeto assim previa:

Art. 1.962. O autor da herança também pode, em testamento, com expressa declaração de causa, privar o herdeiro necessário da sua quota legítima quando este:

I – culposamente, em relação ao próprio testador ou à pessoa com este intimamente ligada, tenha se omitido no cumprimento das obrigações do direito de família que lhe incumbiam legalmente; [...]

⁸²⁵ MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. **A função social da legítima no direito brasileiro**. 219f. 2018. Dissertação (Mestrado) – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP), São Paulo, 2018. p. 200.

⁸²⁶ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 118/2010**. Altera os Capítulos V e X do Livro V do Título I do Código Civil, a fim de dar novo tratamento aos institutos da exclusão da herança, relativamente à indignidade sucessória e à deserdação. Brasília, DF: Senado Federal: 2010. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/96697>. Acesso em: 10 nov. 2019.

Extrai-se da exposição de motivos do Projeto de Lei 118/2010 que a nova hipótese de deserdação viabiliza que qualquer herdeiro necessário seja afastado diante do inadimplemento dos seus deveres familiares legalmente imputados. Assim, destaca que “As 03 (três) causas específicas de privação legítima, além daquelas previstas na indignidade sucessória, contemplam toda espécie de inadimplemento familiar, desde a prestação de alimentos até o abandono moral [...]”.⁸²⁷

O Projeto de Lei 118/2010 foi encaminhado para Câmara dos Deputados, como Projeto de Lei n. 867/2011, e se encontra aguardado parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.⁸²⁸

Há, também, o Projeto de Lei 3145/15, em tramite na Câmara dos Deputados, que versa exclusivamente sobre a hipótese ora aventada. O referido projeto acrescenta inciso aos art. 1.962 e 1.963 ao Código Civil (Lei n. 10.406/2002), “para permitir a deserdação dos filhos quando eles cometerem abandono afetivo e moral em relação a seus pais”.⁸²⁹ Caso aprovado, o Código Civil passará a contar com as seguintes hipóteses de deserdação:

Art. 1.962. [..]

V – abandono em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres;

Art. 1.963. [..]

V – abandono em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres;

Na exposição de motivos do Projeto de Lei 3145/15 consta, como causa ensejadora da nova hipótese, a mudança do perfil demográfico do Brasil, que caminha para um grande contingente de idosos, e o número de denúncias sobre casos de maus tratos e humilhação de pessoas idosas. Conforme aponta as razões do projeto, é crescente o número de idosos sujeitos ao abandono material e afetivo, desprovidos de cuidados mínimos e da satisfação de suas necessidades básicas, demonstram que seus descendentes têm faltado com os deveres

⁸²⁷ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 118/2010**. Altera os Capítulos V e X do Livro V do Título I do Código Civil, a fim de dar novo tratamento aos institutos da exclusão da herança, relativamente à indignidade sucessória e à deserdação. Brasília, DF: Senado Federal, 2010. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/96697>. Acesso em: 10 nov. 2019.

⁸²⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 867/2011**. Altera o Capítulo V do Título I e o Capítulo X do Título III, ambos do Livro V da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para dar novo tratamento aos institutos da exclusão da herança, relativamente à indignidade sucessória e à deserdação. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=496851>. Acesso em: 10 jan. 2018.

⁸²⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 3145/15**. Acrescenta inciso aos artigos 1.962 e 1.963 da Lei n. 10.406, de 2002, Código Civil, de modo a possibilitar a deserdação nas hipóteses de abandono. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1805805>. Acesso em: 10 nov. 2019.

de zelo e proteção a seus ascendentes. Ressalta, ainda, que a previsão normativa visa dar cabo aos art. 229 e 230 da CF/88, que impõem o dever os filhos, da família, do Estado e da sociedade, de amparar as pessoas idosas, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.⁸³⁰

Embora o Projeto de Lei 3145/15 declare que a iniciativa legislativa foi impulsionado pelos casos de abandono de idosos, o termo idoso não é utilizado nos dispositivos, conferindo maior amplitude à aplicação da previsão, de modo que o abandono perpetrado pelo filho contra o pai em qualquer idade enseja a hipótese de deserdação. O dispositivo também viabiliza que os filhos deserdem seus pais caso sejam por eles abandonados. Ainda, considerando que a reforma legislativa mantém o caput dos art. 1.962 e 1.963, que utiliza o termo deserdação “do ascendente pelo descendente” e do “descendente pelo ascendente”, restará possível aos avós deserdarem os netos e bisnetos e vice-versa.⁸³¹

O Projeto de Lei 3145/15 já foi aprovado, em sua redação final, na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, e, atualmente, foi encaminhado para o Senado Federal.

Os projetos de lei em testilha reforçam a tese ora sustentada, pois demonstram que a via ora proposta – incorporação do abandono afetivo ou ausente de comportamento afetivo – como uma nova hipótese de deserdação, reveste-se de uma questão socialmente relevante, a ponto de os legisladores estarem atentos à questão.

Diante das questões retro expostas, conclui-se que a implementação da presente via (*b*) média, consubstanciada na incorporação, pelo ordenamento jurídico brasileiro, da hipótese de deserdação pela ausência de comportamento afetivo, deve observar os seguintes parâmetros: (*i*) depende de iniciativa legislativa, eis que o atual rol de causas para deserdação é taxativo; (*ii*) que a falta de relação familiar – leia-se comportamento afetivo – seja por causa imputável exclusivamente ao herdeiro; (*iii*) que não haja prazo mínimo de ausência do comportamento afetivos, porém que sejam considerados apenas períodos superiores a anos e não meses; (*iv*) que o período de ausência de comportamento afetivo pode ser em qualquer momento da vida, não sendo necessário que o período seja imediatamente anterior à redação do testamento; (*v*) a mera existência de relações profissionais, empresariais ou de qualquer outro gênero entre sucessor e sucedido, desde que ausente o comportamento afetivo, não ilidem a hipótese de deserdação; (*vi*) a ausência de comportamento afetivo deve ser

⁸³⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 3145/15**. Acrescenta inciso aos artigos 1.962 e 1.963 da Lei n. 10.406, de 2002, Código Civil, de modo a possibilitar a deserdação nas hipóteses de abandono. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1805805>. Acesso em: 10 nov. 2019.

⁸³¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 3145/15**. Acrescenta inciso aos artigos 1.962 e 1.963 da Lei n. 10.406, de 2002, Código Civil, de modo a possibilitar a deserdação nas hipóteses de abandono. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1805805>. Acesso em: 10 nov. 2019.

manifesta, ou seja, familiares ou pessoas próximas das partes devem ter conhecimento da ausência do comportamento afetivo; **(vii)** situações como ausência de comparecimento ao funeral, ausência de convite para o casamento, ausência de informação sobre o nascimento de um filho, devem ser consideradas como causas de afastamento imputáveis exclusivamente aos herdeiros; **(viii)** que a hipótese de deserdação também seja aplicável ao cônjuge ou companheiro; **(ix)** que a ausência de comportamento afetivo seja analisada à luz dos costumes, do tempo, do lugar e de outras características julgadas relevantes para o magistrado (p.ex. o mero distanciamento físico motivado pela realização de atividades formativas, como cursos de línguas, intercâmbio, curso de graduação e pós-graduação, ou por questões profissionais, pode ser suplantado pela convivência, o apoio psicológico, afetivo e moral via meios de comunicação [Facebook, Whatsapp, Instagram, Skype etc.] e/ou apoio financeiro)⁸³²; **(x)** que o herdeiro saiba da existência da relação de parentesco e como contactar o autor da herança, porém deixe de buscar qualquer contato sem justa causa. Ainda, cabe incluir, dentre as questões a serem observadas para implementação da nova causa, que os herdeiros vulneráveis, como idosos senis, com deficiência, menores de idade ou incapazes, não possam ser deserdados por ausência de comportamento afetivo com o *de cujos*, visando encampar a ideia de patrimônio mínimo.⁸³³

Com relação ao procedimento e demais regras de natureza material para deserdação por ausência de comportamento afetivo, aplicar-se-ia toda regulamentação vigente. Assim, *an passant*⁸³⁴, caberia, para deserdação: (a) que seja feita pelo próprio autor da herança via testamento; (b) que o abandono afetivo, suas circunstâncias, provas etc., sejam declaradas expressamente no testamento; (c) que o abandono seja provado judicialmente e julgado por sentença.⁸³⁵

Por fim, cabe a ressalva que a via *(b)* média, ora sustentada, deve ser aplicada com cautela pelos tribunais, com vistas a não inflamar maior litigiosidade nos processos sucessórios. Por um lado, deve o testador descrever, descendo as minúcias, os fatos que denotam o afastamento familiar e a sua imputação ao herdeiro. Inclusive indicando provas,

⁸³² Nesse sentido, já afirmou a jurisprudência espanhola ““En segundo lugar la ausencia de relación debe ser continuada y manifiesta. Es decir sucesiva en el tiempo, no bastando una mera interrupción temporal por razones profesionales, educativas o de índole análoga.”. ESPANHA. **SAP** – Barcelona de 30 de abril de 2014 (ROJ SAP B 3359/2014). Disponível em: <http://www.poderjudicial.es>. Acesso em: 29 nov. 2019.

⁸³³ Tal premissa estabelece que, deve ser respeitado ou garantido à pessoa um patrimônio mínimo, como medida de concretização de suas necessidades fundamentais, conforme clássico ensinamento de Luiz Edson Fachin. Sobre o tema: FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2001.

⁸³⁴ Para fins de desenvolvimento do presente subtópico, não se mostra relevante descer as minúcias quanto as características e *modos operandi* do processo de deserdação.

⁸³⁵ WALD, Arnoldo. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 158.

onde elas se encontram e, eventualmente, até mesmo possíveis testemunhas. Por outro lado, deve o magistrado investigar à fundo os pressupostos da ação, seja a inexistência da ausência do comportamento afetivo, seja a justa causa do afastamento ser imputável exclusivamente ao herdeiro, com vistas a conter a litigiosidade que pode ser gerada pelo processo.

Sobre o tema Antoni Vaquer Aloy, com base na experiência catalã, adverte que “La doctrina ha señalado con unanimidad que esta causal obliga al juez a indagar en las intimidades de la familia, cuestión nada fácil por las dificultades probatorias, y que supone un margen de arbitrio judicial que puede conducir a un aumento de la litigiosidad”.⁸³⁶

À luz das questões debatidas, apresenta-se abaixo uma proposta de alteração *de lege ferenda* da sucessão legítima no Código Civil brasileiro. Propõe-se a unificação da deserdação em um único dispositivo, extinguindo a diferenciação entre hipóteses aplicáveis dos ascendentes em relação aos seus descendentes e vice-e-versa, e criando apenas causas genéricas, viabilizando, inclusive, que as hipóteses sejam aplicáveis entre os cônjuges e companheiros (caso seja entendido que esses últimos são herdeiros necessários). Segue a proposta de redação:

ii) Proposta média - Inclusão da inexistência de afetividade como hipótese de deserdação de herdeiro necessário.

~~Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes: [...]~~

~~IV – desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.~~

~~Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes:~~

~~IV – desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.~~

Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação: [...]

IV – ausência manifesta e contínua de comportamento afetivo entre o herdeiro e o autor da herança, cuja causa seja imputada exclusivamente ao herdeiro.

3.2.3 A ausência de comportamento afetivo como elemento passível de afastar herdeiros necessários e facultativos e a presença do comportamento afetivo como hipótese de inclusão de colaterais e terceiros como herdeiros necessários ou inclusão na sucessão de herdeiros necessários preteridos na ordem de vocação hereditária

“[...] Não subestimo a força da convivência. Família é feita de presença mais do que de registro. Há pais ausentes que nunca serão pais, há padrastos atentos que sempre serão pais. [...] Amigos podem ser mais irmãos do que os irmãos ou mais mães do que as mães. [...] Família é chegada, não origem. Família se descobre na velhice, não no berço. Família é afinidade, não determinação biológica. Família é quem ficou ao lado nas dificuldades enquanto a maioria desapareceu. Família é uma turma de sobreviventes, de eleitos, que enfrentam o mundo em nossa trincheira e jamais mudam de lado. Já parentes são fatalidades, um lance de sorte ou azar. Nascermos tão somente ao lado deles, que têm a chance natural de se tornarem

⁸³⁶ ALOY, Antoni Vaquer. Acerca del fundamento de la legítima. **InDret**, Barcelona, n. 4, oct. 2017. p. 12.

família, mas nem todos aproveitam. [...] Dividir o teto não garante proximidade, o que assegura a afeição é dividir o destino.”
Fabrizio Carpinejar

Por fim, chega-se a última via de implementação da tese, a denominada via (c) forte. A proposta em questão resulta, em linhas muito gerais, da soma de algumas das ideias condensadas nas duas vias anteriores – via (a) fraca e via (b) média –, e consiste na incorporação da ausência de comportamento afetivo como elemento passível de afastar herdeiros necessários e facultativos e da presença de afetividade como uma hipótese de inclusão de parentes colaterais e terceiros como herdeiros necessários ou de inclusão, na sucessão, de herdeiros necessários preteridos na ordem de vocação hereditária, mediante a manutenção da ordem de vocação hereditária, presunção *juris tantum* de afetividade entre os herdeiros e o autor da herança e legitimidade de qualquer potencial herdeiro para demandar judicialmente a exclusão de herdeiros sucessíveis por ausência de afetividade com o autor da herança.

Conforme já ressaltado anteriormente, o estímulo para que os herdeiros tenham comportamento afetivo com o autor da herança pode advir da concessão de um benefício, diante da existência dessa conduta, ou da inclusão de custos, diante da sua ausência. No presente caso propõe-se a inclusão dos dois estímulos de forma concomitante. Assim, herdeiros facultativos ou terceiros, sem vínculo de parentesco, seriam incluídos na condição de herdeiros necessários e herdeiros necessários preteridos na ordem de vocação hereditária seriam chamados a sucessão, ou, ainda, herdeiros necessários e facultativos seriam excluídos da sucessão legítima diante da ausência de um comportamento afetivo com o autor da herança em vida.

A via (c) forte mostra-se a mais arrojada, pois alteraria, de forma substancial, a arquitetura da sucessão legítima e da legítima, demandando a reconstrução de algumas bases sobre as quais o Direito Sucessório labora.

A primeira alteração substancial seria incluir como requisito para condição de herdeiro, além do vínculo parental ou marital, o vínculo afetivo. Portanto, descendentes, ascendentes, cônjuge ou companheiro e colaterais apenas seriam herdeiros caso existisse, de forma concomitante, um comportamento afetivo entre ambos. Diante da ausência de tal comportamento, qualquer um desses deixaria de ter a condição de herdeiro, com exceção de algumas hipóteses a frente explicitadas.

Assim, primeiro seriam chamados a suceder os descendentes do falecido. Inexistindo comportamento afetivo deles com o autor da herança, seriam convocados os ascendentes em concorrência com o cônjuge. Caso os ascendentes também não possuíssem comportamento afetivo com falecido, seria chamado o cônjuge ou companheiro. E, por fim, os colaterais. Não

existindo outros herdeiros sucessais ou os colaterais não tendo agido afetivamente com o sucedido em vida, a herança seria deferida por inteiro ao Estado, nos termos do art. 1.844, do CC/02.⁸³⁷

O vínculo afetivo ou a existência do comportamento afetivo em vida teria natureza jurídica de fato jurídico, conforme já discorrido nos subitens anteriores. Assim, diferentemente do vínculo parental ou marital, cujo comprovação é eminentemente documental e se perfaz via certidão de nascimento ou casamento, o comportamento afetivo não seria, em princípio, comprovável documentalmente, de forma sumária e sem necessidade de produção de outras provas.

Diante isso, surgem duas possibilidades para auferição da existência do comportamento afetivo entre sucessor e sucedido. A primeira opção seria estabelecer que todos os indicados no rol do art. 1.829, do Código Civil de 2002, deveriam comprovar, como requisito para suceder, que possuíam, em vida, comportamento afetivo com o autor da herança. Comparativamente, o procedimento seria parecido com o de reconhecimento de uniões estáveis, ou seja, via declaração da existência fática da relação. Para tanto, poderia ser reformulado o conteúdo da manifestação às primeiras declarações (art. 627, do Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/2015)⁸³⁸, inserindo que caberia as partes comprovar, nesse momento, a existência de comportamento afetivo com o falecido, para, com isso, lhes assegurar a condição de herdeiros sucessível. Assim, restaria a nova redação do art. 627, do CPC:

Art. 627. Concluídas as citações, abrir-se-á vista às partes, em cartório e pelo prazo comum de 15 (quinze) dias, para que se manifestem sobre as primeiras declarações, incumbindo às partes:
 I - arguir erros, omissões e sonegação de bens;
 II - reclamar contra a nomeação de inventariante;
 III - contestar a qualidade de quem foi incluído no título de herdeiro;
IV – comprovar que possuía comportamento afetivo com o autor da herança.

Essa primeira via poderia ser muito tortuosa, pois mesmo em casos de inventário consensual as partes teriam que recorrer a árdua tarefa de comprovar o comportamento afetivo, podendo elastecer sobremaneira a fase probatória e a marcha do processo de inventário.

⁸³⁷ Art. 1.844. Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.

⁸³⁸ Art. 627. Concluídas as citações, abrir-se-á vista às partes, em cartório e pelo prazo comum de 15 (quinze) dias, para que se manifestem sobre as primeiras declarações, incumbindo às partes: I - arguir erros, omissões e sonegação de bens; II - reclamar contra a nomeação de inventariante; III - contestar a qualidade de quem foi incluído no título de herdeiro.

A segunda alternativa seria presumir a existência do comportamento afetivo entre sucessor e sucedido, de modo que não seria necessário, a priori, a comprovação da existência da conduta afetiva. Aplicar-se-ia, no caso, a presunção "*iuris tantum*", que consiste na presunção relativa, válida até prova em contrário.⁸³⁹ Conforme ensina Carlos Alberto Dabus Málfuf, não é necessário, em princípio, atividade probatória "sempre que a lei estabelece uma presunção *iuris tantum*, isto é, uma presunção condicional da existência de um fato. Em tal caso, o fato se considerará existente até que o interessado, não importe se o autor ou o réu, apresente prova em contrário."⁸⁴⁰

Portanto, comprovado o vínculo consanguíneo, registral ou marital, o comportamento afetivo seria presumível. Porém, sua existência poderia ser questionada e impugnada pelos demais herdeiros, objetivando a sua exclusão da sucessão hereditária. Para isso, poderia ser inserido junto ao conteúdo da manifestação às primeiras declarações (art. 627, do Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/2015)⁸⁴¹, a possibilidade de os herdeiros sucessíveis contestarem a existência de comportamento afetivo entre o *de cujos* e os demais herdeiros arrolados. Logo, restaria a nova redação do art. 627, do CPC:

Art. 627. Concluídas as citações, abrir-se-á vista às partes, em cartório e pelo prazo comum de 15 (quinze) dias, para que se manifestem sobre as primeiras declarações, incumbindo às partes:

I - arguir erros, omissões e sonegação de bens;

II - reclamar contra a nomeação de inventariante;

III - contestar a qualidade de quem foi incluído no título de herdeiro;

IV – contestar a existência de comportamento afetivo entre o autor da herança e os demais herdeiros arrolados.

No presente caso, a segunda alternativa parece ser mais apropriada. Isso porque não conduziria, de imediato, ao elastecimento da fase probatória. A instrução probatória ocorreria apenas na hipótese de ser contestada a qualidade de alguns dos herdeiros arrolados, por ausência de comportamento afetivo com o autor da herança. Nessa situação, caberia ao magistrado analisar a arguição à luz do art. 612⁸⁴² e art. 627, § 3⁸⁴³, do CPC, podendo: **(i)**

⁸³⁹ As presunções legais têm duas subclassificações: as presunções (i) *iuris tantum* e as presunções (ii) *iuris et de iure*. A primeira, verifica-se nos casos em que a lei admite prova em contrário, ou seja, é possível desconstruir ou descredibilizar a presunção. A segunda, observa-se nas hipóteses em que a presunção é considerada absoluta, ou seja, não pode ser refutada, de modo que não pode ser questionada e nem é admitida prova em contrário

⁸⁴⁰ MALUF, Carlos Alberto Dabus. As presunções na teoria da prova. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)**, v. 79, p. 192–223, jan./dez. 1984. p. 204.

⁸⁴¹ Art. 627. Concluídas as citações, abrir-se-á vista às partes, em cartório e pelo prazo comum de 15 (quinze) dias, para que se manifestem sobre as primeiras declarações, incumbindo às partes: I - arguir erros, omissões e sonegação de bens; II - reclamar contra a nomeação de inventariante; III - contestar a qualidade de quem foi incluído no título de herdeiro.

⁸⁴² Art. 612. O juiz decidirá todas as questões de direito desde que os fatos relevantes estejam provados por documento, só remetendo para as vias ordinárias as questões que dependerem de outras provas.

⁸⁴³ Art. 627. Concluídas as citações, abrir-se-á vista às partes, em cartório e pelo prazo comum de 15 (quinze) dias, para que se manifestem sobre as primeiras declarações, incumbindo às partes: [...] § 3º Verificando que a disputa sobre a qualidade de herdeiro a que alude o inciso III demanda produção de provas que não a documental,

decidir de pronto sobre a existência do comportamento afetivo, desde que já reste provado, de forma suficiente, por documentos (v.g. reconhecimento da relação afetiva via testamento ou outro documento); ou, caso a questão demande alta indagação, **(ii)** remeter a controversa para as vias ordinárias, na qual será possível a ampla instrução probatória. Em ambas as situações o magistrado dará continuidade a marcha do processo de inventário, cabendo apenas reservar, no momento da partilha, o quinhão hereditário do pretense herdeiro cuja qualidade se discute nas vias ordinárias, nos termos do § 3º, do art. 627, do CPC.⁸⁴⁴

Contudo, conforme já dito antes, nada impediria que o autor da herança, em vida, reconhecesse, via escrito particular, escritura pública, testamento ou codicilo⁸⁴⁵, que travava comportamento afetivo com determinado parente, cônjuge ou companheiro para fins sucessórios, à exemplo do que ocorre com as uniões estáveis (art. 1.725, do CC/02), cujo reconhecimento formal pode se dar por declaração ou contrato escrito por ambos os companheiros. Tal reconhecimento documentado apenas tornaria mais robusta a comprovação do comportamento afetivo entre ambos, porém não o revestiria de uma presunção *iuris et de iure*, ou seja, não levaria a presunção absoluta. Portanto, caso o documento escrito não correspondesse à realidade fática, sua veracidade – e, por consequência, a qualidade de herdeiro da pessoa nela indicada –, poderia ser impugnada pelos demais herdeiros.

A segunda alteração, consequência da primeira, seria quanto a figura jurídica dos herdeiros necessários. Permaneceriam como herdeiros necessários, para fins de bloqueio da disposição de metade dos bens hereditários via testamento, os ascendentes, os descendentes e o cônjuge (art. 1.845., do CC/02) ou companheiro (conforme já dito anteriormente, ainda há controversa sobre o companheiro configurar ou não como herdeiro necessário), nos termos do art. 1.846, do CC/02. Contudo, os potenciais herdeiros necessários não teriam garantido de forma absoluta, a priori, uma parte dos bens do falecido. Comprovado judicialmente a ausência de relação afetiva, os potenciais herdeiros necessários adeptos à ausência de afetividade deixaram de ter a condição de herdeiros, e, portanto, não teriam direito à herança. Assim sendo, a legítima configuraria um bloqueio de disposição

o juiz remeterá a parte às vias ordinárias e sobrestará, até o julgamento da ação, a entrega do quinhão que na partilha couber ao herdeiro admitido.

⁸⁴⁴ Art. 627. Concluídas as citações, abrir-se-á vista às partes, em cartório e pelo prazo comum de 15 (quinze) dias, para que se manifestem sobre as primeiras declarações, incumbindo às partes: [...] § 3º Verificando que a disputa sobre a qualidade de herdeiro a que alude o inciso III demanda produção de provas que não a documental, o juiz remeterá a parte às vias ordinárias e sobrestará, até o julgamento da ação, a entrega do quinhão que na partilha couber ao herdeiro admitido.

⁸⁴⁵ Art. 1.881. Toda pessoa capaz de testar poderá, mediante escrito particular seu, datado e assinado, fazer disposições especiais sobre o seu enterro, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar, assim como legar móveis, roupas ou jóias, de pouco valor, de seu uso pessoal.

patrimonial, voltado ao testador, na hipótese de existirem potenciais herdeiros necessários. No entanto não garantiria uma reserva patrimonial aos herdeiros necessários, uma vez que eles poderiam, no processo de inventário, serem afastados da condição de herdeiros por não terem, em vida, um comportamento afetivo com o autor da herança. Seria, *mutatis mutandis*, como já ocorre na hipótese de ser declarada a dignidade sucessória. Embora detenham, em princípio, a condição de herdeiros necessários, podem ser desvestidos de tal condição e serem excluídos da sucessão via aplicação da indignidade.

Quanto a iniciativa de afastamento familiar, aqui cabe a mesma ressalva realizada no subitem anterior. Não devem ser excluídos os herdeiros cuja causa da ausência de afetividade seja imputada exclusivamente ao autor da herança. Como já dito anteriormente, a origem de ausência de comportamento afetivo entre as partes deve ser imputada, exclusivamente, ao herdeiro. Até mesmo a responsabilidade recíproca pelo afastamento não deve dar ensejo a hipótese de deserdação. Somente o ato isolado do herdeiro, que resolve, por livre manifestação da sua vontade, seguir sua vida por um caminho distinto da do sucedido, deve ser considerado para fins de ensejar a incidência da exclusão sucessória.

Com relação aos requisitos para caracterização da ausência de comportamento afetivo, além dos acima expostos, remete-se aos parâmetros apontadas no subitem anterior. Assim, não convém a fixação de um prazo mínimo de ausência do comportamento afetivo, porém que sejam considerados apenas períodos superiores a anos e não meses. Que o período de ausência de comportamento afetivo seja em qualquer momento da vida, não sendo necessário que o lapso de afastamento seja imediatamente anterior à morte do falecido. Que a mera existência de relações profissionais, empresariais ou de qualquer outro gênero entre sucessor e sucedido, não configure comportamento afetivo. Que o herdeiro saiba da existência da relação de parentesco e como contactar o autor da herança, porém deixe de buscar qualquer contato sem justa causa. E assim por diante, conforme os requisitos apontados no subitem anterior.

Ainda, cabe frisar – outra questão também já apontada no item precedente – que à análise do comportamento afetivo deve se dar de acordo com as circunstâncias ou contexto em que estão inseridos sucessor e sucedido. Assim, por exemplo, o mero distanciamento físico motivado pela realização de atividades formativas, como cursos de línguas, intercâmbio, curso de graduação e pós-graduação, ou por questões profissionais, pode ser suplantado pela convivência, o apoio psicológico, afetivo e moral via meios de comunicação [Facebook, Whatsapp, Instagram, Skype etc.] e/ou apoio financeiro). Compete ao magistrado, caso a

caso, analisar e identificar se existem elementos que indicam a existência do comportamento afetivo conforme as circunstâncias particulares da situação sob exame.⁸⁴⁶

Aqui também cabe a ressalva relativa aos herdeiros vulneráveis, como idosos senis, com deficiência, menores de idade ou incapazes quanto a não exigência de comportamento afetivo com o autor da herança. Nesses casos, mesmo ausente o comportamento afetivo com o *de cujos*, tais herdeiros não poderiam ser excluídos da sucessão do falecido, com vistas a proteção dos herdeiros vulneráveis.⁸⁴⁷

A terceira alteração consistiria na incorporação de uma nova figura jurídica junto aos herdeiros necessários, composta pelos colaterais ou terceiros, denominada de “herdeiros afetivos”. Qualquer colateral ou terceiro, que tivesse, em vida, travado comportamento afetivo com o sucedido, seria alçado à condição de herdeiro necessário do falecido.

Diante dessa nova figura jurídica, passariam a existir duas classes de herdeiros colaterais. A primeira classe seria composta pelos herdeiros colaterais que não travassem relação afetiva com o autor da herança, os quais permaneceriam na condição de herdeiros facultativos – nos exatos termos da lei regente (art. 1.845, do CC/02).⁸⁴⁸ Assim, somente seriam contemplados via herança nas seguintes hipóteses: (a) não existissem herdeiros sucessíveis na linha reta ou cônjuge sobrevivente (ou companheiro); (b) existindo outros herdeiros sucessíveis, que não possuíssem comportamento afetivo com o autor da herança; (c) o falecido não dispusesse de todo seu patrimônio via testamento. A segunda classe seria composta pelos colaterais que tivessem travado comportamento afetivo com o *de cujos* – entreajuda, cuidado, convivência, entre outros, nos termos explicitados no subitem anterior – , os quais seriam alçados à condição de herdeiros necessários, passando a concorrer com os descendentes, ascendentes e cônjuges (e companheiros). Portanto, na primeira classe de colaterais, encontrar-se-iam aqueles que não travaram comportamento afetivo com o falecido, mas que por não terem sido impugnados, seja pelos demais herdeiros, seja pelo Estado, ou diante da ausência de testamento, poderiam amealhar o patrimônio deixado, e, na segunda classe, aqueles que mantiveram, em vida, intenso comportamento afetivo com o sucedido, manejando atos de cuidado, convivência, entreajuda, apoio financeiro etc., extrapolando os

⁸⁴⁶ Nesse sentido, já afirmou a jurisprudência espanhola ““En segundo lugar la ausencia de relación debe ser continuada y manifiesta. Es decir sucesiva en el tiempo, no bastando una mera interrupción temporal por razones profesionales, educativas o de índole análoga.”. ESPANHA. **SAP** – Barcelona de 30 de abril de 2014 (ROJ SAP B 3359/2014). Disponível em: <http://www.poderjudicial.es>. Acesso em: 29 nov. 2019.

⁸⁴⁷ Tal premissa estabelece que deve ser respeitado ou garantido à pessoa um patrimônio mínimo, como medida de concretização de suas necessidades fundamentais, conforme clássico ensinamento de Luiz Edson Fachin. Sobre o tema: FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2001.

⁸⁴⁸ Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

atos típicos de uma relação de colateralidade (v.g. visitas, encontro em eventos festivos, auxílio financeiro e moral esporádicos etc.).

Além dos colaterais, terceiras pessoas, estranhas à família consanguínea ou que não possuíssem vínculo marital ou de união estável com o autor da herança, mas que tivessem relação de ajuda e convivência – nos termos do comportamento afetivo – com o sucedido, automaticamente, também passariam a ser timbrados com a marca de herdeiros necessários, concorrendo com os descendentes, os ascendentes e o cônjuge (e companheiro).

A possibilidade de inclusão de terceiros na condição de herdeiros necessários já foi detidamente analisada nos tópicos anteriores. Como visto, a inclusão de terceiros na condição de herdeiros é algo que já é admitido, com tranquilidade, em legislações estrangeiras, tais como na Inglaterra⁸⁴⁹, na Califórnia (Estados Unidos do América) e na Catalunha, na Espanha.⁸⁵⁰ Cabe rememorar que a citada Lei n. 22/2000 – “Lei de Acolhimento de Pessoas mais Velhas” –, da Catalunha, Espanha, revogada em 2017, alçava a condição de herdeiro necessário terceiros, sem vínculo familiar, em razão de terem, em vida, acolhido o autor da herança.⁸⁵¹

A quarta alteração consistiria na possibilidade de subversão da ordem de vocação hereditária, caso algum herdeiro necessário, preterido na ordem de vocação hereditária, travasse intenso comportamento afetivo com o autor da herança em vida. Nesse caso, herdeiros necessários, postergados na ordem de vocação hereditária, seriam chamados a sucessão. Como exemplo, imagine-se o caso de avós, com filhos vivos, mas que travem intenso comportamento afetivo com os netos. Nesse caso os netos afetivos seriam chamados a sucessão, concorrendo com os filhos dos avós (pais e tios dos netos).

Portanto, os herdeiros necessários, preteridos na ordem de vocação hereditária, que travassem comportamento afetivo com o autor da herança, também seriam chamados a suceder, sendo-lhe garantido quinhão igual ao que couber aos demais herdeiros sucessíveis.

Aqui também se mostra pertinente retirar das entidades de natureza assistencial a possibilidade de configurarem como herdeiras afetivas. O objetivo, como já dito anteriormente, é evitar a criação de um “mercado do cuidado”, porventura fomentando um o desenvolvendo de empresas destinadas exclusivamente ao amparo de pessoas, de cunho estritamente econômico, cujo único objetivo seja a apropriação do patrimônio da pessoa acolhida. Assim,

⁸⁴⁹ UK. **Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975**. UK Public General Acts, nov. 1975. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/63> Acesso em: 23 out. 2019.

⁸⁵⁰ BALMASEDA, Ángeles Egusquiza. **Sucesión “mortis causa” de la Familia Recompuesta** (De la Reserva Vidual a la Fiducia Sucesoria). Navarra: Aranzadi, 2015. p. 44-45.

⁸⁵¹ ESPANHA. **Ley n. 22/2000**, de 29 de diciembre, de Acogida de Personas Mayores. Disponível em: https://portaljuridic.gencat.cat/ca/pjur_ocults/pjur_resultats_fitxa/?action=fitxa&documentId=247925&language=ca_ES&textWords=22%2F2000&mode=single. Acesso em: 16 jan. 2018.

deve a legislação ilidir a possibilidade de tais entidades ou as pessoas físicas a elas vinculadas figurarem na condição de herdeiros afetivos. Portanto, não cabe aplicar a presente hipótese nas relações assistenciais por natureza, como asilos, orfanatos, abrigos e congêneres. Com exceção das hipóteses em que o cuidador extrapole, de modo inequívoco, as atividades inerentes à sua função, e denote efetivo comportamento afetivo com o autor da herança, como já citado nos subitens anteriores.

Com relação à quota-parte que seria devida ao “herdeiro afetivo” – colateral ou terceiro –, reiteram-se as conclusões apresentadas no subitem em que se abordou a via (a) fraca, relativa à incorporação do herdeiro afetivo. Em apertada síntese, caberia ao herdeiro afetivo uma quota-parte da herança igual a quota-parte dos demais herdeiros necessários com quem concorresse. Todavia, existindo concorrência sucessória de herdeiros necessários com quinhões distintos (como na hipótese de concorrência entre irmãos bilaterais e unilaterais), caberia atribuir ao herdeiro afetivo uma quota igual a maior quota-parte existente entre os herdeiros necessários. Assim, por exemplo, na concorrência sucessória entre filhos do autor da herança, alguns irmãos bilaterais e outros unilaterais, ao “herdeiro afetivo” caberia quota-parte igual à dos irmãos bilaterais, ou seja, a quota-parte igual a maior quota-parte dentre os herdeiros necessários concorrentes.

Ainda, diante da ausência de descendentes, ascendentes e cônjuge (e companheiro), caberia a sucessão por inteiro ao “herdeiro afetivo”. Portanto, a existência do “herdeiro afetivo” ilidiria a sucessão de outros herdeiros colaterais sucessíveis. Ele seria comparado, *mutatis mutandis*, ao cônjuge, que concorre com descendentes, ascendentes e, caso esses não existam, tem a sucessão deferida por inteiro para si. Nesse ponto haveria a alteração da ordem de vocação hereditária, uma vez que, vem antes dos colaterais.

Portanto, a ordem de vocação hereditária seria deferida, em princípio, nos termos do art. 1.829, do diploma civil, porém com a inclusão do herdeiro afetivo. Assim, primeiro seriam chamados a suceder os descendentes e os herdeiros afetivos, em concorrência com o cônjuge ou companheiro sobrevivente, salvo se casado (ou em união estável) 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. Em seguida, os ascendentes, em concorrência com o cônjuge ou companheiro e os herdeiros afetivos. Depois o cônjuge ou companheiro sobrevivente em concorrência com o herdeiro afetivo. Na sequência o herdeiro afetivo. E, por fim, os colaterais.

O procedimento para declaração da condição de herdeiro afetivo poderia ser realizado seguindo a atual sistemática do processo de inventário, com acréscimo de pequenas alterações. Assim sendo, o inventariante, detendo conhecimento de possíveis herdeiros afetivos, deveria sinalizar a sua existência junto as primeiras declarações e apontar qual seria

a sua relação com o autor da herança (p.ex. um amigo muito próximo, um cuidador ou um parente colateral que travou intenso comportamento afetivo com o autor da herança), nos moldes do atual art. 620, inc. II e III, do CPC.⁸⁵² Na sequência, os demais herdeiros poderiam, na manifestação às primeiras declarações (art. 627, do CPC), concordar com a inclusão do herdeiro afetivo no rol de herdeiros sucessíveis ou impugnar a condição do herdeiro afetivo. Não seria necessário alterar a redação do atual art. 627, do CPC, uma vez que o dispositivo já prevê, em seu inciso III, que cabe aos herdeiros junto às primeiras declarações “contestar a qualidade de quem foi incluído no título de herdeiro”. Caso a condição de herdeiro afetivo reste comprovada documentalmente (v.g. testamento, codicilo ou outro documento probante), o juiz decidirá de pronto, caso a questão demande alta indagação, o magistrado deverá remeter a controversa para as vias ordinárias, na qual será possível a ampla instrução probatória, apenas reservar, no momento da partilha, o quinhão hereditário do pretendido herdeiro afetivo cuja qualidade se discute nas vias ordinárias, nos termos dos art. 612⁸⁵³ e art. 627, § 3⁸⁵⁴, do CPC.

Ainda, conforme ressaltado em outra oportunidade, deverá o judiciário adotar a máxima cautela na análise e verificação do comportamento afetivo entre sucessor e sucedido, seja para fins de exclusão do herdeiro legítimo, seja para fins de reconhecimento da condição de herdeiro afetivo, com o objetivo de não inflamar maior litigiosidade nos processos de inventário.

Desse modo, existindo dúvida razoável acerca da existência do comportamento afetivo, e, por consequência, da exclusão ou inclusão de pretensos herdeiros, compete ao magistrado julgar à causa "*In dubio pro heredis*", ou seja, deve o julgador inclinar pela sua existência, tal como prevê, *mutatis mutandis*, a regra do art. 1547, do CC⁸⁵⁵. Essa previsão tem como objetivo amenizar eventual conflito entre os herdeiros e militar a favor do direito fundamental a herança (art. 5º, inciso XXX, da CF/1988).

⁸⁵² Art. 620. Dentro de 20 (vinte) dias contados da data em que prestou o compromisso, o inventariante fará as primeiras declarações, das quais se lavrará termo circunstanciado, assinado pelo juiz, pelo escrivão e pelo inventariante, no qual serão exarados: [...] II - o nome, o estado, a idade, o endereço eletrônico e a residência dos herdeiros e, havendo cônjuge ou companheiro supérstite, além dos respectivos dados pessoais, o regime de bens do casamento ou da união estável; [...] III - a qualidade dos herdeiros e o grau de parentesco com o inventariado;

⁸⁵³ Art. 612. O juiz decidirá todas as questões de direito desde que os fatos relevantes estejam provados por documento, só remetendo para as vias ordinárias as questões que dependerem de outras provas.

⁸⁵⁴ Art. 627. Concluídas as citações, abrir-se-á vista às partes, em cartório e pelo prazo comum de 15 (quinze) dias, para que se manifestem sobre as primeiras declarações, incumbindo às partes: [...] § 3º Verificando que a disputa sobre a qualidade de herdeiro a que alude o inciso III demanda produção de provas que não a documental, o juiz remeterá a parte às vias ordinárias e sobrestará, até o julgamento da ação, a entrega do quinhão que na partilha couber ao herdeiro admitido.

⁸⁵⁵ Art. 1.547. Na dúvida entre as provas favoráveis e contrárias, julgar-se-á pelo casamento, se os cônjuges, cujo casamento se impugna, viverem ou tiverem vivido na posse do estado de casados.

Por fim, cabe ressaltar que, embora a presente via (c) forte possa parecer, em princípio, uma utopia, na realidade ela já ocorre, guardada as devidas proporções, no direito vigente. Assim, por exemplo, por mais que um casal permaneça junto por muitos anos, caso ao final da vida inexista mais afeto, e, sem ele, vier a separação de fato, o divórcio ou a dissolução da união estável, automaticamente, os sujeitos perdem a condição de herdeiro um do outro.⁸⁵⁶ Ou seja, inexistindo afeto e dissolvida a relação, ambos os cônjuges ou companheiros deixam de deter a condição de herdeiros um do outro. Por outro lado, dois sujeitos que travam relação afetiva entre si na condição de pai/mãe e filho, incidindo a hipótese de posse de estado de filiação (art. 1.593, do CC)⁸⁵⁷, passam a deter, em razão de um comportamento afetivo, a condição de herdeiros recíprocos. Consequentemente, o direito brasileiro já admite, de certo modo, a afetividade como mecanismo para exclusão e inclusão de sujeitos da condição de herdeiros sucessíveis.

À luz das questões debatidas, apresenta-se abaixo uma proposta de alteração *de lege ferenda* da sucessão legítima no Código Civil brasileiro, com vistas a incorporar tal possibilidade ao ordenamento jurídico brasileiro:

iii) Proposta forte – Previsão da ausência de comportamento afetivo como elemento passível de afastar herdeiros necessários e facultativos e da presença do comportamento afetivo como uma hipótese de inclusão de colaterais e terceiros como herdeiros necessários ou inclusão de herdeiros necessários preteridos na ordem de vocação hereditária.

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

- I - aos descendentes e aos herdeiros afetivos em concorrência com o cônjuge ou companheiro 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 e aos herdeiros afetivos, em concorrência com o cônjuge;
- III - ao cônjuge sobrevivente e aos herdeiros afetivos;
- IV - aos herdeiros afetivos;
- V - aos colaterais.

Parágrafo Único: Os herdeiros necessários, preteridos na ordem de vocação hereditária, que travarem comportamento afetivo com o autor da herança, também serão chamados a suceder, sendo-lhes garantido quinhão igual ao que couber aos demais herdeiros da respectiva ordem de vocação chamada à sucessão.

Art. 1.829-A. Na sucessão legítima somente constituem herdeiros do falecido aqueles que com ele possuíam, ao tempo da abertura da sucessão, notório e contínuo comportamento afetivo.

§1º Na sucessão legítima a afetividade entre herdeiro e falecido goza de presunção *juris tantum*.

§2º Têm legitimidade para demandar a exclusão do herdeiro na hipótese do *caput* todos os potenciais herdeiros beneficiados com a exclusão.

⁸⁵⁶ O art. 1.830 do Código Civil estabelece que “Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente”.

⁸⁵⁷ Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

§3º Os parentes colaterais ou terceiros que possuam, de modo constante, comportamento afetivo com o autor da herança, consubstanciado em convivência, cuidado, auxílio na subsistência, proteção, entre outros comportamentos inerentes a uma relação familiar, é assegurada a condição de herdeiro necessário, sendo-lhe garantido quinhão igual ao que couber aos demais herdeiros necessários.

§4º Na hipótese do §3º, existindo herdeiros necessários com quinhões desiguais, o herdeiro afeito concorrerá com os herdeiros a quem couber a maior quota-parte do monte partível.

§5º Não se aplica a regra do *caput* no caso dos herdeiros menores, incapazes e idosos em situação de miserabilidade.

§6º Não se aplica a hipótese do §3º nas relações assistenciais por natureza, como asilos, orfanatos, abrigos e congêneres.

Parágrafo Único: não serão excluídos os herdeiros cuja causa da ausência de afetividade seja imputada exclusivamente ao autor da herança.

Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes, o cônjuge e o herdeiro afetivo.

4 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, cumpre neste momento sintetizar os aspectos mais relevantes que moldam as conclusões lançadas ao longo da investigação que ora se encerra. Para tanto, serão condensadas, em tópicos, as principais inferências atingidas ao longo de cada um dos capítulos da presente pesquisa, na ordem lógica em que foram abordadas, conforme adiante se verifica.

(1) A teoria denominada Análise Econômica do Direito (AED) investiga o fenômeno jurídico por meio de conceitos econômicos, tais como escassez, maximização racional, eficiência, incentivos, entre outros, buscando compreender o direito e suas implicações no mundo fático. Tem como pressuposto avaliar as normas jurídicas a partir das estruturas de incentivos criadas por elas, com vistas a identificar qual será a reação, comportamento ou resposta das pessoas aos estímulos criados pela regulação. Divide-se em duas formas de investigação ou enfoque, uma denominada “análise positiva” e outra “análise normativa”. A primeira cuida de explicar o direito posto e suas implicações no mundo real, demonstrando a eficácia, eficiência e quais os efeitos por ricochete gerados pelas normas jurídicas vigentes. A segunda labora em um plano propositivo, ou seja, investiga de que forma as estruturas normativas ou instituições devem ser desenhadas para alcançar o vetor normativo pretendido pelo legislador ordinário. De tal modo, pode-se dizer, em linhas gerais, que a primeira procura responder “Quais os efeitos de determinado enquadramento jurídico?” e a segunda “Qual enquadramento jurídico deveria existir para alcançar os efeitos pretendidos pelo legislador ordinário de forma eficiente?”. Denota-se que por meio da Análise Econômica do Direito é possível avaliar qual o comportamento adotado diante de determinada norma e qual norma deve ser adotada com vistas a obtenção de um outro comportamento desejado socialmente.

(2) A Análise Econômica do Direito, embora possua diversas correntes teóricas, labora sobre alguns conceitos básicos e compartilhados entre os juristas e economistas, os quais servem de premissa para a teoria. Dentre eles, destacam-se: **(a)** escassez – os indivíduos vivem em um mundo de recursos escassos. Logo, os indivíduos necessitam a todo momento realizar escolhas alternativas possíveis e excludentes. Precisam equacionar as opções e escolher uma delas; **(b)** custo de oportunidade – toda escolha pressupõe um custo, um *trade off*, que é a segunda opção disponível, mas que foi preterida. Assim, por exemplo, se existem as opções “sair com amigos” ou “cuidar de um pai enfermo”, o custo de prestar assistência será não poder sair com os amigos e vice-versa; **(c)** maximização racional – as pessoas escolherão, na média, as opções que atendam melhor seus interesses pessoais, que lhes traga maior bem-estar individual, independente da natureza do interesse. Assim, presume-se

que as pessoas agem, na média, calculando qual escolha lhe trará maior benefício e menor custo, e optam, em regra, pela opção que lhe seja particularmente mais benéfica e menos onerosa; **(d)** equilíbrio – as pessoas ficam constantemente realizando trocas, buscando um melhor resultado para si, até que os custos associados a cada troca se igualem aos benefícios auferidos, momento a partir do qual não mais ocorrerão trocas, tendo os agentes alcançado uma situação de equilíbrio, gerando a eliminação de todo desperdício; **(e)** incentivos – as pessoas ponderam constantemente, ou ao menos na maioria das vezes, custos e benefícios, e tendem a escolher a opção que lhes traga maior benefício individual. Por essa razão, a concessão de um benefício ou a criação de um custo pode alterar a escolha de um sujeito. Logo, criar um incentivo – um benefício ou um custo – em relação a determinada opção, pode levar um indivíduo a adotar uma conduta em detrimento de outra. Assim, por exemplo, se o preço de um produto de luxo sobe (custo), os consumidores tendem a comprar menos esse bem, e, se o seu preço diminui (benefício), a comprar mais; **(f)** eficiência – o termo eficiência possui várias concepções, no entanto, de um modo geral, o termo diz respeito à maximização de ganhos com a minimização de custos. Desse modo, um processo será eficiente quando se obtiver o resultado desejado com o menor custo. Tais conceitos compuseram as bases sobre as quais a tese foi arquitetada.

(3) A metodologia da Análise Econômica do Direito propõe um conjunto de etapas a serem observadas pelo pesquisador para aplicação da teoria juseconômica na análise das normas vigentes ou na arquitetura de novas normas. Em apertada síntese, são três os níveis de análise metodológica: (a) identificar quais serão os efeitos jurídicos produzidos pela norma; (b) explicar os fundamentos da norma existente, ou seja, por qual razão ou vetor normativo a norma existe; (c) identificar qual norma deve existir, considerando dado vetor normativo e a forma mais eficiente de alcançá-lo. A metodologia juseconômica deu suporte a segunda sessão do 2º capítulo, cujas etapas de análise foram empregadas para avaliar a disciplina sucessória brasileira atual (análise positiva) e discorrer sobre uma possível alternativa de regulação mais eficiente (análise positiva).

(4) A Teoria dos Incentivos, que serviu de arrimo para a tese, sustenta que o ser humano, enquanto ser racional maximizador, comporta-se de acordo com o conjunto de incentivos, custos ou benefícios, a que está submetido. Por essa razão, os indivíduos tendem a reagir a benefícios e custos, mudando seu comportamento para obter o benefício ou evitar o custo, e, com isso, alcançar maior satisfação pessoal. A partir dessa inferência, a teoria em questão defende que os indivíduos, para realizarem qualquer tarefa que demande um custo para sua execução – não necessariamente financeiro (v.g. custo pode ser tempo disponível) –, necessitam de alguma forma de compensação ou estímulo para sua execução, os quais podem ser incentivos positivos, como remuneração ou algum tipo de premiação, ou incentivos

negativos, como a punição. Nessa ordem de ideias que foi desenvolvida na presente tese, parte-se da premissa que inserir um custo ou um benefício vinculado a sucessão legítima e a legítima poderiam gerar um desestímulo ao abandono ou um estímulo a promoção do comportamento afetivo entre sucessor e sucedido, conforme detidamente analisado no subitem 2.2.2, “O fundamento e a função da sucessão legítima a partir da perspectiva da Análise Econômica do Direito: o estímulo a manutenção de relações de entreaajuda, convivência, assistência material e congêneres”.

(5) Considerando que a tese poderia suscitar críticas, sendo taxada de “injusta”, na medida em que propõe, em alguns casos, privar os herdeiros consanguíneos da herança, e, em outras situações, incluir terceiros (sem parentesco com o falecido) na condição de herdeiros necessários, fez-se necessário situar o leitor acerca do conceito de justiça sobre o qual labora a presente tese. Isso porque existem diferentes concepções de justiça e, sem que se posicione diante de uma delas, não é possível afirmar, a priori, que uma dada situação é justa ou injusta. A ideia de justiça é subjetiva e, portanto, variável de acordo com a perspectiva ou os valores éticos e morais de dada sociedade ou, até mesmo, de certa pessoa. Contudo a Análise Econômica do Direito, por ser uma teoria econômica, não pode resolver questões de cunho valorativo, ou seja, o que é justo, injusto, o que é certo ou errado. Cabe a ela apenas julgar as normas em termos de eficiência ou ineficiência. Por isso justiça e eficiência são termos umbilicalmente ligados na perspectiva juseconômica. Diante desse cenário, chegou-se à conclusão que toda situação que gera desperdício, ou seja, que é ineficiente, é injusta. Logo, sob a perspectiva do marco teórico adotado, não é possível afirmar que a tese proposta é, a priori, justa ou injusta, por permitir a privação de um herdeiro consanguíneo ou civil de herdar o patrimônio do falecido ou incluir terceiro na ordem de sucessão. Muito pelo contrário, a tese permite alcançar os vetores normativos da sucessão legítima e da legítima – direito de propriedade e princípio da solidariedade – de forma eficiente. Visto que mostra-se benéfica para sucedido e sucessores, aquele por ter suporte material e moral dos herdeiros ou terceiros em vida e esses por serem compensados, via herança, pelo comportamento afetivo dispensado com o autor da herança em vida. E, ainda, para sociedade como um todo, na medida em que desonera os cofres públicos de gastos com assistência social destinadas as pessoas em situação de abandono.

(6) A Teoria do Paternalismo Libertário, que mistura direito, econômica e psicologia, explica, em linhas gerais, que os seres humanos possuem falhas cognitivas e, em razão disso, muitas vezes o comportamento humano diverge do comportamento racional. Todavia por meio de orientações – cutucadas ou empurrões – é possível guiar os indivíduos para que tomem decisões mais acertadas e benéficas, para si e para sociedade como um todo. Tais pressupostos foram utilizados ao longo do desenvolvimento da tese. Primeiro, para sustentar

que a tese se alinha a filosofia paternalista libertaria. Já que condicionar a sucessão legítima e a legítima à existência do comportamento afetivo, tem como objetivo induzir, sem impor, que os sujeitos travem comportamento afetivo entre si. Ou seja, dar um “empurrão” para manutenção de relações de convivência, entreajuda etc., sem tolher a liberdade individual daqueles que optarem por não manter relação com o falecido. Segundo, para questionar e colocar em xeque a autonomia privada. As falhas cognitivas, expostas pela teoria paternalista, demonstram que a autonomia privada – preceito invocado pela doutrina, de forma recorrente, para sustentar a supressão da legítima – é passível de gerar situações indesejadas e prejudiciais para próprio sujeito, sendo necessário, em alguns casos, impor restrições a ela, como ocorre no caso da legítima.

(7) A família ao longo da história sofreu inúmeras transformações, passando de unidade produtiva, com finalidade econômica, procracional, política e religiosa, fundada na desigualdade e na autoridade do homem, para se tornar, gradativamente, lócus do afeto, comunhão de vida, interesses e núcleo fundamental de desenvolvimento da personalidade dos seus membros. Analisar a estrutura familiar e as mudanças por ela sofrida ao longo do tempo foram fundamentais para evidenciar os motivos que fundamentaram a criação da sucessão legítima e da legítima. Contudo, pôde-se observar que, embora nas últimas décadas a forma de organização familiar e o Direito de Família brasileiros tenham sofrido profundas alterações, muito pouco, quase nada, foi modificado em relação as normas sucessórias. Vale dizer, o Direito das Sucessões brasileiro continua laborando, em larga medida, sob a lógica secularizada da família tradicional e agrária brasileira.

(8) A apresentação de alguns apontamentos acerca evolução histórica do Direito das Sucessões, desde sua origem no Direito Romano até o ordenamento jurídico brasileiro vigente, foram fundamentais para compreender os motivos que ensejaram ou fundamentaram a criação da sucessão legítima e da legítima. Por outro lado, pode-se observar que, desde o seu nascedouro, até os dias atuais, embora a família e o Direito das Famílias tenham sofrido devastadoras alterações, poucas alterações foram impingidas nas normas sucessórias. Com isso, é possível concluir que o Direito das Sucessões tem se acobertado com o manto da neutralidade, deixando de refletir todas as profundas transformações ocorridas ao longo da história, em especial nas últimas décadas, na estrutura familiar e forma de organização social da família brasileira contemporânea.

(9) Após descortinar os motivos e funções fundamentais da sucessão legítima e da legítima ao longo da história, restou necessário averiguar se essas mesmas razões persistiam na atualidade. A resposta encontrada foi negativa. Isso porque, percebe-se que o papel ou função assistencial à família, atribuído à herança, perdeu, em boa parte, sua razão de ser. O caráter assistencial da sucessão legítima e da legítima, destinado à proteção dos membros

da família, foi substancialmente suplantado pelas coberturas sociais do Estado (v.g. previdência social, pensões, orfanatos, asilos e outros órgãos de assistência social) e pela iniciativa privada (v.g. contratação de seguros privados, aplicações em fundos patrimoniais, previdência privada, fundos de investimento). De mais a mais, os filhos, via de regra, deixaram de necessitar dos bens dos genitores como fonte para subsistência ou estabelecimento profissional, uma vez que o aumento da expectativa de vida nos últimos anos fez com que o momento da abertura da sucessão acabe coincidindo com o momento em que os descendentes diretos do falecido gozão de uma maior autonomia econômica. Além disso, a atuação da família como unidade produtiva no sistema agrário tradicional, outro fundamento da sucessão familiar, foi superada pelo modo de produção industrial. Por fim, em relação ao cônjuge, denota-se que nos últimos anos a mulher abandonou o espaço doméstico e foi inserida no mercado de trabalho, pelo que esmaeceu, como consequência, à função assistencial da herança em relação ao cônjuge sobrevivente. Nessa ordem de ideias, percebeu-se que a configuração da sucessão familiar obedeceu a determinadas coordenadas socioeconômicas que desapareceram, de modo que boa parte dos fundamentos e funções tradicionalmente atribuídos à sucessão legítima e a legítima já não se sustentam no atual momento histórico brasileiro.

(10) Foi analisado, via metodologia da Análise Econômica do Direito positiva, a atual regulação da sucessão no Brasil, com o intuito de averiguar se a sucessão legítima e a legítima atingem suas funções, ou seja, seus vetores normativos. Com relação à sucessão legítima, a resposta encontrada foi negativa. Isso porque a função da sucessão legítima, qual seja, distribuir o patrimônio do falecido de acordo com a sua vontade presumida, não é atingida de forma satisfatória. No contexto contemporâneo de pluralismo de entidades familiares, a ordem de vocação hereditária, prevista na sucessão legítima, não dá conta de satisfazer o desejo do falecido de distribuir seus bens aos seus entes mais próximos. São infinitas as possibilidades de conformação familiar e a ordem atual contempla, de um modo geral, apenas a família tradicional, baseada na consanguinidade e no vínculo marital ou na união estável. Além disso, a atual regulação gera efeitos indesejados por ricochete. Pode-se identificar que o autor de herança seria desestimulado a produzir riqueza, uma vez que seus bens não seriam destinados, necessariamente, as pessoas com quem o falecido guardava feição familiar em vida (p.ex. são preteridos da sucessão um dos companheiros no caso de famílias poliafetivas ou duplicidade de células familiares ou nas relações entre enteados e madrastas e padrastos). Já no tocante a legítima, a resposta não foi diferente. A legítima não atinge, de forma satisfatória, seus vetores normativos, quais sejam: (a) garantia de uma base econômica nas relações familiares; (b) viabilizar o sustento dos filhos; (c) do cônjuge; (d) garantia de um regime de copropriedade familiar. Na contemporaneidade, os descendentes,

ascendentes e o cônjuges já não necessitam, via de regra, da legítima como garantia de um meio de subsistência. Além disso, mesmo em diversas hipóteses nas quais alguns dos membros da família possuem dependência econômica com o autor da herança, a legítima não lhes é garantida. Devido a existências de distintos modelos familiares, a legítima pode beneficiar quem não mantém contato com o falecido e deixar desprotegido alguém que com ele possuía dependência econômica (p.ex. um enteado ou um membro de uma família eudemonista). A ideia de garantir um regime de copropriedade familiar também não é atingida. Na família pluriparental, um padrasto ou madrasta poderão contribuir para formação profissional do enteado, fornecendo apoio moral, material e cuidado, porém serão excluídos dos proveitos patrimoniais tidos por ele na hipótese do seu falecimento precoce. O mesmo ocorre em relação a outros modelos familiares, como as famílias eudemonistas. Ainda, a legítima pode produzir consequências indesejadas, tal como comportamentos oportunistas. Pessoas que possuíam relação familiar e dependência econômica com o falecido (p.ex. membros de uma família eudemonista) serem preteridas da sua herança, em detrimento dos netos ou bisnetos consanguíneos ou civis que sequer mantinham contato com o autor da herança. Diante desse cenário, o sobrevivente, que possui dependência econômica, restaria desamparado, ficando à margem dos cuidados do Estado. Ao passo que os herdeiros consanguíneos ou civis poderão amealhar todo seu patrimônio. Nesse caso, estar-se-ia diante da ocorrência de um efeito “*spillover*” ou efeito transbordamento, no qual benefícios seriam privatizados e custos socializados. Além disso, a legítima pode dar margem ao denominado efeito carona (*free ride*), na medida em que apenas um ou alguns dos herdeiros podem despender cuidados com o falecido – embora todos tenham esse dever legal –, porém todos partilharem, de forma igualitária, a herança deixada pelo *de cuius*, mesmo não tendo contribuído, sequer indiretamente, para que o sucedido adquirisse, em vida, os bens partilhados. Diante das reflexões apresentadas, concluiu-se que alguns vetores normativos, tanto da sucessão legítima quanto da legítima, não são atingidos a contento.

(11) Considerando que os fundamentos e funções da sucessão legítima e da legítima perderam, em boa medida, suas razões de ser na sociedade brasileira contemporânea, e partindo do pressuposto de que não é desejável a sua extinção, por ser um mecanismo de estímulo ao trabalho e à produção de riqueza – e, por via reflexa, do desenvolvimento econômico e social –, buscou-se, por meio da metodologia juseconômica, encontrar sob quais as novas bases, ou seja, fundamentos e funções, as normas sucessórias poderiam laborar. Diante do problema apresentado na introdução do presente trabalho, consistente na liquefação dos laços familiares, e, por consequência, o surgimento de inúmeras situações de abandono, no mundo e no Brasil, chegou-se à conclusão de que as normas sucessórias poderiam ser redesenhadas e passarem a ter como fundamento uma ideia de solidariedade

fundada na reciprocidade e como função desestimular o abandono familiar ou estimular o comportamento afetivo familiar. Para tanto, poderia ser incluído uma sanção junto as normas sucessórias, direcionada aos herdeiros que deixassem de ter comportamento afetivo com o autor da herança, tal como a criação de uma hipótese de deserdação por abandono afetivo. Ou, por outro lado, ser inserido um benefício ou recompensa, como a atribuição da condição de herdeiro necessário aos colaterais ou terceiros que travassem, em vida, comportamento afetivo com o *de cuius*. Ou, ainda, que herdeiros necessários, preteridos na ordem de vocação hereditária, que travassem comportamento afetivo com a autor da herança, fossem chamados a suceder. Portanto, a nova função da sucessão legítima e da legítima seriam promover um comportamento afetivo dos indivíduos para com o autor da herança.

(12) Sobre a tese defendida, foram aventadas, ao longo do desenvolvimento da pesquisa, algumas críticas. Dentre elas, destacaram-se as seguintes: (a) possibilidade de monetização do afeto, uma vez que a herança se tornaria uma forma de pagamento pelo sentimento recebido em vida; (b) imposição aos indivíduos que amassem e tivessem afeto recíproco; (c) desenvolvimento de um “mercado do afeto”, com familiares ou terceiros interessados em cuidar de outros não por benevolência ou amor ao próximo, mas sim por interesse exclusivamente financeiro de amealhar o patrimônio do falecido; (d) possibilidade de conceder as pessoas a opção de cumprirem seus deveres legais relacionados à família, tal como cuidado, assistência moral, apoio psicológico etc., “*in pecúnia*”, ou seja, mediante compensação financeira. No entanto todas as críticas foram refutadas. Em primeiro lugar, porque a tese labora sobre as bases epistemológicas da Análise Econômica do Direito. E, como visto, a juseconomia não tem a capacidade de dizer o que é justo ou injusto, certo ou errado. Logo, não foi objeto da presente pesquisa avaliar se a tese é reprovável ou não do ponto de vista subjetivo. Coube apenas perquirir se a tese teria eficiência (e o resultado foi positivo, ao menos no plano teórico). Porém, ainda assim, cuidou-se de desconstruir as oposições à tese. Restou esclarecido que o afeto, sentimento anímico, não é objeto de tutela jurídica. Portanto, não se estaria precificando o afeto ou obrigando as pessoas a travarem relações de amor e afeto entre si. Como o comportamento afetivo diz respeito, em linhas gerais, ao cumprimento de determinadas obrigações legais (p.ex. art. 229, da CF/88; art. 1.634, do CC/02; art. 3, da Lei n. 10.741/2003), na realidade, estar-se-ia compensado financeiramente aqueles que cumprissem seus deveres legais relacionados à família, como cuidado, convivência, apoio material etc. Também restou demonstrado que não se estaria permitindo o cumprimento do dever de “afeto” “*in pecúnia*”, porque o comportamento afetivo é composto por obrigações que decorrem de outros dispositivos legais (p.ex. art. 229, da CF/88; art. 1.634, do CC/02; art. 3, da Lei n. 10.741/2003) que já devem ser atendidos independentemente da existência de uma compensação financeira pelo seu cumprimento ou

não. Por fim, em relação a criação de um “mercado do afeto”, concluiu-se que essa perspectiva não seria ruim para partes e para sociedade. Muito pelo contrário, traria benefícios para todos, na medida em que o autor da herança receberia cuidado, convivência, ajuda, apoio moral e psicológico etc., os parentes ou terceiros seriam compensados pelo tempo dispensado em vida com o falecido e a Estado, em primeiro lugar, e a sociedade civil organizada, em segundo, seriam desonerados de ter que acolher e resguardar o autor da herança renegado pela sua família. Finalmente, foi demonstrado que a perspectiva adotada pela tese já vem sendo implementada em vários países, visando conter o contingente crescente de idosos vítimas de abandono familiar. Além disso, vários projetos de lei em trâmite no Brasil denotam que a questão também está em ebulição junto as casas legislativas, demonstrando que a afetividade está a clamar tutela jurídica, não existindo qualquer oposição com estofamento suficiente para justificar que o comportamento afetivo deixe de receber adequado tratamento jurídico.

(13) Considerando, por um lado, que uma parcela da doutrina civilista critica fortemente a legítima e propõe a sua extinção com base na autonomia privada, e, por outro lado, que a presente tese se assenta na manutenção da legítima, restou necessário desnaturar a mistificação que alça a autonomia privada a condição de um comando normativo quase que absoluto dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, a autonomia privada foi posta à prova frente a ideia de constitucionalização do Direito Civil e dos pressupostos da Análise Econômica do Direito. No primeiro caso, viu-se que a ideia de constitucionalização do Direito Civil comporta duas formas de interpretar a autonomia privada, uma voltada ao indivíduo e outra voltada ao social, a primeira com arrimo na plena liberdade de testar e a segunda com sustentáculo nas restrições à liberdade de testar (consubstanciada na legítima). Sob a ótica juseconômica, entendeu-se que deve prevalecer a interpretação civil-constitucional que alinha a autonomia privada à manutenção da legítima. Isso porque a legítima ressignificada – de acordo com a tese proposta – traria maiores benefícios, ou seja, seria mais eficiente, para todos os envolvidos. Ao passo que a plena liberdade de testar não traria um benefício específico, exceto a satisfação de um desejo interno, que, inclusive, somente seria satisfeito após a sua morte, não surtindo qualquer benefício no seu plano existencial. Em seguida, foi demonstrado que a tese não fere a autonomia privada dos sucessores, pois não obriga a oferta do comportamento afetivo. Os parentes do falecido possuem liberdade para não manter relações com o falecido (ao menos no campo sucessório não haverá qualquer injunção), porém não irão amealhar o patrimônio deixado pelo falecido. Em um terceiro momento, a autonomia privada foi confrontada com a ideia de racionalidade limitada e alguns postulados do paternalismo libertário (heurísticas e vieses), os quais demonstram que as pessoas possuem falhas de racionalidade que comprometem o seu

processo decisório, e, como consequência, suas decisões podem trazer consequências indesejadas e prejudiciais para si próprias e para coletividade. Diante disso, mostra-se adequado e necessário a restrição imposta por meio da legítima à livre disposição patrimonial do autor da herança. Do contrário, o autor da herança poderia preferir um filho ou outra pessoa que lhe ofertou comportamento afetivo em vida, em detrimento, por exemplo, de um novo cônjuge ou companheiro, motivado por questões que levam a falhas de racionalidade (p.ex. a paixão ou assimetria informacional), ou pelo otimismo ou confiança excessiva no novo relacionamento.

(14) Também procurou-se demonstrar que a tese se adequada ao princípio constitucional da função social da propriedade (art. 5º, inciso XXIII, da CF/88) e ao direito fundamental a herança (art. 5º, inciso XXX, da CF/1988). Como observado, a propriedade não é um direito subjetivo absoluto e a sua existência, isto é, seu fundamento, encontra-se na sua serventia ao bem-estar coletivo. Nesse sentido, a reorganização da disciplina da sucessão legítima, nos moldes propostos, diminuiria o número de sujeitos vítimas de abandono e deixados à margem de cuidados pelo Estado, trazendo benefícios para toda sociedade. Logo, por meio da tese apresentada, seria atribuída uma função social à sucessão legítima e a legítima. Em segundo lugar, a tese mostrou-se compatível com o direito fundamental à herança assegurado constitucionalmente (art. 5º, inciso XXX, da CF/1988). Uma vez que a previsão constitucional garante a preservação do instituto da sucessão *causa mortis*, porém não delimita um conteúdo concreto ou uma forma de organização predeterminada. Isso significa que a norma constitucional assegura o direito à herança enquanto instituição, no entanto não garante qualquer regime ou regra sucessória específica ou predeterminada. Logo, a alteração proposta mostrou-se alinhada ao texto constitucional.

(15) O afeto, por ser um sentimento anímico, não pode ser apreendido pelo direito. Por essa razão, foi realizada a construção teórica de uma figura jurídica denominada “comportamento afetivo”, sendo desenvolvido seu: (a) perfil – a definição jurídica do comportamento afetivo; (b) conteúdo – elementos que integram o comportamento afetivo; e (b) a natureza jurídica – a classificação jurídica a ser atribuída ao comportamento afetivo. Quando ao (a) perfil, o comportamento afetivo não diz respeito ao sentimento de caráter subjetivo, mas sim a um conjunto de ações objetivas, constituída por meio de fatos-signos presuntivos de afetividade, tal como cuidado, comunhão da vida, convivência mútua, manutenção alheia, coabitação, projeto de vida em conjunto, entreatajuda, afeição explícita, proteção recíproca, acumulação patrimonial, convivência pública e ostensiva, entre outros. Portanto, não importa o sentimento interno dos indivíduos, mas sim as suas ações objetivas. A título exemplificativo, pode um pai não amar um filho, porém, nada ilide seu dever de ter um comportamento afetivo com a prole, tais como os deveres legais de “assistir, criar e educar os

filhos menores” (art. 229, da CF/88). Ainda, não há óbice algum em tutelar a afetividade como um valor jurídico, uma vez que o direito já labora com outros termos de natureza subjetiva, sem que isso constituía um empecilho à sua aplicação no campo jurídico. Assim faz o ordenamento jurídico, por exemplo, ao tutelar e atribuir valor legal a dignidade da pessoa humana, boa-fé, solidariedade, entre outros institutos com alta carga subjetiva. Além disso, a própria legislação brasileira nos últimos tempos passou a acolher e prever a afetividade como um valor jurídico, tendo sido incorporada na Lei Maria da Penha (2006), Leis da Guarda Compartilhada (2008 e 2014), na nova Lei da Adoção (2009) e na Lei da Alienação Parental (2010). O uso jurídico da afetividade também já é realizado pela jurisprudência, como se observa, por exemplo, nos casos de condenação por abandono afetivo e na recente hipótese de reconhecimento da multiparentalidade (pai biológico e pai afetivo). Com relação ao (b) conteúdo, ele foi dividido em duas categorias, as quais foram denominadas: (i) comportamento afetivo ativo; e (ii) comportamento afetivo omissivo. A primeira, composta por atos comissivos, constitui um conjunto de ações que os herdeiros estão obrigados a praticar ou um conjunto de condutas ou ações que terceiros ou parentes colaterais, embora não estejam obrigados legalmente a praticar, caso pratiquem, são incluídos na condição de herdeiros necessários. Já o segundo, composto por condutas omissivas, incide nas hipóteses em que o herdeiro deixa de cumprir alguns dos seus deveres legais para com o falecido. Assim, por exemplo, quando os filhos deixam de conviver com os pais na velhice (art. 3º, da Lei n. 10.741/03 – Estatuto do Idoso). No tocante ao conteúdo propriamente dito de cada uma dessas subcategorias, foi estabelecido que ele deverá ser preenchido conforme o tipo de relação travada entre o sucessor e sucedido. Por exemplo, nas relações entre pais e filhos, o comportamento afetivo deve conter, entre outros deveres legais, o dever de guarda e educação (art. 22 da Lei n. 8069/90 – ECA). Já nas relações entre cônjuges a obrigação de vida em comum, no domicílio conjugal (art. 1.566, inc. III, do CC/02). E assim sucessivamente. No caso dos parentes colaterais ou terceiros, como não possuem obrigações legais específicas em relação ao autor da herança, o comportamento afetivo deve ser preenchido por atos que comportem o princípio da solidariedade e os elementos genéricos que denotam afetividade. Por fim, em relação à (c) natureza jurídica, deve ser atribuído ao comportamento afetivo a natureza jurídica de ato-fato jurídico, tal como ocorre com as uniões estáveis, de modo que bastaria a configuração fática do comportamento afetivo para que lhes fosse atribuído efeito jurídico. Portanto, o comportamento afetivo, para fins sucessórios, independentemente de qualquer manifestação, expressa ou tácita, escrita ou verbal, da vontade das partes. Existindo no plano fático, automaticamente lhes seriam atribuídos os correspondentes efetivos jurídicos no âmbito sucessório. Muito embora nada iniba o autor da

herança de, em vida, reconhecia, via escrito particular, escritura pública, testamento ou codicilo, que travava comportamento afetivo com determinada pessoa para fins sucessórios.

(16) A partir das inferências elencadas ao logo da tese, ao final foram identificadas três formas possíveis pelas quais a tese poderia ser implementada. Ou seja, alcançado o vetor normativo pretendido, consistente em promover, via normas sucessórias, a diminuição do abandono ou estimular o comportamento afetivo entre sujeitos. A primeira delas foi denominada de via (a) fraca, consistente na manutenção da ordem de vocação hereditária na sucessão legítima e a inclusão de uma nova categoria de herdeiro necessário, composta pelos parentes colaterais e terceiros, que seriam denominados de herdeiros afetivos. Para serem alçados à tal condição, deveriam travar, em vida, comportamento afetivo com o autor da herança. Na ordem de vocação hereditária concorreriam com os descendentes, ascendentes, cônjuges e companheiros. Na falta deles, a sucessão seria deferida por inteiro ao herdeiro afetivo. Na hipótese de concorrência, caberia a ele uma quota-parte igual a maior quota parte existente entre os herdeiros necessários. Ainda, os herdeiros necessários, preteridos na ordem de vocação hereditária, que travassem comportamento afetivo com a autor da herança, também seriam chamados a suceder, sendo-lhe garantido quinhão igual ao que coubesse aos demais herdeiros necessários. A Catalunha, na Espanha, regulamentou, por meio da Lei n. 22/2000 – “Lei de Acolhimento de Pessoas mais Velhas” (revogada em 2017) –, a hipótese de atribuição de direitos sucessórios à terceiros que promovessem o acolhimento familiar de idosos, demonstrando que a via sustentada encontra amparo legal. No Brasil existe em trâmite, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei n. 6480/2013 que prevê a criação do art. 1844-B, do Código Civil brasileiro, o qual visa incluir, na condição de herdeiro necessário, com garantia de recebimento de 10% do monte partível, “Todo aquele que, não sendo cônjuge, dispensar espontaneamente ao autor da herança na sua velhice, carência ou enfermidade o zelo e os cuidados dignos e eficazes, dando-lhe sustento sem retribuição monetária [...]”.

(17) A segunda via de implementação da tese, denominada de via (b) média, consiste na manutenção da ordem de vocação hereditária na sucessão legítima e a inclusão da inexistência de notório e continuado comportamento afetivo entre sucessor e sucedido como uma hipótese de exclusão dos herdeiros necessários via deserdação. A proposição aventada mostrou-se viável juridicamente, já sendo acolhida em diferentes ordenados jurídicos estrangeiros, tais como no Direito Austríaco (§ 773 da Lei Federal v. 13 de dezembro de 1989), na legislação do Estado da Louisiana, nos Estados Unidos da América (art. 1621, do Código Civil da Louisiana), no Direito Espanhol (art. 853 e art. 854, do Código Civil da Espanha) e na legislação da Catalunha, Espanha (art. 451-17, do Código Civil de Catalunha). Para implementação da presente via, foram estabelecidos uma série de parâmetros a serem observados (p.ex. que a ausência de relacionamento familiar entre o falecido e o herdeiro apta

a ensejar a deserdação seja por uma causa exclusivamente atribuível ao herdeiro). Por fim, foi observado que existem dois projetos de lei em trâmite que versam sobre a hipótese ora aventada, o Projeto de Lei do Senado n. 118/2010 e o Projeto de Lei 3145/15 da Câmara dos Deputados, os quais reforçam a viabilidade jurídica da hipótese de inclusão da deserdação como causa para deserdação.

(18) Por fim, chegou-se a última via de implementação da tese, a denominada via (c) forte. A proposta em questão resulta, em linhas muito gerais, da soma de algumas das ideias condensadas nas duas vias anteriores – via (a) fraca e via (b) média. Ela consiste, em linhas gerais, na incorporação da ausência de comportamento afetivo como elemento passível de afastar herdeiros necessários e facultativos e da presença do comportamento afetivo como uma hipótese de inclusão de parentes colaterais ou terceiros como herdeiros necessários, ou, ainda, de inclusão na sucessão de herdeiros necessários preteridos na ordem de vocação hereditária. No tocante à exclusão de herdeiros necessários e facultativos, seria mantida a ordem de vocação hereditária e estabelecida a presunção *juris tantum* de afetividade entre os herdeiros e o autor da herança. Desse modo, comprovado o vínculo consanguíneo, registral ou marital, o comportamento afetivo seria presumível. Porém, sua existência poderia ser questionada e impugnada pelos demais herdeiros, objetivando a exclusão de qualquer outro herdeiro em razão da ausência de afetividade com o autor da herança. Dito em outras palavras, seria incluído como requisito para condição de herdeiro, além do vínculo parental ou marital, o vínculo afetivo, sob pena de exclusão da sucessão. Quanto à possibilidade de inclusão de novos sujeitos na condição de herdeiros necessários, ela ocorria em termos semelhantes a via (a) fraca. Ou seja, seria incorporada uma nova figura jurídica junto aos herdeiros necessários, denominada de “herdeiros afetivos”, composta pelos colaterais ou terceiros, que tivessem, em vida, travado comportamento afetivo com o sucedido. O herdeiro afetivo concorreria com os descendentes, ascendentes, cônjuges e companheiros, e, na falta deles, a sucessão seria deferida a ele por inteiro. Na hipótese de concorrência, caberia ao herdeiro afetivo uma quota-parte igual a maior quota parte existente entre os herdeiros necessários. Ainda, o procedimento para declaração da condição de herdeiro afetivo poderia ser realizado seguindo a atual sistemática do processo de inventário, com acréscimo de pequenas alterações.

Com base nas considerações acima alinhavadas, conclui-se, em apertada síntese, como resultado final da presente investigação: (a) que boa parte dos motivos que fundamentaram a criação da sucessão legítima e da legítima já não persistem na atualidade; (b) sob a ótica juseconômica a sucessão legítima e a legítima não atingem, via de regra, seus vetores normativos; (c) à luz da Análise Econômica do Direito, pode ser atribuída à sucessão

legítima e a legítima, o papel de desestimular o abandono ou incentivar o comportamento afetivo entre sujeitos.

5 REFERÊNCIAS

- AFETO. *In: Dicionário Michaelis* [on-line], out. 2018. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=Ywvd>. Acesso em: 24 out. 2017.
- AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. As tragédias dos comuns e dos anticomuns. *In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2001.
- ALEXIS, Giraud-Teulon. Sur les origines de la famille. *Bulletin de la Société d'anthropologie de Lyon*, tome 21, 1902. Disponível em: <https://doi.org/10.3406/linly.1902.12243>. Acesso em: 8 set. 2019.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ALMENDANHA, Cristina; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Análise econômica do óbito. *In: Congresso da Associação Brasileira de Direito e Economia - ABDE*, 6. 2013, Rio de Janeiro. **Anais [...]** Rio de Janeiro: CPDE; ABDE, 2013. Disponível em: http://www.congresso.abde.com.br/index.php/ABDE/VI_ABDE/paper/view/153/44. Acesso em: 30 jan. 2018.
- ALOY, Antoni Vaquer. Acerca del fundamento de la legítima. *InDret*, Barcelona, n. 4, oct. 2017.
- ALPA, Guido. Interpretazione economica del diritto. *Rivista del Diritto Commerciale*, Milano,: F. Vallard, ano 1979, lul./dec. 1981.
- ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 29, jul./dez. 2006.
- ALVES, Jones Figueirêdo. Filhos que abandonam. **Migalhas**, jul. 2013 Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI182436,21048-Filhos+que+abandonam>. Acesso em: 19 jan. 2018.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 14. ed., rev., corr. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- ALVES, José Carlos Moreira. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 88, jan. 1993.
- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**, v. 26, n. 102, abr./jun. 1989.
- AMARO, Caroline; GONÇALVES, Oksandro. Teoria econômica do namoro e do matrimônio: formação do processo decisões e suas consequências jurídico-econômicas. **Revista Direito Empresarial**, v. 14, 2017.
- ANDRADE, Tânia. **Mulheres no mercado de trabalho: onde nasce a desigualdade?** Câmara dos Deputados. 2016.
- ANTONINI, Mauro. **Sucessão necessária**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- Apelação Cível n. 70006077036**, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis. Julgado em 18.06.2003.
- Apelação Cível n. 70010787398**. Sétima Câmara Cível. Relatora: Maria Berenice Dias. Julgado em 27/04/2005.
- Apelação Cível n. 70011962503**, Rel. Des. Rui Portanova, julgado em 17/11/2005.

ARAÚJO, Neiva Cristina de; BARBOSA, Vanessa de Souza Rocha. Do direito sucessório ante à pluriparentalidade: o direito à herança dos pais biológico e afetivo. **Civilistica.com.**, Rio de Janeiro, ano 4, n. 2, 2015.

ARENDR, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

ARNT RAMOS, André Luiz, CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Liberdade de testar versus sucessão forçada: anotações preliminares sobre o direito sucessório brasileiro. **REJUS**, UNIVEL, n. 4, maio 2015.

ARROYO I AMAYUELAS, Esther; FARNÓS AMORÓS, Esther. Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado: ¿A quién prefieren los tribunales? **Revista para el Análisis del Derecho**, n. 2, 2015.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Teoria geral do direito civil: acções e factos jurídicos**. v. III, Coimbra: Coimbra, 1992.

AUSTRIA. **296 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XX**. Disponível em: https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXI/II_00296/fname_602015.pdf. Acesso em: 13 nov. 2019.

AUSTRIA. **Bundesgesetz vom 13, 29 dez. 1989**. Disponível em: https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1989_656_0/1989_656_0.pdf. Acesso em: 13 nov. 2019.

AZEVEDO, Antonio Unqueira de. O espírito de compromisso do direito das sucessões perante as exigências individualistas de autonomia da vontade e as supra-individualistas da família. Herdeiro e legatário. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 95, jan. 2000.

BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). **The Elgar companion to law and economics**. 2. ed. Aldershot, UK: Edward Elgar, 2005.

BALMASEDA, Ángeles Egusquiza. **Sucesión “mortis causa” de la Familia Recompuesta** (De la Reserva Vidual a la Fiducia Sucesoria). Navarra: Aranzadi, 2015

BARBERÀ SÁNDEZ, Barberá. Justicia, equidad y eficiencia. **Hacienda Pública Española**, n. 51, jan. 1978. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/266626858>. Acesso em: 18 jun. 2019.

BARCELÓ DOMÉNECH, Javier. Abandono de las personas mayores y reciente doctrina del Tribunal Supremo español sobre la desheredación por causa de maltrato psicológico. **Actualidad jurídica iberoamericana**, n. 4, 2016.

BARRETTO, Fernanda Carvalho Leão. Abandono afetivo e alienação parental podem ser causas de deserdação? *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Família e sucessões: polêmicas, tendências e inovações**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018;

BARRIO GALLARDO, Aurelio. **El largo camino hacia la libertad de testar: De la legítima al derecho sucesorio de alimentos**. Madrid: Dykinson, 2012.

BATTESINI, Eugênio; BALBINOTTO NETO, Giacomo; TIMM, Luciano Benetti. O movimento de Direito e Economia no Brasil. *In*: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001;

BECK, Ulrich *apud* BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BECKER, Gary Becker. **An economic approach to human behavior**. Chicago: University of Chicago Press, 1976.

BECKER, Gary. Crime and punishment: an economic approach. **The Journal of Political Economy**, v. 76, n. 2, mar./apr. 1968.

BECKER, Gary. **The economic approach to human behavior**. Chicago: Chicago University Press, 1990.

- BECKER, Gary. **Tratado sobre la familia**. Trad. Carlos Pereita de Grado. Madrid: Alizanza, 1987.
- BECKER, Gary. **The economic approach to human behavior**. Chicago: Chicago University Press, 1976.
- BELO HORIZONTE. **Lei n. 10.982/2016**. Dispõe sobre a proibição da exposição, em mesas e balcões, de recipientes que contenham cloreto de sódio (sal de cozinha) em bares, restaurantes, lanchonetes e similares. Belo Horizonte: Prefeitura Municipal, 2016. Disponível em: <http://sindhorb.org.br/plus/modulos/leis/verLei.php?cdlei=59>. Acesso em: 14 ago. 2019.
- BEN-SHAHAR, Omri. One-way contracts: consumer protection without law. **European Review of Contract Law**, v. 6, n. 3, 2010.
- BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Trad. Luís Paulo Baraúna. 3. ed. São Paulo: Abril, 1989.
- BEN-ZE'EV, Aaron. **Love online: emotions on the internet**. New York: Cambridge University Press, 2012.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil**. v. VI. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1958.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1978.
- Bíblia Sagrada. Timóteo 5.8 e Mateus 22:39.
- BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. Princípio da eficiência. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2001.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1999.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2007.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 11, jan./mar. 2017.
- BORRILLO, Daniel. **La famille par contrat: la construction politique de l'alliance et de la parenté**. Paris: Presses Universitaires de France, 2018.
- BRASIL, Lei Federal n. 11.340/2006.
- BRASIL, Lei Federal n. 11.698/2008.
- BRASIL, Lei Federal n. 12.010/2009.
- BRASIL, Lei Federal n. 12.318/2010.
- BRASIL, Lei Federal n. 13.058/2014.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 3145/15**. Acrescenta inciso aos artigos 1.962 e 1.963 da Lei n. 10.406, de 2002, Código Civil, de modo a possibilitar a deserdação nas hipóteses de abandono. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1805805>. Acesso em: 10 nov. 2019.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4294/2008**. Acrescenta parágrafo ao art. 1.632 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. 3º da Lei n. 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684>. Acesso em: 10 jan. 2018;
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 6480/2013**. Acrescenta o art. 1.844-B e dispositivos à Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que "Institui o Código Civil.". Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível

em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=594309>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 867/2011**. Altera o Capítulo V do Título I e o Capítulo X do Título III, ambos do Livro V da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para dar novo tratamento aos institutos da exclusão da herança, relativamente à indignidade sucessória e à deserdação. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=496851>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. CNJ. **Mês da criança**: CNJ na proteção de crianças e adolescentes. 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/mes-da-crianca-cnj-na-protecao-de-criancas-e-adolescentes/>. Acesso em: 3 out. 2019.

BRASIL. Ministério da Cidadania. **Serviço de Acolhimento para Pessoas Idosas**. 2015. Disponível em: <http://mds.gov.br/assuntos/assistencia-social/unidades-de-atendimento/unidades-de-acolhimento/servico-de-acolhimento-para-pessoas-idosas>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social. **Censo SUAS 2017**: análise dos componentes sistêmicos da política nacional de assistência social. Brasília, DF: MDS, Secretaria de Avaliação e Gestão

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 700, de 2007**. Modifica a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 2007. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/83516>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 118/2010**. Altera os Capítulos V e X do Livro V do Título I do Código Civil, a fim de dar novo tratamento aos institutos da exclusão da herança, relativamente à indignidade sucessória e à deserdação. Brasília, DF: Senado Federal, 2010. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/96697>. Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70010787398**. Sétima Câmara Cível. Relatora: Maria Berenice Dias. Julgado em 27/04/2005.

BUGARIN, Maurício Soares; BUGARIN, Tomás Tenshin Sataka. Ética & incentivos: devemos recompensar quem denuncia corrupção?. **Rev. direito GV** [on-line], v. 13, n. 2, 2017.

CABABRESI, Guido. Some thoughts on risk distributions and the law of torts. **The Yale Law Journal**, v. 70, n. 4, 1961.

CABRAL; Gabriel. Intuições e instituições: novas perspectivas do paternalismo de Estado. 147 f. 2016. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2016.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda. Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CALABRESI, Guido. **The cost of accidents**: a legal and economic analysis. New Haven; London: Yale University Press, 1970.

CALATAYUD SIERRA, Adolfo. **Consideraciones acerca de la libertad de testar**. Tomo IX. Sevilla: Academia Sevillana del Notariado, [s.d.].

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Abandono afetivo**: reflexões a partir do entendimento do Superior Tribunal de Justiça. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski *et al.* (Orgs.) **A resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2017.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direito da família e das sucessões**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

CANCIAN, Natália; ALEGRETTI, Laís. Total de idosos que vivem em abrigos públicos sobe 33% em cinco anos. **Folha de São Paulo**, jul. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/07/total-de-idosos-que-vivem-em-abrigos-publicos-sobe-33-em-cinco-anos.shtml>. Acesso em: 10 out. 2019.

CARDOSO, Simone Tassinari. **Do contrato parental à socioafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

CARDOZO, Alice Teodosio dos Santos. **O abandono afetivo como causa de exclusão do herdeiro necessário na sucessão**. 64 f. TCC (Graduação) – Curso de Direito, Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

CARMINATE, Raphael Furtado. **Autonomia privada do testador e direito à legítima**: estudo crítico e propositivo. 155f. 2011. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CASAMIGLIA, Albert. Eficiencia y derecho. **Doxa**, n. 4, 1987. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10913/1/Doxa4_17.pdf. Acesso em: 18 jul. 2019.

CASSI, Guilherme H. G.; GONÇALVES, Oksandro O. Introdução à análise econômica do direito. **Revista de Direito Empresarial**: REDEMP, ano 15, n. 1, jan./abr, 2018.

CATALAN, M. Direito das sucessões: por que e para quem? Reflexões a partir da realidade brasileira. **RTDC**, v. 11, n. 44, out./dez. 2010.

CHAVES, Antônio. Formação histórica do direito civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 95, jan. 2000.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, v. 3, oct. 1960.

COASE, Ronald. O problema do custo social. **The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies**. v. 3, n. 1, article 9, 2008.

CONLY, Sarah. **Against autonomy**: justifying coercive paternalism. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de direito romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

Dados do Conselho Nacional de Prevenção de Riscos (National Safety Council). Disponíveis em: <https://www.nsc.org/>. Acesso em: 10 jun. 2019.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. apud MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. **A função social da legítima no direito brasileiro**. 219f. 2018. Dissertação (Mestrado) – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP), São Paulo, 2018.

DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação, recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação, recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 4. ed. São Paulo: RT, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil de 1916. In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (Org.). **História do direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DNES, Antony W.; ROWTHORN, Robert (edit.). **The law and economics of marriage and divorce**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

DOLAN, Paul; GALIZZI, Matteo M. *Because I'm worth it: a lab-field experiment on the spillover effects of incentives in health*. **CEP Discussion Papers**, 2014. Disponível em: <http://ideas.repec.org/p/cep/cepdps/dp1286.html>. Acesso em: 1º out. 2019.

DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2001.

DOWNS, Anthony. **An economic theory of democracy**. Nova York: Harper, 1957.

DREWIANKA, Scott D. **Civil unions and covenant marriage**: the economics of reforming marital institutions. University of Wisconsin–Milwaukee, mar. 2003. Disponível em: <http://www.uwm.edu/~sdrewian/MEApaper2003.pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

DUGUIT, Léon. **Les transformations générales du Droit Privé depuis le Code Napoléon**. Paris: Éditions la Mémoire du Droit, 2008.

DUGUIT, Leon. **Manuel de droit constitutionnel**. Paris: Fontemoing, 1911.

DWORKIN, Ronald. "Is Wealth a Value?" **Journal of Legal Studies**, n. 9, 1980.

DWORKIN, Ronald. M. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENCUESTA Continua de Hogares: año 2015. **Instituto Nacional de Estadística**, abr. 2016. Instituto Nacional de Estadística. Disponível em: <http://www.ine.es/prensa/np965.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2018.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trad. Leandro Konder. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

ESPAÑA. **Ley 11/2001**, de 13 de julio, de Acogida Familiar para Personas Mayores. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2001-16692>. Acesso em: 16 jan. 2018.

ESPAÑA. **Ley 25/2010**, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-13312>. Acesso em: 16 jan. 2018.

ESPAÑA. **Ley 3/2017**, del libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-13312>. Acesso em: 16 jan. 2018.

ESPAÑA. **Ley n. 19/1998**, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-3372>. Acesso em: 16 jan. 2018.

ESPAÑA. **Ley n. 22/2000**, de 29 de diciembre, de Acogida de Personas Mayores. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2001-2354>. Acesso em: 16 jan. 2018;

ESPAÑA. **Ley n. 25/2010**, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-13312>. Acesso em: 16 jan. 2018.

ESPAÑA. **Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil**. San Ildefonso: Ministerio de Gracia y Justicia, 1889. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1889-4763>. Acesso em: 13 nov. 2019.

ESPAÑA. **SAP** – Barcelona de 30 de abril de 2014 (ROJ SAP B 3359/2014). Disponível em: <http://www.poderjudicial.es>. Acesso em: 29 nov. 2019.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. Famílias: entre o público e o privado. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Anais do VIII Congresso Nacional do IBDFAM**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2012.

- FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade**: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI Ruzyk, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. **Revista trimestral de direito civil**: RTDC, v. 9, n. 35, jul./set. 2008..
- FARIA, Guiomar Theresinha Estrella. **Interpretação econômica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. v. 7. Salvador: JusPodivm, 2017.
- FERNANDEZ, Leandro. Metodologia da pesquisa e a análise econômica do direito: fundamentos de uma abordagem consequencialista da investigação jurídica. **Revista UNIFACS**, Salvador, v. 156, set. 2013.
- FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. **Boletim JADO**, Bilbao, ano VIII, n. 19, mayo 2010.
- FERRARI, Regina Maria de Macedo Nery. **Direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Justiça distributiva para formigas e cigarras. **Novos estud. CEBRAP** [on-line], n. 77, 2007.
- FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. **Análise econômica do divórcio**: contributos da economia ao direito de família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. **Análise econômica do divórcio: contributos da economia ao direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- FERRI, Luigi. **La autonomía privada**. Trad. Luis Sancho Mendizábal. Granada: Comares, 2001 .
- FORGIONI, Paula Andrea. Análise econômica do direito (AED): paranóia ou mistificação. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 54, n. 139, 2005.
- FRAIMAN, Ana. **Idosos órfãos de filhos vivos são os novos desvalidos do século XXI**. 2016. Disponível em: <http://anafraiman.com.br/wp-content/uploads/2016/05/IDOSOS-%C3%B3rf%C3%A3os-de-filhos-vivos-os-novos-desvalidos.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2018.
- FRANK, Felipe. **A função em paralaxe**: um diálogo entre liberalismo clássico, liberalismo igualitário, marxismo e teoria crítica na análise do conceito de função social da propriedade imobiliária. 234 f. 2014. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.
- FRANK, Felipe. **Autonomia sucessória e pacto antenupcial**: problematizações sobre o conceito de sucessão legítima e sobre o conteúdo e os efeitos sucessórios das disposições pré-nupciais. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código Civil**: esboço. Ministério da Justiça e Negócios Interiores: Serviço de documentação, 1952. Disponível em: http://direitocivildigital.com/?page_id=4159. Acesso em: 10 set. 2019.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. v. II. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.
- FRIEDMAN, David D. **Law's order**: what economics has to do with law and why it matters. Princeton: Princeton University Press, 2000.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO PAMPLONA, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: direito de família. v. 6. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

GHILARDI, Dóris. **Economia do afeto**: análise econômica do direito no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016;

GHILARDI, Dóris. Família líquida e sua reinvenção sob o molde do afeto: encontros e desencontros. **Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 12, n. 26, jan./abr. 2017.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Introdução à Análise Econômica do Direito. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2001.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, n. 1, 2010.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. Salvador: Livraria Progresso, [1959?].

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 16. ed. rev. e atual./por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: Direito de família. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Oksandro O.; TOSI, Caroline Hammerschmidt Amaro. Teoria econômica do namoro e do matrimônio: formação do processo decisões e suas consequências jurídico-econômicas. **Revista de Direito Empresarial**, v. 14, 2017.

GONÇALVES, Oksandro Osdival; VOSGERAU, Douglas Ramos. A extrafiscalidade como política pública de intervenção do Estado na Economia e desenvolvimento: o ICMS ecológico e o IPI de veículos automotores. **Ciências Sociais Aplicadas em Revista (Online)**, Marechal Cândido Rondon-PR, v. 13, n. 24, jan./jun. 2013.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias reconstituídas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HARDIN, Garrett. **A tragédia dos comuns**. S.d. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3203283/mod_resource/content/2/a_trag%C3%A9dia_dos_comuns.pdf. Acesso em: 14 out. 2019.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material. *In*: EHRHARDT JUNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (Coords.). **Leituras complementares de direito civil** – direito das famílias. Salvador: JusPodivm, 2010.

HIRONAKA, Giselda; NOVAES, Maria Fernandes. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatísticas do Registro Civil 2017**. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2017_v44_informativo.pdf. Acesso em: 12 out. 2019.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Mudança demográfica no Brasil no início do século XXI**: subsídios para as projeções da população. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv93322.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Recenseamento do Brasil**: Realizado em 1 de Setembro de 1920. Rio de Janeiro: IBGE, 1927. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv6478.pdf>. Acesso em: 12 set. 2019.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Tendências demográficas**: uma análise da população com base nos resultados dos censos demográficos 1940 e 2000. Rio de Janeiro: IBGE, 2007. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv34956.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Tábua completa de mortalidade para o Brasil – 2015**: breve análise da evolução da mortalidade no Brasil. Rio de Janeiro: IBGE, 2016.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KALDOR, Nicholas. Welfare propositions of economics and interpersonal comparisons of utility. **The Economic Journal**, v. 49, n. 195, sep. 1939.

KANAYAMA, Rodrigo Luís. Políticas públicas: entre o liberalismo e o paternalismo. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, abr./jun. 2013.

KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo**: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. Curitiba: Juruá, 2012;

KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. Coimbra: Almedina, 2001.

KITCH, Edmund W. The intellectual foundations of "law and economics". **Journal of Legal Education**, v. 33, n. 2, jun. 1983.

LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. A Análise Econômica do Direito como método e disciplina. **E-civitas Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH Belo Horizonte**, v. I, n. 1, nov. 2008. ISSN: 1984-2716.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social da propriedade: em busca de uma contextualização entre a Constituição Federal e o novo Código Civil. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, v. 10, 2004.

LIGIERA, Wilson Ricardo. **O companheiro na qualidade de herdeiro necessário e seu direito à legítima**. 2013. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade pós-moralista**: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. Trad. Armando Braio Ara. Barueri: Manole, 2005.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. **A cultura-mundo**: resposta a uma sociedade desorientada. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: sucessões. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. In: DIAS, Maria Berenice *et al.* (Coords.). **Afeto e estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009;

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: famílias. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. .

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: Sucessões. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DO DIREITO DA FAMÍLIA, 3., 2001, Recife. **Anais [...]**. Recife: IBDFAM, 2001.. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/193.pdf. Acesso em: 8 set. 2019.

LÔBO, Paulo. Novas perspectivas da constitucionalização do direito civil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3754, 11 out. 2013. ISSN 1518-4862. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25361>. Acesso em: 24 out. 2019.

LOPEZ Y LOPEZ, Ángel M. La garantía institucional de la herencia. **Derecho privado y constitución**, n. 3, mayo/ago. 1994.

LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios contratuais. *In*: FERNANDES, Wanderley (Coord.). **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007..

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Trad. Bruno Miragem; Notas da tradução: Claudia Lima Marques. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MACKAAY Ejan. History of law and economics (0200). *In*: BOUCKAERT, Boudewijn; GEEST, Gerrit de (dir.). **Encyclopedia of law and economics**. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishers, 2000.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MADRID. **STC 32/1981**, de 28.07.1981. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/Show/32>. Acesso em: 24 out. 2019.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. As presunções na teoria da prova. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)**, v. 79, jan./dez. 1984.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. **A função social da legítima no direito brasileiro**. 219f. 2018. Dissertação (Mestrado) – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP), São Paulo, 2018..

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Notas sobre as relações de gênero no planejamento sucessório. *In*: CONGRESSO HERANÇA E DESIGUALDADE: desafios à promoção do desenvolvimento socioeconômico, 2019, Curitiba, Paraná. **Anais [...]**. Curitiba, Paraná: PUC-PR, 2019.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Novas entidades familiares e seus efeitos jurídicos. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 6. 2007, Belo Horizonte. **Anais [...]**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2007. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/70.pdf>. Acesso em: 12 set. 2019.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

MEIRA, Sílvio. **Instituições de Direito Romano**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1968.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. O valor jurídico do cuidado: família, vida humana e transindividualidade. *In*: JORNADA INTERDISCIPLINAR DE PESQUISA EM TEOLOGIA E HUMANIDADES, 3., 2013, Curitiba-PR. **Anais [...]**. Curitiba, PR: PUC-PR, 2013. v. 3..

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. *In*: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MERCADO PACHECO, Pedro. La construcción teórica del análisis económico del derecho. **REGAP**: Revista galega de administración pública, n. 30, 2002.

MEXICO. **Código Civil Federal**. Disponível em: <https://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-civil-federal/libro-tercero/titulo-segundo/capitulo-v/>. Acesso em: 23 out. 2019.

MONTEIRO, Washington de Barros. Augusto Teixeira de Freitas. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 62, n. 2, 29 dez.1966.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: v. 6 – Direito das sucessões. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MORGAN, Lewis Henry. Systems of consanguinity and affinity of the human family. *In*: SMITHSONIAN. **Contributions to knowledge**. v. XVII. Washington: The Smithsonian Institution, 1871. Disponível em: <https://archive.org/details/systemsofconsang00morgrich/page/n5>. Acesso em: 8 set. 2019.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. Direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NAVAS NAVARRO, Susana. Libertad de testar versus libertad de celebrar pactos sucesorios y costes de transacción. **Anuario de Derecho Civil - ADC**, tomo LXIV, fasc. I, 2011;

NEVARES, Ana Luiza Maia. A proteção da família no Direito Sucessório: necessidade de revisão? **Jornal Carta Forense**, dez. 2014. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-protecao-da-familia-no-direito-sucessorionecessidade-de-revisao/14753>. Acesso em: 20 out. 2019.

NEVARES, Ana Luiza Maia. A proteção da legítima deve ser mantida, excluída ou diminuída do ordenamento jurídico brasileiro?. **Revista IBDFAM - Famílias e Sucessões**, v. 1, 2018.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009;

NOVA York proíbe refrigerantes grandes para combater obesidade. **Época Negócios**, mar. 2013. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Informacao/Acao/noticia/2013/03/nova-york-proibe-refrigerantes-grandes-para-combater-obesidade.html>. Acesso em: 14 ago. 2019.

OLIVEIRA, Nielmar de. Expectativa de vida do brasileiro é de 75,8 anos, diz IBGE. **Agência Brasil**, dez. 2017. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/pesquisa-e-inovacao/noticia/2017-12/expectativa-de-vida-do-brasileiro-e-de-758-anos-diz-ibge>. Acesso em: 10 out. 2019.

OTERO, Marcelo Truzzi. Os artigos 1.829, I, e 1.830 do código civil a partir da legalidade constitucional: uma perspectiva funcionalizada do direito sucessório. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA – Famílias: Pluralidade e Felicidade, 9., 2014, Belo Horizonte. **Anais [...]** Belo Horizonte: IBDFAM, 2014. v. 1.

OUR WORLD IN DATA. **Size of young, working-age and elderly populations, World**. 2017. Disponível em: <https://ourworldindata.org/grapher/dependency-age-groups-to-2100>. Acesso em: 20 dez. 2010.

PARETO, Vilfredo. **Manual de economia política**. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: direito das sucessões**. v. 6. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil – teoria geral do direito civil**. v. 1. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Golpe do baú, suggar baby e a autonomia privada aos olhos do Direito. **Revista Consultor Jurídico**, 23 jun. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-23/processo-familiar-golpe-bau-suggar-baby-autonomia-privada-aos-olhos-direito>. Acesso em: 15 out. 2019.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões: ilustrado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coords.). **Cuidado e responsabilidade**. São Paulo: Atlas, 2011;

PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coords.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008;

PEREIRA, Tarlei Lemos. Deserção por falta de vínculo afetivo e de boa-fé familiar. **Revista FMU Direito**, São Paulo, ano 25, n. 35.

PÉREZ RAMOS, Carlos. La autonomía de la voluntad en las sucesiones y la libertad de testar. *In*: AGUILAR RUIZ, Leonor; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo *et al.*

(Coord.). **Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI**: cuestiones actuales y soluciones de futuro. Navarra: Aranzadi, 2014.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERROT, Michelle. "O nó e o ninho". **Veja 25**: reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993.

PETHECHUST, Eloi; GONÇALVES, Oksandro Osdival. A homossexualidade sob a perspectiva da análise econômica do direito: custos e benefícios do comportamento sexual preferido à luz do Direito Constitucional brasileiro e dos Direitos Humanos. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 18, 2016.

PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Liberdade(s) e função**: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do direito civil brasileiro. 395 f. 2009. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009;

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Curso de law and economics**. São Paulo: Campus, 2004.

PLANAS, Maria. **La falta de relación familiar como causa de desheredación**. 2017. Disponível em: <https://www.jda.es/8462/>. Acesso em: 18 ago. 2019.

POLETTI, Carlos Eduardo Minozzo. **Indignidade sucessória e deserção**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PORTO ALEGRE. **Lei n. 12017/2016**. Institui o programa menos sal, mais saúde e a semana menos sal, mais saúde e dá outras providências. Porto Alegre: Prefeitura Municipal, 2016. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/rs/p/porto-alegre/lei-ordinaria/2016/1202/12017/lei-organica-porto-alegre-rs>. Acesso em: 14 ago. 2019.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. Boston: Little, Brown and Company, 1973;

POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. 2. ed. Trad. Eduardo L. Suárez. México: FCE, 2007.

POSNER, Richard A. **The economics of justice**. 2. ed. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 198

PROENÇA, José João Gonçalves de. **Natureza jurídica da "legítima"**. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2010.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Sistematização do Direito Civil às vésperas do código de 1916. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 112, 28 ago. 2018.

RAAD, Daniela Russowsky. **O exercício da autonomia privada no direito sucessório** – uma reflexão a partir da eficácia do regime da separação de bens. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

RAMOS, André Luiz Arnt; CATALAN, Marcos Jorge. O eterno retorno: a que(m) serve o modelo brasileiro de direito sucessório?. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, ano 8, n. 2, 2019.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Eficácia x eficiência: a análise econômica do direito. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 1, v. 2, abr./jun. 2000.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Vamireh Chacon. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

RE n. 878.694, Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Julgamento em 10.05.2017.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva. 2002.

REALE, Miguel. **Visão geral do projeto de Código Civil**. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>. Acesso em: 16 set. 2019.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. A essencialidade do ambiente concorrencial para o desenvolvimento. *In*: CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO DO MERCOSUL, 8.; CONGRESSO SULAMERICANO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 7., 2018, Foz do Iguaçu. **Anais [...]**. Foz do Iguaçu: IPDA, 2018.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade limitada. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2001.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Análise Econômica do Direito e a Concretização dos Direitos Fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 11, n. 11, jan./jun. 2012.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; FLORIANI, Lara Bonemer Rocha. Eficiência e Justiça. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo; KLEIN, Vinícius (Org.). **Análise Econômica do Direito: justiça e desenvolvimento**. Curitiba: CRV, 2016.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da. **O desenvolvimento pelo acesso à justiça**. Birigüi: Boreal, 2015.

ROCHA, Maria Vital da. Algumas considerações sobre a família romana primitiva. **Revista Pensar R. C. Unifor**, Fortaleza, n. 5, fev. 2000.

ROCHA, Maria Vital; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. Ordem de Vocação Hereditária no Código Civil Brasileiro: Comparação com o Direito Romano. *In*: MARIN, Maria Teresa Duplá; ORIA, Patricia Panero (Org.). **Fundamentos del derecho sucesorio atual**. Madri: Marcial Pons, 2018.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de informação legislativa**, v. 41, n. 163, jul./set. 2004.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Alimentos entre pais e filhos na perspectiva constitucional. *In*: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil: atualidades III**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

RODRIGUES, Silvio. Breve histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 88, 1993.

RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito: uma introdução**. Coimbra: Almedina, 2007.

ROEMER, Andrés. **Introducción al análisis económico del derecho**. Trad. José Luis Pérez Hernandez. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

ROSA, Conrado Paulino da. **IFamily: um novo conceito de família?** São Paulo: Saraiva, 2013.

ROSA, Conrado Paulino da; RODRIGUES, Marco Antonio. **Inventário e partilha – teoria e prática**. Salvador: JusPodivm, 2019.

ROSENVALD, Nelson. A responsabilidade civil por omissão de cuidado inverso. *In*: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). **Responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas. 2015.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. *In*: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). **Trinta anos de Brasil: diálogos entre direito e economia**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – RIDB**, n. 1, 2012.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito & economia**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? **Cadernos Direito GV**, São Paulo: FGV Direito, v. 5, n. 22, 2008.

SALDANHA, Nelson. O jardim e a praça: ensaio sobre o lado “privado” e o lado “público” da vida social e histórica. **Ciência e Trópico**, Recife, v. 11, n. 1, jan./jun. 1983.

SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra**: os limites morais do mercado. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SANTIAGO, Rafael da Silva. **Poliamor e direito das famílias**: reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Juruá, 2015.

SANTOS Deborah Pereira Pinto dos; MENDES, Eduardo Heitor. Função, funcionalização e Função social. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos (coords.). **Direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Atlas, 2016.

SANTOS FILHO, Sirio Vieira. A eficiência sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito. **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 30, n. 2, 2016.

SANTOS, Cezar Augusto Pereira dos; CASAGRANDE, Dieison Lenon; HOECKEL, Paulo Henrique de Oliveira. “Teoria econômica do crime”: dos pressupostos acadêmicos à empiria do dia a dia na vida de ex presidiários de Santa Maria Rs. **Econ. e Desenv., Santa Maria**, v. 27, n. 2, jul./dez. 2015.

SANTOS, Nátali Emilym dos; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Pátria mãe: a relação entre o papel do Estado e estilos parentais. **Revista Direito & Paz**, [S.l.], v. 2, n. 35, dez. 2016.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. **Tutela jurídica da afetividade**: os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade. Curitiba: Juruá, 2011.

SÃO PAULO. **Projeto de Lei n. 942/2015**. Proíbe a exposição de recipientes que contenham cloreto de sódio (sal de cozinha) em mesas e balcões de bares, restaurantes, lanchonetes e similares situados no Estado. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1262055>. Acesso em: 14 ago. 2019.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2018.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos (coords.). **Direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Atlas, 2016.

Secretaria Nacional de Assistência Social, 2018. Disponível em: [https://aplicacoes.mds.gov.br/sagirms/ferramentas/docs/Censo%20SUAS%202017%20\(1\).pdf](https://aplicacoes.mds.gov.br/sagirms/ferramentas/docs/Censo%20SUAS%202017%20(1).pdf). Acesso em: 10 out. 2019.

SEN, Amartya Kumar. **A ideia de justiça**. Trad. Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo (org). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **A filiação socioafetiva e seus reflexos no direito sucessório**. São Paulo: Fiuza, 2008

SIMON, Herbert. **Administrative behavior**. 2. ed. New York: Macmillan, 1961.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**: investigação sobre sua natureza e suas causas. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

SONNENSCHHEIM, Hugo. **The economics of incentives**: an introductory account. Princeton University. 1982. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.190.3238&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.

SPERIDIÃO, Lucimara Barreto; AGUIAR, Cláudia Fernanda de. Sucessão testamentária: o abandono afetivo como causa de deserdação. **Revista JurisFIB**, ano IV, v. IV, dez. 2013;

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. **A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao código civil de 1916**. 220 f. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

STF. **ADI n. 00375602120168080000**. Relator Des. Ney Batista Coutinho. Julgado em: 25/05/2017.

STF. **RE 898.060/SC**. Rel. Min. Luiz Fux. Julgamento em 22.9.16.

STJ. **REsp 1.159.242/SP**. 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.04.2012, DJe 10.05.2012.

STJ. **REsp 1.618.230/RS**. Rel. Min. Villas Bôas Cueva, 3.^a T., unânime, j. em 28.3.2017.

STJ. **REsp 736.627-PR**. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes. Publicação 01.08.2006

STJ. **REsp n. 912.926/RS**. 4.^a Turma. Rel. Min. Luiz Felipe Salomão. DJ 07.06.2011.

STRINGHAM, Edward. Kaldor-Hicks efficiency and the problem of central planning. **The Quarterly Journal of Austrian Economics**, v. 4, n. 2, 2001.

SUNSTEIN, Cass R. It's for your own good! **The New York Review of Books**, mar. 2013. Disponível em <http://www.nybooks.com/articles/archives/2013/mar/07/its-your-own-good/?pagination=false>. Acesso em: 14 ago. 2019;

SUNSTEIN, Cass R. **Why nudge?**: the politics of libertarian paternalism. New Haven: Yale University Press, 2014.

SZTAJN, Raquel. Law and economics. *In*: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & economia** – análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito das sucessões. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: direito de família. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A multiparentalidade como nova estrutura de parentesco na contemporaneidade. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 4, abr./jun. 2015.

TEIXEIRA, Pedro Freitas; RODRIGO, Rafael Sinay; BORBA, Rabelo Tavares. A análise econômica do direito na axiologia constitucional. **Revista do BNDES**, ed. 42, dez. 2014.

TEPEDINO, Gustavo. Dilemas do afeto. *In*: Congresso Brasileiro de Direito de Família – Famílias nossas de cada dia, 10., 2016, Belo Horizonte. **Anais [...]**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano IV, n. 4; ano V, n. 5, 2003-2004.

THALER, H. Richard. **Comportamento inadequado** – a construção da economia comportamental. Trad. Miguel Freitas da Costa. Lisboa, Portugal: Conjuntura Atual, 2016.

THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. Libertarian paternalism. **The American Economic Review**, v. 93, n. 2, 2003.

THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 3, n. 15, jan./fev. 2012.

TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica do direito: breves notas. **Revista Jurídica UNIGRAN**. Dourados, MS, v. 20, n. 40, jul./dez. 2018.

TJAP. **Apelação n. 0031105-80.2013.8.03.0001**. Relator Desembargador Carmo Antônio. J Julgado em 3.03.2015

TJMG. **ARG: 10702096497335002**. Rel. Baía Borges. Publicação 21.03.2014.

TJSP. **Apelação Cível n. 9215521-04.2007.8.26.0000**. 6ª Câmara de Direito Privado, Relator: Desembargador Paulo Alcides, Julgado em 21.08.2013.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O legado do Código Civil de 1916. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 111, 9 jun. 2017.

TVERSKY, Amos; SLOVIC, Paul; KAHNEMAN, Daniel. **Judgment under uncertainty**: heuristic and biases. New York: Cambridge University Press, 1982.

UK. **Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975**. UK Public General Acts, nov. 1975. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/63> Acesso em: 23 out. 2019.

USA. Louisiana Court of Appeal. **Succession of Joseph M. Gruce**, Sr. 683 So. 2d 362, n. 96 CA 0238, Nov. 8, 1996. Disponível em: <https://cite.case.law/so-2d/683/362/>. Acesso em: 16 nov. 2019.

USA. Louisiana Laws.Civil Code.**CC 1622** – Grandparents; causes for disinheritance of grandchildren. 2016 Disponível em: <https://law.justia.com/codes/louisiana/2016/code-civilcode/cc-1622/>. Acesso em: 13 nov. 2019.

VALADARES, Isabela Farah; RODRIGUES JÚNIOR Walsir Edson. Da liberdade de testar: repensando a legítima no Brasil. *In*: BRAGA, Sergio Pereira; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; CARDIN, Valéria Silva Galdino (coord.). **Direito de família e sucessões I**. Organização Conpedi/Unicritiba. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar. **Anuario de Derecho Civil**, Madrid, v. 19, n. 1, ene./mar. 1966.

VELOSO, Zeno. **Comentários ao Código civil**: parte especial, do direito das sucessões, da sucessão testamentária, do inventário e da partilha (artigos 1857 a 2027). AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). v. 21. São Paulo: Saraiva, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito das sucessões. v. 6. 18. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017.

VILARDAGA, Vicente; CAVICCHIOLI, Giorgia. O abandono dos idosos no Brasil. **Isto é**, jun. 2018. Disponível em: <https://istoe.com.br/o-abandono-dos-idosos-no-brasil/>. Acesso em: 10 out. 2019.

WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism**: firms, markets, relational contracting. New York: Free Press, 1985.

WOLF, Karin. Casamento e relação concomitante sob o prisma da unicidade relacional. *In*: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 9. ed. São Paulo Saraiva, 2015; sobre a Teoria Crítica do Direito em uma perspectiva filosófica ver: COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.