

TEORIA ECONÔMICA DO CASAMENTO E DA ESCOLHA DO REGIME DE BENS

Cristiana Sanchez Gomes Ferreira[†]

Resumo: A família, sob o aspecto instrumental, é o ambiente que propicia o desenvolvimento e estabilidade dos indivíduos. A compreensão de seu processo de formação, transformação e dissolução é subsidiada pelo ferramental da Análise Econômica do Direito, bem como pela moderna teoria econômica da família. A abordagem econômica do casamento, como um novo campo de estudo da economia, evidencia e ilustra a aplicabilidade desta ciência a toda e qualquer esfera do comportamento humano¹, resultando o matrimônio, afinal, de uma escolha racional tomada por indivíduos que procuram, dentre aqueles disponíveis no mercado de casamento, o parceiro que melhor venha a maximizar sua utilidade, enfrentando, para tal, as restrições inerentes ao mercado no qual inseridos. No presente estudo são analisados o processo de funcionamento do denominado “mercado de casamento”, o enquadramento do casamento como contrato, sob a ótica econômica, a Teoria da Sinalização – como ferramenta a compreender-se o fenômeno de escolha dos parceiros e do Regime de bens -, e, por fim, uma abordagem da escolha dos regimes matrimoniais sob a perspectiva da *Law and Economics*.

Palavras-Chave: Análise Econômica do Direito. Mercado de Casamento. Contrato. Teoria da Sinalização. Regimes de Bens.

[†] Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (URFGS) e advogada especialista em Direito de Família e Sucessões, com atuação em Porto Alegre/RS –e-mail: cristiana@garrastazu.com.br.

¹ McKENZIE, Richard B.; TULLOCK, Gordon. *La Nueva Frontera de La Economía*. Madrid: Espasa-Calpe, 1980. 386 p.

Abstract: The family, under the instrumental aspect, is the environment that enables the development and stability of individuals. The understanding of its process of formation, transformation and dissolution is subsidized by the Economic Analysis of Law, as well as by modern economic theory of the family. The economic approach of marriage, as a new field of study of economics, highlights and illustrates the applicability of this science to every sphere of human behavior, resulting marriage, after all, as a rational choice made by individuals that seek, among those available in the marriage market, the best partner that will maximize their utility, facing, for such, the restrictions inherent in the market in which inserted. The present study analyzes the "marriage market", the framework of marriage as a contract (under the economic perspective), and the Theory of Signalling - as a tool to understand the phenomenon of choice of partners and matrimonial property regime, from the perspective of Law and Economics.

Keywords: Economic Analysis of Law. Marriage Market. Contract. Signaling Theory. Property Regimes.

Sumário: Introdução 1. Existência e Operacionalização do Mercado Matrimonial. 2. Uma Análise Econômica do Casamento como Contrato. 3. A Teoria da Sinalização e o Mercado Matrimonial. 4. A Escolha do Regime de Bens Sob a Ótica da *Law and Economics*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO



objetivo deste trabalho é promover uma análise econômica do contrato matrimonial e da escolha dos regimes de bens nupciais. Desta forma, primeiramente caberá a abordagem da existência e operacionalização do denominado “mercado de casamento”, para que, a partir de então, possa-se 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*).

Optou-se por excluir a união estável do presente estudo, a despeito de sua grande presença, atualmente, na sociedade brasileira. O motivo reside na inexistência de um acordo formal e solene de vontades como origem de tal espécie familiar, o que viria, de certa forma, a prejudicar a abordagem contratual ora conferida. Ainda, o fato de muitos casais sequer terem ciência de já estarem inseridos em uma relação desta natureza, mesmo após considerável período de convivência, também se constitui em circunstância a justificar sua exclusão, haja vista partir o presente enfoque do pressuposto de que os agentes estão deliberadamente dispostos a incorrer nos custos e benefícios atinentes à relação jurídica que se inicia.

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 das indenizações monetárias”.² 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 auxí-

² COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 23.

lio 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*”.³ 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”.⁴ Desta 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.

Registre-se, por fim, que se verifica a relevância do tema no fato de figurarem o casamento e o pacto antenupcial como contratos presentes no dia-a-dia da sociedade, e em todas suas camadas sociais.⁵

³ GICO JUNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 13.

⁴ FRIEDMAN, David D. *Price Theory*. Chicago: South-Western Publishing Co. 1986. p. 02.

⁵ De acordo com informações constantes do site do IBGE, no Brasil, em 2011 foram registrados 1.026.736 casamentos, 5,0% a mais que no ano anterior. Deste total, 1.025.615 foram de cônjuges de 15 anos ou mais. Isso fez com que a taxa nupcialidade se elevasse em relação a 2010 (6,6‰), atingindo quase 7,0 casamentos para mil habitantes de 15 anos ou mais. As taxas mais elevadas ocorreram em Rondônia (10,0‰), Distrito Federal (9,0‰), Espírito Santo (8,6‰) e Goiás (8,6‰). As menores foram no Amapá, (3,9‰) e Rio Grande do Sul (4,7‰). BRASIL. *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE*. Disponível em:

1. 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 da economia, como mais uma ferramenta aplicável à análise de seu processo de formação e dissolução. Becker⁶ afirma que a teoria econômica deve contemplar o estudo de todo comportamento humano direcionado à obtenção de recursos escassos, não cingindo-se, unicamente, a aspectos de natureza monetária. De acordo com o autor, 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 e análise de rendimentos da população, dentre demais questões afetas ao desenvolvimento piramidal e estrutural de uma sociedade.⁷

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

<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2294&id_pagina=1>. Acesso em: 20 dez. 2012.

⁶ BECKER, Gary Stanley. *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: The University Of Chicago, 1976. 294 p.

⁷ Ibidem, p. 205.

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 econômico.⁸

A primeira das premissas acima justifica, por exemplo, o porquê da preferência por parte de alguns em jamais se casar⁹. Infere-se de tal presunção que indivíduos solteiros consideram o nível de 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 es-

⁸ Ibidem, p. 206.

⁹ 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.

pécies de custos a serem arcados pelos partícipes 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).¹⁰

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 união.¹¹

Nesta 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 que 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

¹⁰ BRYANT, W. Keith. *The Economic Organization of the Household*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 220.

¹¹ BALNINOTTO NETO, Giácomo. A Teoria Econômica do Casamento e do Divórcio. In: *Revista da Faculdade de Ciências Econômicas – UFRGS – Análise Econômica*, Porto Alegre/RS, n. 18, p. 125-41, set. 1992.

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 matrimonial.¹²

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 obtida.¹³

É de majoritária conclusão, por parte dos economistas estudiosos de tais interações, que o produto “filhos” é o de maior valia na produção familiar, porquanto específico de uma sociedade conjugal. Ocorre que os filhos são dotados de particularidades e peculiaridades que os tornam tamanhamente valiosos¹⁴. Dentre tais características, sobrelevam-se as de serem um investimento de longo prazo, ainda que alternáveis os custos e benefícios atribuídos ao produto ao longo dos anos. Pertinente exemplo é o fato de que, na

¹² Informações disponíveis em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2018>. Acesso em: 03 nov. 2012.

¹³ BECKER, Gary Stanley. *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: The University Of Chicago, 1976. p. 207-8.

¹⁴ COHEN, Lloyd R. “Marriage: The long-term contract”. In: DNES, Antony W.; WOTHORN, Robert (edit.). *The Law and Economics of Marriage and Divorce*. Cambridge: Cambridge Press, 2002. p. 10-34.

juventude, são os genitores que arcam com a alimentação, educação, vestuário e despesas, em geral, da prole. Na velhice, entretanto, as necessidades especiais dos pais são pelos filhos supridas, na consagração do princípio da reciprocidade e solidariedade familiar.

Outra particularidade é a contribuição da prole à manutenção da sociedade familiar: estudos empíricos revelam que cônjuges com filhos resistem à imediata dissolução do vínculo, cientes do sofrimento que tal conduta degenera na vida das crianças. Todavia, saliente-se que a valorização do produto filhos é extremamente divergente entre indivíduos de diferentes raças, religião, fases de vida, idade e culturas. Como exemplo, Lloyd Cohen cita que a forma de prazer usufruída por cada genitor em relação à prole difere à proporção daquilo que efetivamente valoriza no produto: beleza, personalidade, sucesso profissional, qualidade do vínculo afetivo com os pais, dentre outras hipóteses.

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

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.¹⁵ [Tradução nos-

¹⁵ 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

sa].

No Brasil, dados estatísticos apurados pelo Censo 2010 - concedidos pelo site do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)-, revelam significativa queda de fecundidade. Enquanto que 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 brasileiros.¹⁶

Informações obtidas também junto ao IBGE confirmam que o recuo na fecundidade ocorre, principalmente, entre casais com maior escolaridade e faixa de rendimento, tudo o que leva a concluir por uma atual e paulatina tendência de substituição da produção de filhos por uma majoração de incremento na renda familiar como efetivo vetor à maximização da utilidade obtida pelo casamento, cada vez mais divorciada da fecundidade e mais aliada à compatibilização de anseios e ganhos profissionais.

De acordo com Posner, a abordagem da “economia de escalas”¹⁷ revela-se aplicável à noção da produção familiar como um todo. Justifica a asserção exemplificando que, enquanto que, na família tradicional a tarefa especializada

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. 210¹⁵

¹⁶ 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.

¹⁷ Economia de escala é aquela que organiza o processo produtivo visando à máxima utilização dos fatores produtivos envolvidos no processo, procurando como resultado baixos custos de produção e o incremento de bens e serviços. Tal noção, aplicada à produção familiar, é também abordada por McKENZIE e TULLOCK em: McKENZIE, Richard B.; TULLOCK, Gordon. *La Nueva Frontera de La Economia*. Madrid: Espasa-Calpe, 1980. p. 146.

do homem é permanecer ativo no mercado laboral, cabe à mulher devotar sua atenção ao desenvolvimento e cuidados com os produtos oriundos desta interação, o que somente é possível a partir dos recursos angariados pelo marido, imprescindíveis para a manutenção do lar, produção das refeições, cuidado com a prole, dentre o desenvolvimento de demais “mercadorias” familiares. Assim, segundo a concepção do autor, a especialização dos cônjuges em determinadas tarefas é redutora dos custos de produção de mercadorias essenciais para determinada família, já que a cada um caberá a responsabilidade por específicas tarefas no seio familiar.¹⁸

Giácomo Balbinotto explica que, enquanto que 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 (como, cita como exemplo, 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 família.¹⁹

Esclarece Alessandro Cigno que, tendo-se os filhos como produtos específicos matrimoniais, a produção familiar deve ser medida, exclusivamente, a partir da análise da interação dos adultos, sendo eles os agentes.²⁰ Com efeito que a divisão

¹⁸ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 17th edition. New York: 2007. p. 143-4.

¹⁹ BALBINOTTO, Giácomo. *Notas de Aula*. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/eco02268/funcao-producao-familiar.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2013.

²⁰ CIGNO, Alessandro. *Economics of the Family*. New York: Oxford University press, 1991. p. 16.

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 sentido.²¹

Conclui-se, assim, que 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 subtarefas 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 prole.²² Portanto, quanto mais eficiente a produção familiar, maior será o nível de utilidade resultante matrimônio, dado que maior o excedente de produção (benefícios a serem entre todos divididos).

2. UMA ANÁLISE ECONÔMICA DO CASAMENTO COMO CONTRATO

A essência do matrimônio está no acordo de vontades realizado entre duas partes que, voluntariamente, assumem obrigações, direitos e privilégios, os quais poderão estar explícitos ou mesmo implícitos ao ato, tendo em vista a impossibilidade de o instrumento contemplar previsão de todas as contingências passíveis de se sucederem após a celebração do negócio jurídico.²³

²¹ POSNER, op. cit., p. 144.

²² CIGNO, Alessandro. *Economics of the Family*. New York: Oxford University press, 1991. p. 40

²³ SMITH, Ian. *The Law and Economics of Marriage Contracts*. Disponível

Trata, pois, de uma promessa mútua de natureza comportamental, já que relativa à necessidade de adoção de postura, por parte ambos os contratantes, no a gerar segurança ao consorte, para que permaneça este envidando energias e arcando com recursos à formação dos já analisados “investimentos específicos” matrimoniais, que então virão a agregar valia à união familiar como um todo e, bem assim, ao mercado matrimonial.

Para a abordagem econômica do casamento, pois, sua definição como um contrato é a que melhor se revela. Para Lliord Cohen, trata o casamento de:

(...) uma promessa de assumir riscos e pagar indenizações. Ou seja, cada parte assume o risco de que seu amor por seu cônjuge venha a terminar. Se isso acontecer, elas aceitam a responsabilidade legal pelas possíveis perdas.²⁴ [Tradução nossa].

Ian Smith expõe argumentos aventados por críticos contra a visão contratual conferida ao matrimônio. Segundo ele, uma destas vertentes aduz que, ao considerar-se o casamento como um contrato, estar-se-ia a advogar por seu caráter puramente econômico, como se meramente uma “troca de mercadorias” entre dois indivíduos fosse, em detrimento da consagração de valores tais como amor, intimidade, comprometimento e confiança entre o casal.²⁵

Uma segunda linha teórica prega que da concepção contratual decorre a possibilidade de execução forçada de promessas tais como exclusividade sexual, comprometimento e supor-

em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=416650>. Acesso em: 22 nov. 2012.

²⁴ (...) a promise to assume risk and pay damages. That is, each part is promising the other that they will assume the risk that their love for their spouse dissolves. If that should happen, they accept legal responsibility for the loss to their spouse. - COHEN, Lloyd R. “Marriage: The long-term contract”. In: DNES, Antony W.; WOTHORN, Robert (edit.). *The Law and Economics of Marriage and Divorce*. Cambridge: Cambridge Press, 2002. p. 11.

²⁵ SMITH, loc. cit.

te mútuo entre um casal, execução esta que viria a subverter a ideia de casamento para a sociedade, contrária à imposição estatal do cumprimento dos deveres conjugais. Uma terceira vertente, ainda, segundo o autor, sugere que os custos atribuídos ao Estado na verificação do (des)cumprimento contratual são em extremo exacerbados, já que é praticamente inviável o monitoramento da performance conjugal no cotidiano, razão pela qual a feição contratual, sob tal perspectiva, também não mereceria prosperar.²⁶

Veja-se que a extirpação da discussão da culpa como um pré-requisito à concessão do divórcio – dentre todos os referidos benefícios trazidos – reduziu os custos inerentes à dissolução do vínculo conjugal. Assim sendo, recentes mudanças no Direito de Família acabaram por também reduzir os incentivos às partes a investirem em produtos que serão mais facilmente “desvalorizados”, porquanto o divórcio é hoje mais aceito e de facilitado acesso por parte da sociedade. Desta forma, a ausência de uma visão contratual do casamento, viria a acirrar a possibilidade de práticas oportunistas perpetradas pelas partes, que então ver-se-iam mais livres e descomprometidas para atuarem da forma que bem lhes aprouvesse.²⁷

Uma interpretação contratual do matrimônio promove, portanto, proteção aos investimentos específicos de longa duração, mitigando efeitos perversos da assimetria informativa entre as partes e fomentando, decorrentemente, o emprego de recursos no casamento. Segundo ensinamentos de Fernando Araújo:

Uma área fértil em exemplos contratuais muito sugestivos é a do casamento e dos acordos pré-nupciais, embora obviamente nessas áreas os juízos otimizadores da abordagem econômica devam ser

²⁶ SMITH, loc. cit.

²⁷ 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.

temperados pela consideração de diversas peculiaridades. Na prática, a perspectiva da Law and Economics sobre as relações familiares tem contribuído muito para realçar a respectiva base contratual, em momentos de constituição e de dissolução de alguns dos seus vínculos componentes (não sendo propriamente surpreendente as semelhanças com muitos outros arranjos contratuais).²⁸

Para o mesmo autor, referidas peculiaridades são atribuíveis a modificações jurídicas e sociológicas, verificando-se a partir delas o peso das normas sociais em torno dos institutos familiares. Afirma, todavia, que há valores matrimoniais impassíveis de redução ao figurino contratual sem que de desvirtue sua natureza, razão pela qual, a seu ver, a concepção relacional do contrato de casamento atua como verdadeiro remédio para redução da distância entre a teoria do contrato e as relações familiares, ao passo que esta privilegia “*antes a vida evolutiva das partes dentro de uma mini-sociedade normativa, como precisamente pode-se considerar-se ser o caso com uma família*”.²⁹

Sob tal raciocínio, para o autor é flagrante a conveniência do paradigma relacional aplicado ao matrimônio, a partir do que se verifica a redução do temor atribuído à excessiva contratualização de instituto tamanhamente ligado à tradição e costumes impregnados na sociedade.

Em uma acepção ampla, trata o contrato relacional daquele no qual a preservação da relação é tida como o primordial objetivo das partes. Difere-se do contrato “discreto”, “transaccional” ou “pontual”, na medida em que os contratantes têm, neste, ciência de que a incompletude das cláusulas contratuais são sanáveis a partir de formas alternativas de conciliação de

²⁸ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Lisboa: Almedina, 2007. p. 1012.

²⁹ *Ibidem*, p. 1013.

interesses, seja aquelas que emergem no próprio desenvolvimento da relação, seja as emergentes do quadro das normas sociais. É que o paradigma relacional menospreza estipulações contratuais explícitas, sugerindo que estas devem ser paulatina e positivamente substituídas pela interação que resulta dos jogos repetidos no âmago do contrato (no presente enfoque, na sociedade matrimonial) e do alcance das normas sociais, apontando-se para a relevância da cooperação assente em elos de solidariedade e de reciprocidade.³⁰

À guisa de ilustração, vejamos: é comum, em uma sociedade conjugal, a promessa mútua de que, enquanto “X” abandonará os investimentos na carreira, “Y” proverá o suporte financeiro do casal e da prole, garantindo sua sobrevivência, responsabilizando-se “X” pela manutenção do lar e pela supervisão da educação dos filhos. Assim, a dinâmica da relação contratual, pouco a pouco, acentua a vulnerabilidade econômica de “X”, que com o divórcio haverá que ser recompensado pelos investimentos empregados. E neste contexto é que o paradigma relacional do matrimônio contribui com o reconhecimento (jurídico) dos ganhos e das perdas respectivas a cada parte.

Robert Leckey ressalta os *insights* ofertados pela teoria relacional à interpretação de regras jurídicas, exemplificando a noção a partir da fixação de pensão entre ex-cônjuges pelas cortes americanas. Refere que, neste momento, as cortes costumam calcular a extensão da dependência e o nível do suporte econômico necessário a partir da duração da união e das reais interações vislumbradas entre os consortes. Assim, visível a incidência do paradigma relacional na via prática, tal como, neste exemplo, no momento da estimação do valor a ser fixado como pensão de alimentos.³¹

Ian McNeill aponta existir um conflito entre a noção de

³⁰ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Lisboa: Almedina, 2007. p. 397.

³¹ LECKEY, Robert. Relational contract and other models of marriage. *HeinOnline – 40 Osgoode Hall L.J.* 1 2002.

maximização da utilidade individual e teoria do contrato relacional, cuja essência repousa na consciência mútua de cooperação entre os contratantes. Para ele, quanto mais relacional a troca entre as partes, mais artificial a idéia de maximização exclusiva dos interesses de cada qual. Desta forma, contratos permeados por investimentos específicos que se prolongam indeterminadamente no tempo (tal como o casamento), manejados, ainda, pela completa idiosincrasia das partes (que por sua vez devem estar propensas a incorrer em ajustes de negociações ao longo do tempo, cientes também da insegurança e incerteza quanto ao ressarcimento por eventuais danos), não são eficientemente governados pela teoria clássica dos contratos.³²

Aduz também o autor que contratos complexos quanto a obrigações e repletos de investimentos específicos somente podem ser regulamentados de forma eficiente se as partes adotarem uma real consciência de cooperação, a partir da qual a utilidade resultante da postura adotada por cada uma será diretamente proporcional à da outra, em uma relação oposta ao que denomina de “contratos discretos”, eivados de prevalência de caráter competitivo.³³

Luciano Timm sustenta que o princípio da boa-fé objetiva, como *standard* de comportamento, tem como escopo preservar as expectativas legítimas das partes. Para ele, o princípio “*ajuda as partes a evitar dispêndios com contratos pormenorizados, na medida em que pode completar as cláusulas do contrato de acordo com os usos do local e com os costumes das partes*”³⁴, contribuindo, assim, na correção das falhas de mercado, em especial as relacionadas à assimetria de informações.

³² MACNEIL, Ian. *The Relational Theory of Contract: selected works of Ian MacNeil* – Edited by David Campbell. London: Sweet and Maxwell, 2001. p. 16.

³³ Ibidem, p. 21.

³⁴ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 173.

Vejam, portanto, que o princípio da boa-fé contratual sincroniza-se, de forma coerente, com a concepção relacional. O casamento, como uma relação de longa duração - cujos contratantes devem, para a concreção da eficiência, reconhecer que a impossibilidade de completude de cláusulas torna imperativa a cooperação e transparência mútuas -, depende da observância a tal postulado para superação de impasses e remoção de obstáculos à maximização do bem-estar. O paradigma relacional, portanto, está umbilicalmente relacionado ao princípio da boa-fé contratual, como modo de vedar o *holdup* oportunista passível de surgir na vigência do negócio jurídico.

A teoria econômica do matrimônio somente vem a confirmar que a classificação do casamento como um contrato é a que mais se revela consentânea à noção de necessidade de proteção jurídica dos investimentos dele oriundos, residindo tal enfoque tanto na celebração do ato (como um acordo de vontades efetivado após o procedimento de escolha do cônjuge no mercado matrimonial) e na escolha do regime de bens (como mais um exemplo do exercício da autonomia da vontade), como na própria vigência matrimonial, quando então o paradigma relacional vem, satisfatoriamente, a guarnecer razoável teoria acerca do fenômeno observado entre os cônjuges na constância do contrato matrimonial, haja vista que a maximização de sua utilidade está umbilicalmente ligada ao nível de investimentos específicos no contrato.

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 o provável parceiro.³⁵ Portanto, muitas são as contribui-

³⁵

SHIKIDA, P. F. A. A. A economia e a formação de casais: evidências empí-

ções da ciência econômica para uma apurada análise do processo de formação da sociedade conjugal.

Michael Spence³⁶ 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 – tais como raça, sexo e idade – , enquanto que outras são manipuláveis pelos indivíduos – tais como educação, currículo, apresentação – , atribuindo às primeiras a nomenclatura de índices e às segundas a de sinais.³⁷

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

ricas sobre anunciantes que procuram parceiros (as). *Tempo da Ciência – Revista de Ciências Sociais e Humanas*, Cascavel (PR), v. 5, n. 9, p. 90, jan./jun. 1998.

³⁶ 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

³⁷ SPENCE, Michael. Job Market Signaling. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 87, Issue 3, p. 357, ago. 1973.

espécies de sinais, como um verdadeiro ciclo.³⁸

A escolha, por parte dos indivíduos, dos adequados sinais, em certo tipo de mercado, é resultante de um processo gradual de observância 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. Neste sentido, Molho, utilizando-se também do mercado laboral como exemplo a ilustrar a teoria da sinalização (alicerçado no pioneiro trabalho desenvolvido por Michael Spence), vejamos as assertivas de Molho:

Por que nem todos os candidatos a emprego investem em educação no mesmo nível, a fim de receberem todas as ofertas de emprego bem pagas? A resposta a esta 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.³⁹ [Tradução nossa].

³⁸ Ibidem, p. 361.

³⁹ 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

E, igualmente, no mercado matrimonial não é possível constatar, com alto grau de precisão, quais as qualidades e defeitos inerentes aos demais partícipes. Aliás – e conforme restará estudado oportunamente – informações assimétricas entre os agentes constituem-se uma falha do mercado de casamento, contribuindo à escolha racional pelo divórcio, posto que reduzem os benefícios atribuídos às núpcias.

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, 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 sinalizadas.⁴⁰

Nos tempos atuais, perfis em redes sociais (tal como o *facebook*) podem ser interpretados como sinais emitidos pelos participantes quanto a traços seus que pretendem exteriorizar ou mesmo ocultar, e a partir de onde, em contrapartida, os usuários encontram informações julgadas rele-

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.

⁴⁰ BECKER, Gary Stanley. *Tratado Sobre La Familia*. Madrid: Alianza, 1987. p. 287.

vantes por possíveis companheiros. Entretanto, haja vista tratarem de sinal de baixo custo e de temerária fidedignidade, preferível que sejam testados na via prática, sob pena de agregarem assimetria informativa a uma relação originada no âmbito puramente virtual.

Estudos empíricos desenvolvidos nos Estados Unidos, no início da década de 1970, apuraram ser diretamente proporcional a relação existente entre o índice salarial do marido com o grau de educação da esposa, levando à conclusão de que o nível de instrução da esposa consiste em sinal expressivamente positivo a ser ofertado no mercado matrimonial, valorizando-a substancialmente em cotejo às demais partícipes. Outrossim, trabalhos realizados no mesmo país revelaram que, quanto maior a diferença salarial entre marido e mulher, maiores as chances de prosperidade do enlace conjugal. No mesmo sentido, Becker reputa tratarem as características genéticas de sinais de máxima relevância, já que, sendo os filhos o produto de maior valia de uma sociedade conjugal, traços tais como raça, inteligência, altura e beleza despertam maior certeza quanto a possíveis atributos presentes na prole, o que, decorrentemente majora a utilidade obtida pela relação perscrutada.⁴¹

Nesta perspectiva, 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. Concer-

⁴¹ BECKER, Gary Stanley. *Tratado Sobre La Familia*. Madrid: Alianza, 1987. p. 226.

nentemente 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 que, 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 apareceram.⁴²

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, originada na fase pré-contratual. Pode-se afirmar que quando maior o dispêndio de tempo (custo) junto ao parceiro, mais facilmente averiguar-se-á a compatibilidade de suas características com aquelas almejadas. A conjuntura de todas as espécies de traços buscados no companheiro são 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 conjugal.⁴³

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 assime-

⁴² 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.

⁴³ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 17th edition. New York: 2007. p. 147.

tria 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.⁴⁴

Forçoso afirmar, assim, que o emprego de custos de informação no momento que antecede o conúbio viabiliza também a promoção de cláusulas contratuais inseridas em um pacto antenupcial, que bem harmonizem os interesses patrimoniais das partes.

Maiores serão os custos que os cônjuges estarão dispostos a incorrer na seleção quanto maior for o grau de exigência do indivíduo. Quanto maiores suas expectativas, mais investimentos despenderão, à proporção de seu interesse na celeridade do processo de escolha do cônjuge ideal(izado). Ainda, o mesmo se aplica no que tange à persistência de emprego de custos marginais de busca, na vigência do contrato matrimonial, por terceiro que eventualmente venha a maximizar de forma majorada seu bem-estar, revelando-se a medida uma realidade escolhida por muitos parceiros afetivos.⁴⁵

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

⁴⁴ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Lisboa: Almedina, 2007. p. 282.

⁴⁵ BECKER, Gary Stanley. *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: The University of Chicago, 1976. p. 244.

sinaliza à comunidade seu estado positivo de saúde, confiabilidade, estabilidade emocional e ambição, o que lhe gera benefícios exteriores nos âmbitos laboral, familiar e social.⁴⁶

Vale referir que, atualmente, e na maioria das sociedades, 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 inerentes ao matrimônio: convivência *more uxorio* presente em uma união estável, informalmente constituída.

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). É 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 vingará no curso da união conjugal, bem como de-

⁴⁶ ROWTHORN, Robert. Marriage as a signal. In: DNES, Antony W.; WOTHORN, Robert (edit.). *The Law and Economics of Marriage and Divorce*. Cambridge: Cambridge Press, 2002. p. 132-57.

mais questões de natureza substancialmente patrimonial. No Brasil, sua ausência redundará na incidência do regime legal de bens, qual seja, o da comunhão parcial. Tentar-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 suscitam 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 cônjuges.⁴⁷

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-nupcial.⁴⁸

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 relaciona-

⁴⁷ 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.

⁴⁸ MARGULIES, Sam. *The Psychology of Prenuptial Agreements*. *HeinOnline – 31 J. Psychiatry & L.* 2003. p. 415.

mento afetivo, passíveis de afetar o matrimônio de forma a mesmo impedi-lo de ser concretizado. Para ilustrar suas convicções, o especialista narra um caso do qual participou, no qual, enquanto que 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 manifesta 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 acordo.⁴⁹

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

⁴⁹

MARGULIES, loc. cit.

A despeito de fato que, em alguns casos, tal espécie de contrato possa sinalizar inseguranças ou desconfianças 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 matrimônio.⁵⁰

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. Desta forma, pode-se inferir que atua o contrato antenupcial como uma espécie de redutor de custos de assimetria de informações, 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 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*”.⁵¹ 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. Desta 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

⁵⁰ 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.

⁵¹ 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.

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 nos quais 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 que buscam proteção contratual para que estas não se comuniquem na ocorrência de divórcio.⁵²

Vejamos que, no Brasil, as soluções cabíveis às hipóteses acima seriam, genericamente, a estipulação do regime de separação de bens aos casais “profissionais” e àqueles detidos na preocupação quanto aos débitos do consorte. No que tange aos casais nos quais 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. Relati-

⁵² HAUPT, Erika L. For Better, For Worse, For Richer, For Poorer: Premarital Agreement Case Studies. *HeinOnline – 37 Real Prop. & Tr. J.*, v. 2002-2003. p. 29.

vamente 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 tempo.⁵³

No Brasil, o primeiro caso seria hipótese de eleição de regime de separação convencional de bens, mesmo que as partes maiores de 70 anos de idade (a partir de quando o regime de bens é arbitrariamente o da separação obrigatória de bens), haja vista a existência de Súmula (de n. 377) que prevê, mesmo assim, a comunicabilidade daqueles bens adquiridos na constância matrimonial. Já aos casais em segundas núpcias e cautelosos, com intuito de proteger o patrimônio amealhado até então, e ainda aquele que virá a se transformar, a eleição de um regime “misto” seria alternativa hábil a promover os cuidados desejados, de modo que o envolvimento patrimonial das partes condicionasse-se à extensão e consistência da união.

É verdade também que 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

⁵³ HAUPT, Erika L. For Better, For Worse, For Richer, For Poorer: Premarital Agreement Case Studies. *HeinOnline – 37 Real Prop. & Tr. J.* 2002-2003. p. 29.

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 pensam que seu divórcio foi uma vitória, uma derrota ou um empate.⁵⁴ [Tradução nossa].

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 noivo(a) não crêem na durabilidade da relação, fazendo assim com que o emocional sobreponha-se à razão no momento da eleição do regime. Ocorre que isto ode gerar prejuízos a uma escolha ancorada em uma efetiva observância à realidade patrimonial dos indivíduos, ou seja, 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 nu-

⁵⁴ 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.

bentes, mais fácil será prever quais as cláusulas a serem formuladas em tal contrato, quando que 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 acordo.⁵⁵

Dois são os principais fenômenos atribuídos à 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 divórcio.⁵⁶

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 obter-se 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 o divórcio dificilmente ocorrerá) é fator que proscree a curiosidade pelo conhecimento da relevância jurídica do instrumento, vindo a perpetuar a ignorância quanto à sua eficácia e possíveis benefícios.⁵⁷

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. Neste âmbito, há os sinais de “primeira-ordem”, relativos à atribuição do pacto à

⁵⁵ CANTWELL, William P. Premarital Contracting: Why and When. *HeinOnline – 8 J. Am. Acad. Matrimonial Law*. 1992, p. 45.

⁵⁶ 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.

⁵⁷ 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 que um dos nubentes, observando as proposições do companheiro, reforça a crença nos sinais de primeira-ordem.⁵⁸

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 isto, também a ignorância dos nubentes 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.

SÍNTESE CONCLUSIVA

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 benefícios e custos empregados na vigência do contrato de casamento.

Desta forma, na perspectiva econômica a classificação do matrimônio como contrato é a que melhor permite uma análise dos contributos desta Ciência (a despeito da acirrada discussão jurídica acerca de sua natureza: se um contrato, uma instituição

⁵⁸

MAHAR, loc. cit.

ou uma figura “híbrida”), afinal, segundo tal teoria, trata o casamento de uma explícita e formal promessa de assunção de riscos, demandando, por isso, proteção jurídica aos investimentos específicos engendrados em sua vigência.

A *Law and Economics* afirma, portanto, que a natureza jurídica do casamento como um contrato logra prover uma compreensão mais clara acerca de sua importância na sociedade e de seus efeitos no âmbito patrimonial, tendo em vista que visa a assegurar às partes contratantes aquilo a que fazem jus na eventualidade do divórcio, garantindo-lhes proteção quanto à partilha dos ganhos e das perdas que da sociedade conjugal possam emergir.

Neste sentido, a abordagem relacional das núpcias, ancorada nas interações repetidas entre os contratantes e no aprofundamento de sua cooperação, propicia condições mais eficientes para a solução de conflitos, já que assentado o contrato (nesta perspectiva) em elos de solidariedade e de reciprocidade, tendo em vista a incompletude característica do contrato de casamento.

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.

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 participantes do mercado de casamento. 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 pessimista do instrumento por parte dos indivíduos em geral, crentes de que este projeta 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.



REFERÊNCIAS:

- ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Lisboa: Almedina, 2007. 1340 p.
- BALNINOTTO NETO, Giacomio. A Teoria Econômica do Casamento e do Divórcio. In: *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. 294 p.

- _____. *Tratado Sobre La Familia*. Madrid: Alianza, 1987. 366 p.
- BRYANT, W. Keith. *The Economic Organization of the Household*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. 276 p.
- CANTWELL, William P. Premarital Contracting: Why and When. *HeinOnline – 8 J. Am. Acad. Matrimonial Law.*, p. 45, 1992.
- CIGNO, Alessandro. *Economics of the Family*. New York: Oxford University Press, 1991. 212 p.
- 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.*, p. 267, 1987.
- COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. 538 p.
- FRIEDMAN, David D. *Price Theory*. Chicago: South-Western Publishing Co., 1986, 549 p.
- 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.*, p 29, 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*.
- McKENZIE, Richard B.; TULLOCK, Gordon. *La Nueva Frontera de La Economia*. Madrid: Espasa-Calpe, 1980. 386 p.
- 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.
- MOLHO, Ian. *The Economics of Information – Lying and Cheating in Markets and Organizations*. USA: Blackwell Publishers, 1997. 262 p.
- POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 17th edition. New York: 2007, 787 p.
- ROWTHORN, Robert. Marriage as a signal. In: DNES, Antony W.; WOTHORN, 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
- TIMM, Luciano Benetti. A prestação de serviços bancários via internet (home banking) e a proteção do consumidor. In: *Revista dos Tribunais on line*. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81816000001396e45b2423230f3d2&docguid=Id3cbfc402d4111e0baf3000085>>

5dd350&hitguid=Id3cbfc402d4111e0baf30000855dd350
&spos=3&epos=3&td=1759&context=&startChunk=1&
endChunk=1>. Acesso em: 15 ago. 2012.