

A ESCOLHA DO CONSORTE E DO REGIME DE BENS SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Cristiana Sanchez Gomes-Ferreira*
César Viterbo Matos Santolim**
Giácoco Balbinotto***

RESUMO: O presente estudo aborda a escolha do cônjuge e do regime de bens matrimonial sob o viés da Análise Econômica do Direito, como uma ciência que auxilia na compreensão de tais escolhas racionais dos indivíduos. Para tanto, abordar-se-á, principalmente, o processo de funcionamento do denominado “mercado de casamento” e a Teoria da Sinalização, ilustrando sua aplicabilidade no presente contexto.

Palavras-chave: Escolha do consorte. Regime de bens. Análise econômica do Direito.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é promover uma análise econômica do contrato matrimonial e da escolha dos regimes de bens nupciais. Dessa forma, caberá, primeiramente, a abordagem da existência e operacionalização do denominado “mercado de casamento” para que, a partir de então, se possa aplicar a Teoria da Sinalização à escolha do parceiro conjugal e do regime de bens a incidir na sociedade conjugal, tudo sob concepção da Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*).

Até pouco tempo atrás, de acordo com Cooter e Ulen, “o direito restringia o uso da economia às áreas das leis antitruste, dos setores regulamentados, dos impostos e da determinação

* Mestre em Direito Civil pela UFRGS. Advogada, com atuação exclusiva em Direito de Família e Sucessões. E-mail: <cristiana@garrastazu.com.br>.

** Mestre e Doutor em Direito (UFRGS). Auditor, Substituto de Conselheiro, do TCE/RS. Professor da Faculdade de Direito da UFRGS. E-mail: <santolim@terra.com.br>.

*** Doutor em Economia pela Universidade de São Paulo (USP). Professor do Programa de Pós-Graduação em Economia (PPGE). E-mail: <giacoco.balbinotto@ufrgs.br>.

das indenizações monetárias”¹. Hoje, verifica-se uma verdadeira alteração de paradigma, notadamente a partir do início da década de 1960, com a expansão da Análise Econômica do Direito tanto a áreas mais tradicionais (tais como propriedade, contratos e direito constitucional) como, paulatinamente, a áreas não tão usuais em um primeiro momento, como no auxílio à explicação da escolha do indivíduo em casar-se e divorciar-se.

Conforme Ivo Gico Jr., “a abordagem econômica serve para compreender toda e qualquer decisão individual ou coletiva que verse sobre recursos escassos, seja ela tomada no âmbito do mercado ou não”². Tendo-se a economia, pois, como a ciência que estuda como os indivíduos, portadores de suas próprias preferências, se comportam para maximizar seu bem-estar em um mundo no qual os recursos são escassos, a Análise Econômica do Direito objetiva empregar seus ferramentais teóricos a fim de balizar a sofisticar as normas jurídicas, provendo uma explicação científica às consequências na incidência normativa no comportamento dos agentes racionais.

Parte tal ciência da premissa de que os indivíduos buscam seus objetivos a partir da escolha de determinadas formas de atuação, fenômeno nominado de “racionalidade”³. Dessa forma e considerando que o casamento, a eleição do regime de bens conjugal e sua alteração tratam de escolhas racionais tomadas pelos indivíduos, que buscam, assim, maximizar sua utilidade a partir do enlace conjugal, muito tem a *Law and Economics* a contribuir no presente contexto.

2 EXISTÊNCIA E OPERACIONALIZAÇÃO DO MERCADO MATRIMONIAL

Foi no início dos anos 1970, tendo como precursor o economista Gary Becker, que se passou a analisar a família sob a perspectiva econômica como mais uma ferramenta aplicável à análise

¹ COOTER; ULLEN, 2010, p. 23.

² GICO JUNIOR, Ivo, 2012, p. 13.

³ FRIEDMAN, 1986, p. 2.

de seu processo de formação e dissolução. Becker⁴ afirma que a teoria econômica deve contemplar o estudo de todo comportamento humano direcionado à obtenção de recursos escassos, não se cingindo, unicamente, a aspectos de natureza monetária. Segundo ele, a aplicação da teoria econômica ao casamento e divórcio contribui para a explicação de fenômenos tais como taxas de nascimento e de crescimento populacional, participação das mulheres no mercado de trabalho, diferença de salários entre consortes e companheiros, análise de rendimentos da população, dentre demais questões afetas ao desenvolvimento piramidal e estrutural de uma sociedade⁵.

Para Becker, duas são as premissas das quais se deve partir para a análise econômica do casamento: i) como ato voluntário que é, um indivíduo somente virá a se casar se o nível esperado de utilidade obtida a partir da formação da união vier a superar aquela operada caso permaneça solteiro; ii) verificando-se que homens e mulheres solteiros competem entre si na busca do parceiro adequado, detectável é a existência do chamado “mercado de casamento”, no qual cada indivíduo busca o melhor cônjuge, enfrentando, para tanto, as restrições inerentes ao mercado matrimonial. Ademais, a análise econômica da família parte também da premissa de que as preferências dos indivíduos raramente alteram-se em curto período de tempo, caracterizando-se o mercado matrimonial como relativamente equilibrado no que tange às preferências nele manifestadas, o que vem, assim, a facilitar seu estudo sob o enfoque econômico⁶.

A primeira das premissas acima justifica, por exemplo, o porquê da preferência por parte de alguns em jamais se casar⁷. Infere-se de tal presunção que indivíduos solteiros consideram o nível de

⁴ BECKER, 1976, p. 294.

⁵ Ibidem, p. 205.

⁶ Ibidem, p. 206.

⁷ Registre-se que, no Brasil, em 2010, foram registrados 977.620 casamentos, havendo um incremento de 4,5% no total de registros de casamentos em relação ao ano de 2009. Desse total, 958.253 foram de cônjuges de 15 anos ou mais de idade e ocorridos e registrados no ano de referência da pesquisa. Esse resultado fez com que a taxa de nupcialidade legal se elevasse em relação ao ano de 2009, atingindo o valor de 6,6 casamentos para 1.000 habitantes de 15 anos ou mais de idade (BRASIL, **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística** – IBGE. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2010/rc2010.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

produção individual excedente àquele resultante de união com parceiro (a). Do mesmo modo, a segunda premissa autoriza a conclusão de que há intangível divisão no mercado entre aqueles já satisfeitos com o nível de produção atingido com outrem (ou mesmo individualmente) daqueles ainda na busca do parceiro que venha a maximizar seus anseios materiais e imateriais. Sendo assim, a busca, no mercado, por novos parceiros, dar-se-á tanto no período que antecede ao matrimônio como também na própria constância do casamento, sempre que o emprego de custos marginais na busca por um novo parceiro (que venha a melhor maximizar a utilidade esperada) não venha a superar os benefícios oriundos da relação matrimonial em vigor.

A relevância do estudo de uma análise econômica do casamento repousa no fato de que sua ocorrência irradia efeitos no bem-estar e utilidade dos indivíduos, gerando custos àqueles interessados em sua consecução. Para Bryant, são duas as espécies de custos a serem arcados pelos indivíduos neste contexto específico, quais sejam, custos de transação e custos de perda. Os primeiros tratam de custos atinentes ao próprio ato do matrimônio, tais como custos com o procedimento de habilitação matrimonial das partes em cartório, custos com a cerimônia, com honorários de advogados que venham a prestar prévia consultoria, dentre outros mais vinculados à prática da celebração do ato matrimonial em si. Paralelamente, custos de perda são atinentes aos benefícios abdicados pelas partes em prol do matrimônio (tais como aqueles gozados na condição de solteiras, e que variam entre os indivíduos de acordo com seus costumes e valores)⁸.

Os custos relativos à tomada de decisão, à perda de independência, de oportunidade (posto que, a partir da escolha racional pelo matrimônio, oportunidades são perdidas) e respectivos ao próprio risco assumido de não se obter os bens e serviços que satisfaçam a preferência dos cônjuges na constância matrimonial são exemplos de custos de perda, a serem sopesados aos benefícios esperados com a união⁹.

⁸ BRYANT, 1990, p. 220.

⁹ BALNINOTTO NETO, 1992, p. 125-141.

Nessa perspectiva, veja-se que o reconhecimento jurídico conferido às uniões informais representa um redutor de custos de transação arcados por parte de um casal na busca de proteção jurídica à sua entidade familiar, afinal, enquanto ao matrimônio é indispensável a observância das formalidades de habilitação ao ato (as quais impõem custos monetários aos nubentes), para a caracterização de uma união estável basta a presença dos requisitos de publicidade, continuidade, notoriedade e intenção de constituição de família (segundo a legislação brasileira em vigor). Ratificando tal compreensão, vejamos que, no Brasil, o Censo 2010 apurou expressivo aumento nas uniões consensuais em uma década (de 28,6% para 36,4%). Ainda, restou contabilizada redução no número de casamentos, de 49,4% a 42,9%, do ano 2000 ao ano de 2010. Os dados apontados demonstram a preferência, por parte da população, em não se casar devido aos custos de transação ínsitos à celebração do contrato matrimonial¹⁰.

Nesse mesmo contexto, há ainda os custos inerentes à busca do parceiro no mercado matrimonial, os quais serão oportunamente analisados quando da abordagem da teoria da sinalização aplicada ao mercado matrimonial.

Tendo-se o “potencial de maximizar a utilidade” como vetor à escolha do parceiro ou manutenção do status de solteiro, associa-se ser maior a utilidade quanto mais qualitativa a produção de filhos, prestígio, patrimônio, lazer, amor, companhia, vida sexual regular, status social e prazer a dois. Portanto, pode-se afirmar que a família é equiparável a uma empresa cujos insumos gerarão “produtos” de maior ou menor valia na sociedade ante uma análise da qualidade e quantidade da produção obtida¹¹.

Referentemente à importância dos filhos quando da opção pelo matrimônio, cabe a transcrição das assertivas de Becker:

¹⁰ Informações disponíveis em:
<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2018>. Acesso em: 03 nov. 2012.

¹¹ BECKER, 1976, p. 207-8.

A explicação para o casamento entre homens e mulheres repousa no desejo de produção de filhos e na atração emocional existente entre os sexos. Nada distingue melhor sua produção familiar dos solteiros ou daqueles membros do mesmo sexo do que a presença, mesmo que indiretamente, dos filhos. Gratificação sexual, limpeza, alimentação e outros serviços podem ser comprados, mas não filhos: o homem e a mulher são necessários para produzir os seus próprios filhos e, talvez, para criá-los. (Tradução nossa).¹²

No Brasil, dados estatísticos apurados pelo Censo 2010, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), revelam significativa queda de fecundidade. Enquanto no ano 2000 o número médio de filhos nascidos vivos por mulher ao final de seu período fértil era equivalente a 2,38 filhos, no ano 2010 o número apurado foi 1,86 filhos, abaixo da taxa de reposição da população, que é de 2,1 – o que acelera o envelhecimento médio dos brasileiros¹³.

Informações obtidas também junto ao IBGE confirmam que o recuo na fecundidade ocorre, principalmente, entre casais com maior nível de escolaridade e de rendimento, tudo o que leva a concluir por uma atual e paulatina tendência de substituição da opção de criar filhos por um incremento na renda conjugal, contexto no qual o casal passa mais tempo dedicado ao trabalho do que ao próprio lar.

Giácomo Balbinotto explica que enquanto a produção de mercado é o tempo gasto no mercado de trabalho, ganhando-se um salário que pode ser usado na compra de bens de mercado

¹² “The obvious explanation for marriages between man and woman lies in the desire to raise own children and the physical and emotional attraction between sexes. Nothing distinguishes married households more from single households or from those with several members of the same sex than the presence, even indirectly, of children. Sexual gratification, cleaning, feeding, and other services can be purchased, but not own children: both the man and woman are required to produce their own children and perhaps to raise them”. (BECKER, Gary Stanley. **The Economic Approach to Human Behavior**. Chicago: The University Of Chicago, 1976, p. 210).

¹³ Informações disponíveis em:
<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2125&id_pagina=1>. Acesso em: 07 nov. 2012.

(como, exemplifica, um almoço no restaurante), trata a produção doméstica (*Home Production*) do tempo gasto em casa, quando os agentes utilizam bens de mercado para produção do produto final. Refere que o maior problema atinente à unidade familiar é alocar, de forma ótima, o tempo dispendido no mercado de trabalho e na produção familiar, de modo a dividir as funções de produção de acordo com as habilidades dos membros da família¹⁴.

Com efeito, a divisão ótima de tarefas é mais complexa na família atual, na qual passou a mulher a integrar o mercado laboral e a assumir tarefas outrora atribuídas exclusivamente aos homens. Todavia, a despeito de tais mudanças, a dinâmica prevalece a mesma: as mulheres são mais devotas ao lar do que os homens devido à ainda existente discriminação por gêneros no mercado de trabalho. Ainda, questões de cunho biológico apontam ser maior a ligação entre a mulher e a prole, o que também contribui neste sentido¹⁵.

Dessa forma, sob a perspectiva econômica, uma produção familiar eficiente requer especialização em distintas tarefas por parte de seus membros, de acordo com suas efetivas aptidões e habilidades. Os ganhos (benefícios) oriundos de tal organização em sub-tarefas específicas serão diretamente proporcionais à qualidade de suas interações e integração, citando-se, como exemplos, alocação de tempo em atividades tais como trabalho, cuidados com o lar e com a prole¹⁶. Portanto, quanto mais eficiente a produção familiar, maior será o nível de utilidade resultante do matrimônio, dado que maior o excedente de produção (benefícios a serem entre todos divididos).

3 A TEORIA DA SINALIZAÇÃO E O MERCADO MATRIMONIAL

A procura pelo cônjuge no mercado de casamento reveste-se de características econômicas, haja vista demandar a utilização de determinados recursos para obtenção de informações sobre

¹⁴ BALBINOTTO, Giácomo. **Notas de Aula**. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/eco02268/funcao-producao-familiar.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2013.

¹⁵ POSNER, op. cit., p. 144.

¹⁶ CIGNO, 1991, p. 40.

o provável parceiro¹⁷. Portanto, muitas são as contribuições da ciência econômica para uma apurada análise do processo de formação da sociedade conjugal.

Michael Spence¹⁸ consagrou a Teoria da Sinalização sob a ótica do mercado de trabalho ao sustentar que as informações atinentes aos candidatos às vagas de emprego dificilmente chegam ao conhecimento do empregador com facilidade, o que lhes obriga a embasar a escolha em características tidas como “pré-requisitos” (como, por exemplo, nível de instrução ou educação visado), hábeis a sinalizar quais os atributos presentes no candidato são aqueles por si valorizados. Refere o autor que algumas características inerentes aos candidatos a vagas de emprego são imutáveis, involuntárias – como raça, sexo e idade –, enquanto outras são manipuláveis pelos indivíduos – educação, currículo, apresentação –, atribuindo às primeiras a nomenclatura de índices e às segundas a de sinais.¹⁹

Para a teoria econômica, a análise da sinalização é de maior relevância, já que sinais emitidos pelos indivíduos são ajustáveis e amoldáveis, alterando-se de acordo com específicos investimentos em custos de sinalização. A escolha em investir nos almejados sinais intenta maximizar a utilidade esperada, já que o emitente ver-se-á ostentando, no mercado desejado, características que lhe convém por alguma razão específica. Segundo Spence, uma dinâmica sinalizadora equilibrada é aquela na qual as crenças desenvolvidas pelos partícipes relativamente aos sinais indicadores das características (no exemplo, relativamente à produtividade dos candidatos) são confirmadas. E tal, decorrentemente, induz as partes a investirem em tais espécies de sinais, como um verdadeiro ciclo²⁰.

A escolha, por parte dos indivíduos, dos adequados sinais a serem emitidos resulta de um processo gradual de observância

¹⁷ SHIKIDA, 1998, p. 90.

¹⁸ Spence foi ganhador do Prêmio Nobel de Economia (2001) por seus trabalhos no campo da economia da informação moderna e por suas pesquisas sobre mercados com assimetria de informação, dividido com outros dois economistas estadunidenses, George Akerlof e Joseph Stiglitz.

¹⁹ SPENCE, 1973, p. 357.

²⁰ *Ibidem*, p. 361.

àqueles que efetivamente logrem distinguir portadores de certas habilidades, características, expectativas e personalidade daqueles que não as possuem, o que gerará a credibilidade necessária à sinalização em cada contexto. Nesse sentido, Molho, utilizando-se também do mercado laboral como exemplo a ilustrar a teoria da sinalização (alicerçado no pioneiro trabalho desenvolvido por Michael Spence):

Por que nem todos os candidatos a emprego investem em educação no mesmo nível, a fim de todos receberem ofertas de emprego bem pagas? A resposta a essa pergunta, e a razão pela qual a educação como um sinal pode “funcionar”, encontra-se na premissa de que há custos envolvidos na sinalização que são maiores para os candidatos de baixa capacidade. (Isso pode ser porque é mais difícil, em algum sentido, para as pessoas de baixa capacidade “atingirem o nível” adequado na educação, por exemplo). Como resultado, os candidatos de baixa capacidade podem ser dissuadidos de investir na educação [...]. A presença de diferenças nos custos de sinalização para os trabalhadores de distintas qualidades dá credibilidade ao sinal da “educação”. Assim, pode a sinalização servir para gerar informações para os empregadores, como um processo endógeno do mercado. (Tradução nossa).²¹

Vejamos assim que, sob a ótica da Análise Econômica do Direito, o processo de escolha do parceiro adequado não é aleatório, mas sim ancorado na interpretação de sinais emitidos pelas partes com um mesmo objetivo, qual seja: maximização de sua utilidade e renda. Os custos de sinalização, neste âmbito,

²¹ “Why don’t all the job applicants invest in education to the level required in order to get well paid job offers? The answer to this question, and the reason why education signal might ‘work’, lies in the premise that there are costs involved in signaling which are greater for the low ability applicants. (This might be because it is harder in some sense for low ability people to ‘make the grade’ in education, for example). As a result, low ability applicants may be deterred from investing in education [...]. The presence of differences in signaling costs for workers of different quality makes the signal of ‘education’ potentially credible. Thus signaling behavior may serve to generate information for employers as an endogenous market process”. (MOLHO, Ian. **The Economics of Information – Lying and Cheating in Markets and Organizations**. USA: Blackwell Publishers, 1997, p. 63).

tratam de investimentos em educação, aparência, higiene, saúde física, profissão (incremento de currículo), beleza, vestuário, viagens, bons restaurantes, dentre alternativas outras que efetivamente reflitam as prioridades do indivíduo quanto àquilo que pretende expor sobre si, bem como um facilitador para que também encontre os parceiros a si ideais no mercado do casamento. Tais sinais hão que portar credibilidade quanto à imagem que se intenta projetar no mercado conjugal, de modo que creia, o emitente, que a interpretação surtirá o resultado perseguido: agregar como candidatos às núpcias os parceiros que valorizem tais características devidamente sinalizadas²².

O economista Pery Shikida desenvolveu estudo de caráter eminentemente exploratório, alicerçado em informações fornecidas por anúncios feitos no jornal **Folha de São Paulo** (intitulados “homem procura mulher” e “mulher procura homem”), no período compreendido entre 05/01/1997 e 30/03/1997. O trabalho aponta ser maior o anseio masculino em informar à sua provável parceira sua formação profissional e situação financeira. Ainda, que a mulher, mais do que o homem, demanda do provável parceiro situações profissional e financeira definidas. Concernentemente à faixa etária, cor da pele e estado civil, evidenciou-se que as mulheres geralmente preferem homem de idade igual ou superior à sua, enquanto os homens geralmente preferem mulheres mais novas. Ainda, no que se refere à idade, o estudo apontou maior concentração nos casos de faixa etária compreendida entre 31 a 39 anos, bem como maior propensão dos solteiros a declararem seu estado civil. Relativamente à cor da pele, aferiu-se que morenos e brancos, e morenas e brancas, foram, dentre os que optaram por declarar a cor da pele, os que mais apareceram²³.

É, assim, o estágio que precede ao casamento o momento ideal para que custos de informação quanto ao parceiro e suas reais expectativas de uma vida a dois sejam empregados a fim de que se evite eventual complicação futura de assimetria informativa,

²² BECKER, 1987, p. 287.

²³ SHIKIDA, 1998, p. 89-98.

originada na fase pré-contratual. Pode-se afirmar que quanto maior o dispêndio de tempo (custo) junto ao parceiro mais facilmente averiguar-se-á a compatibilidade de suas características com aquelas almeçadas. A conjuntura de todas as espécies de traços buscados no companheiro é o parâmetro para se aferir a capacidade de este somar utilidade à produção já existente ou, a longo prazo, reduzi-la. É justamente o potencial de maximizar o elemento empregado na busca como o principal norteador na busca do parceiro conjugal²⁴.

De acordo com Fernando Araújo:

[...] o processo de recolha da informação prévia à celebração do contrato é complexo mas da maior relevância, sendo que muita da assimetria informativa que se verifica no contrato pode ser o resultado de decisões tomadas no momento da recolha de informação, decisões de inacabamento desse processo – ainda que, no caso do contrato, esse inacabamento informativo, quando detectado pela parte fragilizada por ele, possa ser remediado pela abertura à renegociação, ou até mais singelamente possa ser mitigado pela obtenção de informação suplementar.²⁵

Nesse norte, quanto maior o nível de exigência das partes, mais tempo e recursos serão gastos na busca do cônjuge ideal(izado).

O contrato matrimonial, em si, também funciona como um sinalizador em muitos aspectos. A começar, trata de natural indicador de comprometimento e de desejo de manutenção de uma consistente relação. A pessoa casada sinaliza para a sociedade estar sexualmente indisponível e afetivamente bem resolvida. Segundo Robert Rowthorn, o cônjuge sinaliza à comunidade seu estado positivo de saúde, confiabilidade, estabilidade emocional e ambição, o que lhe gera benefícios exteriores nos âmbitos laboral, familiar e social²⁶.

Vale referir que, atualmente, e na maioria das sociedades,

²⁴ POSNER, 2007, p. 147.

²⁵ ARAÚJO, 2007, p. 282.

²⁶ ROWTHORN, 2002, p. 132-57.

não mais a sinalização de tais características depende exclusivamente de um contrato matrimonial, presente que é forma menos onerosa na consecução do objetivo de sinalizarem-se as mesmas características: família originada na união estável.

Todavia, também é verdade que nem para todos a ausência de um específico contrato matrimonial garantirá o mesmo nível de comprometimento perante dada sociedade (ou mesmo perante a si e à família, tendo-se em vista a heterogeneidade cultural e intergeracional) e de que a união estável em nada altera o estado civil do indivíduo, que permanece sendo civilmente solteiro, sem gozar desse específico efeito pessoal e social do matrimônio (alteração do estado civil). Assim, embora seja possível, hoje, prover-se reconhecimento jurídico às mais variadas e distintas formas de família, a entidade matrimonial ainda vem a atuar como sinalizador a melhor maximizar o comprometimento objetivado pelos partícipes da relação conjugal.

4 A ESCOLHA DO REGIME DE BENS SOB A ÓTICA DA *LAW AND ECONOMICS*

Trata o pacto antenupcial do instrumento a partir do qual os nubentes elegem e regulamentam a incidência do regime de bens que vingar-se-á no curso da união conjugal, bem como demais questões de natureza substancialmente patrimonial. No Brasil, sua ausência redundará na incidência do regime legal de bens, qual seja, o da comunhão parcial. Intentar-se-á abordar a contribuição da *Law and Economics* na explicação da escolha de um regime matrimonial por parte dos indivíduos, buscando delinear as principais hipóteses que suscitem distintas opções, bem como demonstrar, precipuamente, as contribuições da aplicabilidade da Teoria da Sinalização também na etapa da eleição do regime matrimonial de bens.

Para a ciência econômica, o pacto antenupcial pode ser visto como um acordo que busca reduzir os custos financeiros atribuídos ao divórcio a partir de um planejamento dos consortes quanto ao desfecho de seus projetos conjuntos, tendo em vista

que nem sempre as normas jurídicas geram, por si só, uma decisão efetivamente eficiente às partes. Assim sendo, pode ser o contrato pré-matrimonial reputado como um redutor de número de decisões judiciais ineficientes, prezando pela coerência entre a alocação dos investimentos conjugais e o projeto dos cônjuges²⁷.

No cenário de escolha das cláusulas constantes do pacto antenupcial – sejam elas relativas à eleição de um regime de bens ou a formularem um regime “misto” cuja confecção requer maior sofisticação e detalhamento – o que é também pouco estudado são as variáveis psicológicas passíveis de interferir de forma altamente significativa no processo de negociação do instrumento pré-nupcial²⁸.

Para Margulies – mediador especializado em divórcio dos Estados Unidos –, dentre os grandes percalços enfrentados pelas partes no momento da escolha do regime encontram-se as proposições emocionais que este propaga em um relacionamento afetivo, passíveis de afetar o matrimônio de forma a mesmo impedi-lo de ser concretizado. Para ilustrar suas convicções, o especialista narra um caso em que participou, no qual, enquanto o advogado do noivo sugeria ao casal cláusulas que protegessem meticulosamente todos os interesses do varão, a noiva via a relação deteriorar-se ante a vulnerabilidade emocional que lhe tomava conta, sentindo-se desprotegida e injustiçada. No caso em questão, as cláusulas formuladas pelo varão (tais como a que impunha a separação total dos bens adquiridos no curso conjugal e a que manifestava a renúncia da virago em receber alimentos na eventualidade do divórcio) foram interpretadas pela noiva como uma mensagem de “falta de credibilidade” do noivo na comunhão, de modo que, somente após inúmeras e desgastantes brigas e tratativas, obtiveram um acordo²⁹.

Embora seja verdade que o “amor romântico” possa não ser sinônimo de formulação de um contrato antenupcial,

²⁷ MAHAR, Heather. **Why There Are So Few Prenuptial Agreements?** Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/436.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2012.

²⁸ MARGULIES, 2003, p. 415.

²⁹ MARGULIES, loc. cit.

ignorar a alternativa pode acarretar prejuízos irreparáveis às partes, notadamente quando este não atenda da melhor forma os interesses patrimoniais envolvidos. E, nesse contexto, muito a Teoria da Sinalização tem a esclarecer.

Irrefutável que as tratativas negociais de natureza patrimonial que antecedem o matrimônio propiciam compreensões recíprocas às partes quanto à personalidade e expectativas dos companheiros. Assim, enquanto a psicologia atrela-se aos sentimentos despertados nas partes a partir da discussão quanto regime a ser eleito, a análise econômica investiga o conjunto de fatores que, somados, fazem com que os indivíduos inclinem-se, racionalmente, para a escolha de um ou outro regime de bens, provendo explicação lógica às principais hipóteses e perfis de nubentes que optam por lançar mão do pacto antenupcial (ou seja, no Brasil, de todo e qualquer regime distinto do da comunhão parcial de bens).

A despeito de fato que, em alguns casos, tal espécie de contrato possa sinalizar inseguranças ou desconfiças imbuídas na relação – vindo, muitas vezes, a fazê-la fenecer –, os aspectos positivos predominam, já que a discussão quanto aos investimentos a serem empregados na vigência do contrato de casamento acaba por esclarecer importantes traços de personalidade do parceiro, tais como se este é “generoso”, “egoísta” ou demais características que derradeiramente acabariam a ser reveladas na fase do divórcio ou mesmo no curso do matrimônio³⁰.

Portanto, a opinião do parceiro quanto ao adequado regime de bens é capaz de atuar como um efetivo emissor de “sinais” quanto a traços do companheiro, outrora ocultos. Dessa forma, pode-se inferir que atua o contrato antenupcial como uma espécie de redutor de custos de informação, haja vista que antecipa reações e revelações de dados que, possivelmente, somente seriam aventados no momento do divórcio.

Para Michael Simon, ainda, além de clarear reais interesses

³⁰ SION, Michael. **Money And Marriage: How to Choose a Financially Compatible Spouse**. Disponível em: <<http://www.aier.org/sites/default/files/publications/EB201012.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2012.

e aproximar (ou distanciar) os nubentes, “em um mundo legalmente perfeito, as pessoas analisariam seus contratos antenupciais a cada cinco anos e verificariam se seria ou não necessário ajustá-lo”³¹. Atentemos que, no Brasil, toda e qualquer tomada de decisão por alteração do regime de bens matrimonial vigente necessita, imperiosamente, perpassar pelo crivo jurisdicional, mediante pedido a ser fundamentado ao juiz. Dessa forma, sucessivas revisões no contrato antenupcial, realizadas em curtos períodos de tempo, deparar-se-iam com entraves junto ao Poder Judiciário, cujas ações tramitam de forma muitas vezes morosa ou custosa às partes.

Segundo Erika Haupt, são sete os principais perfis de casais que buscam um detalhado pacto antenupcial, divididos entre si em três grupos. Primeiro, atribui a incidência do instrumento a casais jovens ou que estejam em seu primeiro matrimônio. Neste perfil, são três as possibilidades. A começar pelo casal “profissional”, que geralmente não planeja ter filhos e que privilegia a proteção de recursos acumulados a partir do desenvolvimento de suas carreiras, claramente indesejando a intersecção entre suas vidas social e afetiva com a profissional e patrimonial. Ainda, neste caso resta claro que não pretendem os nubentes verem-se responsáveis por pagamento de pensão alimentícia ao parceiro no advento do divórcio. No mesmo grupo, estão os casais em que uma das partes arca com todos os custos de formação profissional do parceiro, de modo que geralmente estabelecem um quantum a ser pago àquele que empregou recursos na formação do cônjuge, como uma espécie de “indenização”. Por fim, aqueles casais jovens, porém preocupados com as dívidas ou mesmo potencial de acumulação de dívidas por parte do parceiro e buscam proteção contratual para que estas não se comuniquem na ocorrência de divórcio³².

Verifica-se que, no Brasil, as soluções cabíveis às hipóteses acima seriam (a título de mera sugestão) a estipulação do regime de separação de bens aos casais “profissionais” e àqueles detidos

³¹ *Ibidem*.

³² HAUPT, 2003, p. 29.

na preocupação quanto aos débitos do consorte. No que tange aos casais em que uma das partes custeia a formação profissional do parceiro, interessante seria que versasse o pacto acerca de tal realidade, prevendo, assim, uma espécie de “indenização” associada à renda do ex-estudante, porém que se reduzisse de forma proporcional à durabilidade do enlace conjugal.

Em um segundo grupo, encontra-se o perfil de casais mais velhos ou que estejam em um segundo casamento. Relativamente aos casais mais velhos e com filhos já independentes financeiramente, a autora reputa ser mais comum a eleição de um regime em que, na ocorrência de divórcio, nada se comunique, porém o oposto ocorrendo se, casados, um venha a falecer, quando então herdará os bens do consorte. Ainda, para casais em segundas núpcias e com filhos ainda menores e dependentes, considera adequada uma escolha que lhes assegure não estarem incorrendo nos mesmos erros do primeiro matrimônio, de modo que – sinteticamente – a comunicabilidade patrimonial ou mesmo a obrigatoriedade de prestação de alimentos majore-se gradativamente a cada ano de sucesso da relação, alterando-se o regime com o passar do tempo³³.

Refira-se que, no Brasil, muito embora quando um dos cônjuges possua idade igual ou superior a 70 anos de idade o regime de separação de bens seja obrigatório, forte no artigo 1.641, II do CCB/02, a existência da Súmula n. 377 do STF promove a comunicabilidade daqueles bens adquiridos onerosamente na constância matrimonial, “convertendo”, pois, dito regime obrigatório em algo semelhante ao que se opera na comunhão parcial de bens. Já aos casais em segundas núpcias, porém com idade inferior a 70 anos de idade, e com intuito de proteger o patrimônio amealhado até então, bem como aquele que será gerado, a eleição de um regime “misto” seria, no Brasil, alternativa hábil a garantir a cautela visada, sugerindo-se que o grau de envolvimento patrimonial seja majorado de forma diretamente proporcional à durabilidade da união, devendo tal condição ser registrada no pacto antenupcial.

³³ *Ibidem*.

Com efeito, nubentes “em segundas núpcias” revelam-se mais temerosos quanto às decorrências patrimoniais da união, seja por terem já vivenciado a falência de uma relação afetiva (conhecedores, pois, de muitos de seus efeitos patrimoniais), seja por visarem a somente beneficiar os filhos com os bens já adquiridos, como recorrentes causas, conforme expõe William Cantwell:

Várias preocupações, fruto de um casamento anterior, podem fazer com que as partes busquem um pacto antenupcial. Pode haver filhos. [...] Pode haver negócios, heranças, graus e práticas profissionais. Se ambas as partes forem divorciadas, provavelmente haverá um forte desejo de explorarem as possibilidades de contratação em um pacto antenupcial. Isso geralmente ocorre independentemente de pensar que seu divórcio foi uma vitória, uma derrota ou um empate. (Tradução nossa).³⁴

Por fim, um último agrupamento de indivíduos com perfil a contratantes de pacto antenupcial diz respeito àqueles que possuam prósperos negócios (empresas) familiares ou que venham a receber, futuramente, expressivos bens em herança. É comum que neste cenário os parentes do nubente com maior patrimônio familiar sugiram a eleição de algum regime que proteja o “parente-sócio” de eventuais e futuras divisões de lucros, cotas sociais empresariais ou acréscimos patrimoniais.

Não dificilmente, tal postura vem a emitir sinais ao outro nubente no sentido de que a família e/ou o/a noivo(a) não creem na durabilidade da relação, fazendo assim com que o emocional sobreponha-se à razão no momento da eleição do regime. Ocorre que isso pode gerar prejuízos a uma escolha ancorada em uma efetiva observância à realidade patrimonial dos indivíduos, ou seja,

³⁴ “Various concerns may compel parties to seek an antenuptial contract from a prior marriage. There may be children [...]. There may be business, inheritances, professional degrees and practices. If both parties have been divorced there probably is a strong desire to explore contracting possibilities. This will usually be true whether they think that their divorce was a win, a loss or a draw”. (CANTWELL, William P. *Premarital Contracting: Why and When*. **HeinOnline – 8 J. Am. Acad. Matrimonial Law**. 1992, p. 45).

em suas reais necessidades e pretensões de gestão patrimonial.

Muito embora as idiosincrasias das partes e familiares influenciem no momento da eleição do regime de bens, com efeito que quanto maior a discrepância de riqueza entre os nubentes mais fácil será prever quais as cláusulas a serem formuladas em tal contrato, quando uma delas assume posição de “poder” e a outra de “vulnerabilidade”. E o oposto também é verdade, já que, quanto mais equiparada a renda dos nubentes maior o rol de alternativas a serem cogitadas no momento do acordo³⁵.

Dois são os principais fenômenos atribuídos a pouca utilização do instrumento antenupcial nos Estados Unidos, quais sejam: pouco valor atribuído ao pacto (decorrente da ignorância quanto às suas funcionalidades) e subestimação, pelos agentes, da real probabilidade do divórcio³⁶.

Outrossim, custos de informação relativos ao amplo rol de possibilidades de conteúdo a ser inserido no pacto antenupcial – associados à sua pouca divulgação na sociedade – muitas vezes frustram sua confecção. A fim de se obter correto conhecimento jurídico-legal, consultas com advogados especializados no ramo são alternativas positivas à alocação eficiente dos bens e dos interesses das partes, vindo a reduzir os custos de transação atinentes ao divórcio.

Restou claro, ainda, em dita pesquisa, que a inclinação dos indivíduos a serem otimistas (no sentido da crença de que o divórcio dificilmente ocorrerá) é fator que proscreve a curiosidade pelo conhecimento da relevância jurídica do instrumento, vindo a perpetuar a ignorância quanto à sua eficácia e possíveis benefícios.³⁷

Por fim, a crença de que o instrumento irradia sinais negativos quanto às perspectivas de êxito da relação dificulta uma consideração acerca de seus benefícios. Nesse âmbito, há os sinais de “primeira-ordem”, relativos à atribuição do pacto à

³⁵ CANTWELL, 1992, p. 45.

³⁶ MAHAR, Heather. **Why There Are So Few Prenuptial Agreements?** Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/436.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2012.

³⁷ MAHAR, loc. cit.

falta de confiança na relação, ou seja, ao aumento das chances do divórcio e contrário à comunhão de vidas que deve permear uma sociedade conjugal. Já os sinais de “segunda-ordem”, referem-se aos próprios termos do acordo, quando um dos nubentes, observando as proposições do companheiro, reforça a crença nos sinais de primeira-ordem³⁸.

Do ora exposto, infere-se que, a despeito da constatada existência de determinados perfis de casais que mais lançam mão do pacto antenupcial, seu pouco uso pode ser atribuído ao negativismo que o pacto antenupcial incita em uma relação afetiva, sendo ainda facilmente interpretado como um estereotipado sinalizador de descrença das partes (ou de apenas uma delas) na união conjugal, deflagrando sentimentos passíveis de fazê-la fracassar antes mesmo de vir a formalmente existir.

Aliadamente a isso, a ignorância dos indivíduos quanto às reais chances de o divórcio vir ocorrer e a ausência de conhecimento quanto aos vastos benefícios oriundos do instrumento – quando manejados adequadamente pelas partes, preferencialmente assessoradas por profissionais conhecedores do tema – redundam em sua pouca incidência prática no Brasil e no mundo.

5 CONCLUSÃO

A aplicação do ferramental da Análise Econômica do Direito revela-se um método extremamente útil à compreensão dos fenômenos da escolha do consorte, do regime de bens e dos custos e benefícios inerentes à união conjugal.

A análise econômica da família – que teve como principal precursor o economista Gary Becker – parte do pressuposto de que existe um mercado matrimonial no qual os agentes formam pares entre si, buscando maximizar sua utilidade, e enfrentando, para tal, as restrições de recursos que se façam presentes. Pode a análise econômica do casamento ser considerada um (ainda) novo campo de estudo para a Análise Econômica do Direito, distinto daqueles mais tradicionais, tais como direito de propriedade e direito contratual.

³⁸ *Ibidem*.

Sob este enfoque, verificou-se que a Teoria da Sinalização auxilia na explicação dos processos de escolha do consorte e do regime conjugal, enfatizando a importância do emprego de custos de informações relativos aos partícipes do mercado de casamento antes da formalização do conúbio. Ainda, tal abordagem provê uma explicação ao pouco uso do pacto antenupcial por parte dos casais, inferindo-se que tal se associa a uma interpretação negativa (e estigmatizada) do instrumento por parte dos indivíduos em geral, crentes de que este irradia sinais negativos na sociedade acerca da união, notadamente quando o regime é o da separação convencional de bens.

Outrossim, tal pode decorrer da ignorância quanto à operacionalidade e possível extensão do pacto antenupcial, passível de contemplar disposições que não apenas circunscritas à eleição de um regime pré-determinado de bens (tal como ocorre na formulação de um regime misto) ou, ainda, da propensão dos indivíduos a serem em extremo otimistas, crendo não incorrerem no risco de virem a se divorciar.

The choice of the spouse and the property regime in the economic law

ABSTRACT: This paper addresses the choice of spouse and marital property regime under the bias of Economic Analysis of Law, as a science that helps in understanding such rational choices of individuals. To do so, it will address mainly the process of operation called “marriage market” and the Theory of Signs, illustrating its applicability in the present context.

Keywords: Choice of the spouse. Property regime. Economic analysis of Law.

Artigo recebido em 01/07/2013 e aceito para publicação em 23/09/2013

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Lisboa: Almedina, 2007.

BALNINOTTO NETO, Giácomo. A teoria econômica do casamento e do divórcio. **Revista da Faculdade de Ciências Econômicas (UFRGS) – Análise Econômica**, Porto Alegre/RS, n. 18, p. 125-41, set. 1992.

_____. **Notas de Aula**. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/eco02268/funcao-producao-familiar.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2013.

BECKER, Gary Stanley. **The Economic Approach to Human Behavior**. Chicago: The University Of Chicago, 1976.

_____. **Tratado sobre la Familia**. Madrid: Alianza, 1987.

BRYANT, W. Keith. **The Economic Organization of the Household**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

CANTWELL, William P. Premarital Contracting: Why and When. **HeinOnline – 8 J. Am. Acad. Matrimonial Law**, 1992.

CIGNO, Alessandro. **Economics of the Family**. New York: Oxford University Press, 1991.

COHEN, Lloyd R. “Marriage: The long-term contract”. In: DNES, Antony W.; COHEN, Lloyd R. Marriage, Divorce, and Quase Rents; or, “I gave him the Best years of my life”. **HeinOnline – 16 J.**, Legal Stud., 1987.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

FRIEDMAN, David D. **Price Theory**. Chicago: South-Western Publishing, 1986.

GICO JUNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. Direito e Economia no Brasil. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 01-33.

HAUPT, Erika L. For Better, For Worse, For Richer, For Poorer: Premarital Agreement Case Studies. **HeinOnline – 37 Real Prop. & Tr. J.**, 2002-2003.

LECKEY, Robert. Relational contract and other models of marriage. **HeinOnline – 40 Osgoode Hall L.J.** 1 2002.

MACNEIL, Ian. **The Relational Theory of Contract: selected works of Ian MacNeil – Edited.**

MAHAR, Heather. **Why There Are So Few Prenuptial Agreements?** Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/43-6.pdf>. Acesso em 15 mar. 2012.
MARGULIES, Sam. The Psychology of Prenuptial Agreements. **HeinOnline – 31 J. Psychiatry & L.**, p. 415, 2003.

McKENZIE, Richard B.; TULLOCK, Gordon. **La Nueva Frontera de La Economia**. Madrid: Espasa-Calpe, 1980.

MOLHO, Ian. **The Economics of Information – Lying and Cheating in Markets and Organizations**. USA: Blackwell Publishers, 1997.

POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 17th edition. New York: 2007.

ROWTHORN, Robert. Marriage as a signal. In: DNES, Antony W.; WOWTHORN, Robert (edit.). **The law and Economics of Marriage and Divorce**. Cambridge: Cambridge Press, 2002, p. 132-57.

SHIKIDA, P. F. A. A. A economia e a formação de casais: evidências empíricas sobre anunciantes que procuram parceiros (as). **Tempo da Ciência – Revista de Ciências Sociais e Humanas**, Cascavel (PR), v. 5, n. 9, p. 89-98, jan./jun. 1998.

SION, Michael. **Money and Marriage: How to Choose a Financially Compatible Spouse**. Disponível em: <<http://www.aier.org/sites/default/files/publications/EB201012.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2012.

SMITH, Ian. **The Law and Economics of Marriage Contracts**. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=416650>. Acesso em: 22 nov. 2012.

SPENCE, Michael. Job Market Signaling. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 87, Issue 3, p. 355-74, ago. 1973.