

O PACTO ANTENUPCIAL NO BRASIL À LUZ DO DIREITO E ECONOMIA

Cristiana Sanchez Gomes Ferreira¹

Resumo: O presente artigo analisa o pacto antenupcial no Brasil à luz do Direito e Economia, abordando como sua adequada exploração pode reduzir os custos de transação atrelados ao divórcio, permitindo decisões judiciais e acordos mais eficientes. Tal ocorre à medida em que o instrumento pactício auxilia a evitar possíveis fraudes patrimoniais no âmbito conjugal, bem como a reduzir a discrepância de entendimento do casal quanto ao formato da partilha de bens futura, pensão de alimentos e aspectos correlatos. Inicialmente, o trabalho aborda as efetivas funcionalidades e requisitos do instrumento. Subsequentemente, aborda a Teoria Econômica da Escolha dos Regimes de Bens. Finalmente, aplica a Law and Economics como essencial método à compreensão e melhor aplicação do Direito de Família na esfera conjugal e patrimonial, abordando a Teoria da Assimetria Informativa e o Teorema de Coase em tal contexto.

Palavras-Chave: Direito e Economia. Direito de Família. Pacto Antenupcial. Divórcio. Custos de Transação. Assimetria Informativa. Teorema de Coase. Regimes de Bens. Partilha de Bens.

THE PRENUP IN BRAZIL UNDER THE LAW AND ECONOMICS PERSPECTIVE

¹ Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora convidada a lecionar em cursos de Pós-Graduação no Brasil. Advogada especialista em Direito de Família e Sucessões. E-mail para contato: cristiana@garrastazu.com.br

Abstract: This article analyzes the prenup in Brazil under the Law and Economics perspective, addressing how its proper operation can reduce transaction costs related to divorce, which allows more efficient judicial decisions and agreements. This occurs to the extent that the prenup helps to avoid possible property fraud within marriage, as well as to reduce the gap of understanding between couples about the future sharing of assets, alimony and related aspects. Initially, this work addresses the effective functionality and efficiency requirements of the prenup. Subsequently, it addresses the Economic Choice Theory of Matrimonial Property Regimes. Finally, apply the Law and Economics as an essential method to understand and better apply the Family Law on marriage and property sphere, addressing the Assymmetric Information Theory and the Coase Theorem in such a context.

Keywords: Law and Economics. Family Law. Prenup. Divorce. Transaction Costs. Asymmetric Information Theory. Coase Theorem. Matrimonial Property Regimes. Division of property.

INTRODUÇÃO



presente artigo objetiva aplicar o Direito e Economia ao estudo do pacto antenupcial (contrato pré-nupcial) no Brasil, ilustrando os benefícios da utilização do ferramental da Law and Economics à dita abordagem.

O estudo parte da premissa de que o pacto antenupcial é instrumento hábil a reduzir os custos de transação enfrentados pelo casal no momento do divórcio, eis que permite ao magistrado proferir decisões eficientes, mais próximas às reais expectativas e intentos do casal, com base no conteúdo constante do pacto. Ao mesmo tempo, o instrumento melhor viabiliza a composição amigável entre as partes, já que não as surpreende

quanto ao que restará incluído e excluído da partilha de bens conjugais, bem como quanto a decorrências jurídicas da vida conjugal em demais aspectos.

Abordar-se-á, na mesma perspectiva, possíveis exemplos de cláusulas pactícias de caráter extrapatrimonial, ainda que o entendimento majoritário na atualidade seja o de que o conteúdo há que ser eminentemente patrimonial.

Tem-se, assim, as principais perguntas a serem respondidas ao longo do presente estudo: i) quais os principais perfis de casais que aderem ao pacto antenupcial? ii) ao que se atribui a parca utilização do instrumento, de modo geral? iii) de que forma o pacto antenupcial reduz os custos de transação enfrentados pelo casal quando do divórcio? iii) como o Teorema de Coase auxilia na explicação dos benefícios oriundos da elaboração do pacto antenupcial?

Espera-se, assim, que a aplicação da Law and Economics nesse contexto contribua para a elucidação dos benefícios que o estudo do ferramental reverte à compreensão e melhor aplicação do Direito de Família.

1. O PACTO ANTENUPCIAL E SUAS FUNCIONALIDADES

Do casamento decorre uma gama de efeitos nas esferas econômica, pessoal e social, como resultado da verdadeira comunhão de vidas derivada de sua formação, cuja principal finalidade é permitir o desenvolvimento físico-psíquico de seus membros, envoltos emocional, espiritual e materialmente.

A partir de tal concepção, note-se que, dentre seus efeitos, os econômicos são os mais propensos a atingir terceiros, por decorrência de negócios jurídicos travados pelos partícipes da comunhão conjugal. É justamente por implicar efeitos econômicos internos (que dizem respeito unicamen-

te aos cônjuges) e também externos à relação é que se reputa indispensável a observância ao regime *debens* que permeia a relação conjugal.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald chamam a atenção para a existência do denominado estatuto patrimonial do casamento, caracterizado pelo complexo de regras a nortear a gerência/divisão do patrimônio entre os casados. Sustentam os autores que não há casamento despido de, ao menos, certa potencialidade de projetar efeitos patrimoniais, sendo esta a razão pela qual cabe ao ordenamento jurídico dispor expressa e claramente acerca dos regimes de bens existentes e consequentes decorrências de ordem prática.²

No Brasil, os regimes de bens previstos em lei são: comunhão parcial, comunhão universal, separação total de bens (separação convencional/separação obrigatória) e regime de participação final nos aquestos.³

A possibilidade de os interessados nubentes versarem sobre as regras patrimoniais que se aplicam ao casamento funda-se no princípio da autonomia privada. Confere

² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Disposições gerais dos regimes de bens e pacto antenupcial. In: FUJITA, Jorge Shchiguemitsu; SIMAO, José Fernando; ZUCCHI, Maria Cristina (coord.). *Direito de Família no Novo Milênio*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 185.

³ O Código Civil de 1916 estipulou a comunhão universal como o regime legal de bens, presumindo-se o desejo dos cônjuges em verem comunicados todos os bens componentes de seus acervos patrimoniais pretéritos, atuais e futuros, salvo na hipótese de eleição de qualquer outro regime por meio do pacto antenupcial. Portanto, no silêncio das partes incidia o regime da comunhão universal de bens, situação que perdurou até a edição da Lei n. 6.515 de 1977, quando o regime legal de bens passou a ser o da comunhão parcial – regra esta mantida até os dias de hoje. No atual ordenamento jurídico brasileiro, portanto, o regime mais difundido é o da comunhão parcial de bens, aplicável quando do silêncio das partes (ausência de pacto antenupcial elegendo modalidade de regime diversa) ou ineficácia do pacto antenupcial. Sobre o assunto, vide: GOMES FERREIRA, Cristiana Sanchez. *Análise Econômica do Divórcio: Contributos da Economia ao Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

o ordenamento jurídico, aos particulares, a faculdade de optarem pelo regime de bens que lhes aprouver, ressalvada, porém, qualquer das hipóteses que culminam na cogente imposição do regime da separação legal de bens.⁴

É no processo de habilitação ao casamento⁵ que deverão os nubentes eleger o regime de sua preferência, que melhor se ajuste e se amolde às expectativas e desígnios individuais e conjugais das partes, veiculando sua pretensão no documento nominado “pacto antenupcial”.

Na união estável, a eleição do regime de bens deve estar expressa na própria declaração de união estável realizada em tabelionato de notas, e não em um documento apartado tal como o pacto antenupcial. No silêncio, incidirá – assim como no casamento – o regime legal da comunhão parcial de bens.⁶

Tal como o casamento, a natureza jurídica do pacto antenupcial é controversa na doutrina, de modo que alguns entendem seja um contrato acessório, principal, uma convenção ou mesmo um simples pacto.

Para Sílvio Rodrigues trata de um “contrato solene, realizado antes do casamento, por meio do qual as partes dispõem sobre o regime de bens que vigorará entre elas, durante o matrimônio”.⁷ Também para Caio Mário da Silva Pereira, “a natureza jurídica do pacto antenupcial é inequivocadamente contratual, e obrigatoriamente há de ser efetivado antes do casamento.”⁸

⁴ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Regime de Bens no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. 320 p.

⁵ Artigos 1.525 a 1.532 do CCB.

⁶ Art. 1.725 do CCB: Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

⁷ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: direito de família*. 28. ed. rev. atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 137.

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: direito de família*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 218.

A figura do pacto antenupcial é comum nos países ocidentais, e em sua grande maioria – tal como em Portugal, França e Inglaterra – prevalece sua natureza contratual. Com efeito, melhor se caracteriza como um “contrato acessório”, já que é indispensável, para a produção de seus efeitos que sobrevenha o contrato de casamento. Sob tal viés, trataria este último de um contrato “principal”, e do qual depende o pacto antenupcial para sua eficácia, segundo redação contida no artigo 1.653 do vigente Código Civil.⁹

Por tratar-se de negócio jurídico, requer para sua validade agente capaz, objeto lícito, possível, determinado (ou determinável) e forma prescrita em lei, nos termos preconizados pelo artigo 104 do Código Civil. Ademais, a livre e desembaraçada manifestação de vontade também é condição para sua validade, podendo vício nesse sentido ser arguido em juízo posteriormente, a culminar na própria anulação do instrumento.

A forma prescrita em lei ao instrumento é a escritura pública, inadmitindo-se a flexibilização da regra, sob pena de invalidade do pacto, sendo sua eficácia sujeita a efeito suspensivo, já que somente após a celebração do casamento é que o pacto passa a ser juridicamente eficaz. Contudo, permite-se a celebração do contrato por procuradores constituídos com poderes específicos, através de escritura pública.

Para que o pacto seja eficaz perante terceiros, a lei exige seja registrado em livro especial por parte do oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges, desimportando em qual comarca venham a adquirir bens ou a oferecer os existentes em hipoteca. Neste diapasão, com efeito a crítica lançada por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald no sentido de que o interesse prático da

⁹ *Art. 1.653 do CCB: É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento.*

disposição é de cunho minimamente duvidoso, afinal, podem os nubentes, ao longo do curso conjugal, adquirir bens imóveis em mais de uma cidade ou estado. Para eficácia erga omnes do pacto, razoável então seria ter o legislador exigido o registro no Cartório de Imóveis em que registrados os bens, não vinculando dita eficácia meramente ao registro no Cartório do domicílio das partes, posto que a informação quanto ao regime de bens eleito dificilmente chegará ao conhecimento de terceiros residentes de outras localidades.¹⁰

Embora o dispositivo não logre conferir a necessária proteção e segurança jurídica aos terceiros de forma efetiva, é indispensável a medida para sua eficácia jurídica erga omnes, como verdadeira condição sine qua non para tanto. Além deste registro, cabe aos cônjuges fazê-lo no assento do casamento no registro civil (nos termos do artigo 70, § 7º, da Lei de Registros Públicos – n. 6.015 de 1973) e também no Registro Público de Empresas Mercantis sempre que um dos cônjuges for empresário, consoante disposição do artigo 979 do Diploma Civil.

O Código Civil não atribui prazo de validade ao pacto, sendo a fase de habilitação às núpcias a etapa na qual é facultada a lavratura do instrumento. E quanto à certidão de habilitação, a lei impõe-lhe o prazo decadencial de 90 dias (artigo 1.532 do Código Civil). Nesta senda, considerando que o pacto fundamenta sua essência no casamento futuro, e que sua confecção coincide com o período da habilitação, alguns doutrinadores posicionam-se pela validade do pacto no mesmo prazo conferido à certidão de habilitação do matrimônio, qual seja, de 90 dias. Já outros, como Maria Be-

¹⁰FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Disposições gerais dos regimes debens e pacto antenupcial. In: FUJITA, Jorge Shchiguemitsu; SIMAO, José Fernando; ZUCCHI, Maria Cristina (coord.). *Direito de Família no Novo Milênio*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 193.

renice Dias¹¹, sustentam que mesmo caducando a habilitação permanecerá hígida a validade do pacto antenupcial, que somente não irradiará seus efeitos por não ter sido realizado o casamento.

Correto parece assumir-se que o mesmo instrumento poderá ser “revalidado” pelas partes em um momento futuro, em um novo processo de habilitação, bastando sua ratificação, sem que os nubentes tenham de incorrer em todas as formalidades já atendidas e despesas já desembolsadas. Ao contrário, não se exigindo a ratificação do instrumento em hipóteses como esta (quando do novo procedimento de habilitação), estar-se-ia abrindo brechas para manejo de possíveis ações fraudulentas, afinal, passado certo período (meses ou anos), a realidade patrimonial dos nubentes pode ter alterado significativamente, sendo inclusive possível que algum deles sequer lembre com exatidão do que constava disposto em dito instrumento. Assim, primando-se pela proteção do interesse das partes, razoável, pois, a exigência de ratificação do pacto, sobretudo nos casos em que ultrapassado período significativo.

Não raro, após a lavratura do instrumento, e ao invés das núpcias, sobrevém uma união estável. A discussão, nesta hipótese, diz respeito à aplicabilidade do regime eleito no pacto antenupcial à dita união estável, muito embora o artigo 1.653 do Código Civil determine que será ineficaz o pacto se não lhe seguir o matrimônio.

Como acertadamente refere Rolf Madaleno, não há por que supor que o casal quisesse algum regime matrimonial diverso daquele que consta no pacto antenupcial apenas pela falta de previsão de que viriam a “substituir” o casamento por uma união estável.¹² A revogação do regime

¹¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 196.

¹² MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 686.

de bens deve ocorrer se – e somente se – os companheiros elegerem regime distinto na respectiva declaração de união estável, nada justificando entendimento em sentido contrário, principalmente quando as partes, após a assinatura do pacto antenupcial, passam a imediatamente coabitar.

Quanto ao conteúdo do instrumento, o ordenamento jurídico brasileiro prevê conteúdo estritamente patrimonial ao pacto, haja vista o instituto estar previsto no capítulo do Código Civil que dispõe sobre o Direito de Família patrimonial. A favor do conteúdo extrapatrimonial, manifestam-se, dentre outros, Francisco José Cahali, Maria Berenice Dias, Gustavo Tepedino e Débora Gozo.¹³

Por conteúdo extrapatrimonial, compreenda-se cláusulas que versem sobre direitos e deveres atinentes à vivência conjugal (como, por exemplo, questões que envolvam os deveres conjugais), imposição de religião à prole, parâmetros de ajuste de rotina doméstica, reconhecimento filial, estipulação de indenizações pelo término da relação afetiva, dentre outras tantas possibilidades.¹⁴

Muito embora a possibilidade de elaboração de conteúdo extrapatrimonial às cláusulas seja sustentada por respeitáveis juristas, prevalece o pacto, na atualidade, circunscrito a previsões de caráter eminentemente patrimoniais.

Nesta perspectiva, poderá o pacto pré-nupcial conter cláusula instituindo o regime de bens aplicável ao matrimônio - inclusive elaborando e explorando regimes “híbridos”¹⁵ - como também vir a contemplar cláusulas relativas

¹³ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de Bens e Pacto Antenupcial*. São Paulo: Método, 2010. p. 160.

¹⁴ *Ibidem*, p. 190-217.

¹⁵ Exemplos: 1) um casal pode estipular o regime da comunhão parcial em relação aos bens imóveis que vierem a ser adquiridos ao longo dos anos, ao mesmo tempo que elege o regime da separação de bens em relação a investimentos mobiliários e quotas empresariais futuras; 2) até determinado ano de vigência do casamento, o regime de bens pode ser, a título de ilustração, o da comunhão parcial. Ultrapassado o período previsto, o regime pode automaticamente modificar-se para o da comu-

ao reconhecimento, criação, modificação e extinção de direitos patrimoniais entre os cônjuges. Exemplo elucidativo trata de cláusula na qual seja imposta a obrigação de uma das partes ao custeio da educação escolar da futura prole, ou que ajustem regras quanto à disposição do patrimônio comum a terceiros, criação de fundo financeiro de emergências, doações entre os cônjuges, ajustes personalizados sobre partilha de bens na eventualidade de divórcio, fixação de alimentos e mesmo renúncia alimentar entre consortes.¹⁶

Possibilidade que comumente pode vir a interessar os nubentes trata da exclusão de quotas e ações de sociedades empresárias a serem (eventualmente) futuramente constituídas da comunicabilidade patrimonial, muito embora se opte, a título de exemplo, pelo regime da comunhão parcial de bens – de acordo com o qual ditas quotas integrariam a meação do cônjuge. Ainda, com relação às empresas preexistentes ao casamento, pode-se, com a mesma simplicidade, afastar-se a meação sobre eventual e não raro crescimento patrimonial da empresa, o que, do contrário, é apurado em sede de liquidação de sentença nas ações de partilha.

Conquanto tais alternativas não se encontrem expressamente previstas pelo Código Civil, cabendo sua formulação às próprias partes, nada nelas infringe a legislação pátria ou atenta contra normas de ordem pública, pelo que plenamente admitidas e ajustáveis ao intento das partes.

2. TEORIA ECONÔMICA DA ESCOLHA DOS REGIMES DE BENS

nhão parcial ou qualquer outro que imponha a majoração do grau de comunicação patrimonial - haja vista que, se o “novo regime” vier a reduzir o grau de comunicação de bens, há que se requerer a partilha do que fora amealhado judicialmente.

¹⁶ CARDOSO, Fabiana Domingues, *Regime de Bens e Pacto Antenuptial*. São Paulo: Método, 2010. p. 165.

Trata o pacto antenupcial, pois, do instrumento a partir do qual os nubentes elegem o regime de bens que vigirá no curso da união conjugal, bem como demais questões de natureza patrimonial. No Brasil, sua ausência redundará na incidência do regime legal de bens, qual seja, o da comunhão parcial, o que se opera automaticamente.

Muito a Economia contribui à explicação da escolha de um regime matrimonial por parte dos indivíduos, buscando delinear as principais hipóteses que suscitam distintas opções, ao demonstrar, sobretudo, as contribuições da aplicação da Teoria da Sinalização 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 e emocionais 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.¹⁷

No cenário de escolha das cláusulas constantes do pacto antenupcial – sejam elas relativas à eleição de um regime de bens específico, 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.¹⁸

Para Sam Margulies – mediador especializado em di-

¹⁷ 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. 2014.

¹⁸ MARGULIES, Sam. *The Psychology of Prenuptial Agreements*. *HeinOnline* – 31 *J. Psychiatry & L.* 2003. p. 415.

vórcio dos Estados Unidos -, dentre os grandes percalços enfrentados pelas partes no momento da escolha do regime encontram-se as proposições emocionais, 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 perante tais cláusulas. 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 absoluta “falta de credibilidade” do noivo na comunhão, de modo que, somente após inúmeras e desgastantes brigas e tratativas, obtiveram um acordo.¹⁹

Muito embora seja verdade que o “amor romântico” possa não ser sinônimo de formulação de um contrato antenupcial, ignorar a alternativa pode culminar em prejuízos irreparáveis às partes, principalmente quando este não atende da melhor forma os interesses patrimoniais envolvidos. E, nesse contexto, muito a Teoria da Sinalização tem a esclarecer²⁰.

Ora, com efeito que as tratativas negociais de natureza patrimonial que antecedem o matrimônio propiciam compreensões recíprocas às partes acerca da personalidade e expectativas dos companheiros. Assim, enquanto que a psicologia se atrela aos sentimentos despertados nas partes a partir da discussão quanto ao 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

¹⁹ MARGULIES, loc. cit.

²⁰ Sobre o assunto, vide: GOMES FERREIRA, Cristiana. *Análise Econômica do Divórcio: Contributos da Economia ao Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

regime de bens, provendo explicação lógica às principais hipóteses e perfis de nubentes que optam por lançar mão do pacto antenupcial.

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 contratual acaba por esclarecer essenciais metas e interesses dos parceiros, além de características que muitas vezes somente acabariam por ser reveladas no curso do casamento ou mesmo apenas no divórcio.²¹

Portanto, a opinião do parceiro quanto ao adequado regime de bens, em sua visão, é capaz de atuar como um efetivo emissor de sinais quanto a preferências do companheiro, outra ra ocultos. Desta forma, pode-se inferir que atua o contrato antenupcial como uma espécie de redutor de custos transacionais, haja vista antecipar reações e revelações de dados que possivelmente seriam aventados somente no momento do divórcio, a solapar uma partilha de bens amigável ou mesmo eficiente.

Para Michael Simon, ainda, além de aclarar 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”.²² Atentemos que, no Brasil, toda e qualquer tomada de decisão por alteração do regime de bens vigente em um casamento necessita, imperiosamente, perpassar pelo crivo

²¹ 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. 2014.

²² 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. 2014.

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 forma muitas vezes morosa ou custosa às partes.

Segundo Erika Haupt, são seis os principais perfis de casais que buscam o 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 pessoal 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.²³

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 “indeniza-

²³ 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.

ção” 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 herdarão 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 o grau de 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.²⁴

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 da Súmula 377 do STF, que prevê, mesmo assim, a comunicabilidade daqueles bens adquiridos na constância conjugal. 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

²⁴ 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.

efeitos patrimoniais), seja por visarem a somente beneficiar os filhos com os bens já adquiridos, dentre outras distintas hipóteses, 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 pensam que seu divórcio foi uma vitória, uma derrota ou um empate.²⁵ [Tradução nossa].

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

Muito embora as idiossincrasias 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 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 estudadas no momento da

²⁵ 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.

confecção do pacto antenupcial.²⁶

Dois são os principais fenômenos atribuídos à pouca utilização do instrumento antenupcial: i) pouco valor atribuído ao pacto (decorrente da ignorância quanto às suas funcionalidades) e ii) subestimação, pelos agentes, da real probabilidade do divórcio.²⁷

Outrossim, custos de informação relativos ao amplo rol de possibilidades de conteúdo a ser inserido no pacto antenupcial, associados ao parco estudo de suas funcionalidades e alcance, contribuem para sua tímida elaboração. 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 eventual e futuro divórcio.

Restou claro, ainda, em dita pesquisa, que a inclinação dos indivíduos a serem exacerbadamente otimistas (a crer que o divórcio jamais será uma realidade a ser vivida) 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.²⁸

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 “pessimismo” que este sinaliza, interpretado como um estereotipado projetor de descrença das partes (ou de uma delas) na união conjugal, deflagrando sentimentos passíveis de fazê-la fracassar antes mesmo de vir a formalmente existir.

Aliado a isso, também a ignorância dos nubentes quanto

²⁶ CANTWELL, William P. Premarital Contracting: Why and When. *HeinOnline – 8 J. Am. Acad. Matrimonial Law*. 1992, p. 45.

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. 2014.

²⁸ MAHAR, loc. cit.

às reais chances de o divórcio vir ocorrer e a ausência de conhecimento quanto aos vastos benefícios e alcances 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. No Brasil, dados constantes da central nacional de serviços eletrônicos compartilhados– CENSEC, administrada pelo Colégio Notarial do Brasil, contudo, indicam paulatino aumento das lavraturas de escrituras de união estável entre os anos de 2010 e 2014:

(Fonte: <http://www.censec.org.br/>)

<i>Escrituras de Pacto Antenupcial no Brasil</i>						
<i>UF/ano</i>	<i>2010</i>	<i>2011</i>	<i>2012</i>	<i>2013</i>	<i>2014</i>	<i>Total</i>
AC		3	2	6	9	20
AL	21	47	56	58	59	241
AM		5	74	111	94	284
AP					11	11
BA	2	17	68	152	112	351
CE	69	73	449	561	248	1400
DF	189	373	323	912	820	2617
ES	224	328	627	1247	1177	3603
GO	205	431	580	814	546	2576
MA	1	1	6	21	58	87
MG	2464	2990	4700	6471	5352	21977
MS	130	204	248	445	269	1296
MT	170	301	460	641	539	2111
PA	21	43	44	213	72	393
PB	10	17	125	182	115	449
PE	98	154	401	598	379	1630
PI	65	129	131	173	90	588
PR	2218	2999	3620	5060	4026	17923
RJ	224	311	339	847	580	2301
RN	36	60	61	193	139	489
RO	47	67	68	241	227	650
RR	2	2	2	40	5	51
RS	2898	3740	4335	6599	555	22127
SC	1900	2631	3691	5182	4288	17692
SE	86	194	326	427	352	1385
SP	4898	6407	8877	10157	8804	39143
TO	61	60	201	277	177	776
<i>Total</i>	<i>16039</i>	<i>21587</i>	<i>29814</i>	<i>41628</i>	<i>33103</i>	<i>142171</i>

Detecta-se, no Brasil, uma cultura que não recepciona

de forma natural e prática a elaboração de pactos antenupciais. O tema ainda é pouco abordado entre os casais, longe de ser uma realidade inerente à celebração do casamento. Crê a autora que isso decorra da parca exploração das funcionalidades do instrumento pelos juristas, de modo geral, bem como do desconhecimento, por parte da sociedade, acerca de sua efetiva possibilidade de extensão, inclusive no que diz respeito à elaboração de cláusulas de conteúdo extrapatrimonial. Ainda que os dados acima transcritos apontem o aumento da utilização dos instrumentos pactícios no Brasil, tal ainda ocorre de forma de-veras tímida.

3. O PACTO ANTENUPCIAL COMO FERRAMENTA REDUTORA DE CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Grande parte dos problemas enfrentados no divórcio, ou que nele redundam, advém da problemática da assimetria informativa, como uma falha passível de repercutir em qualquer fase do enlace conjugal: seja em sua formação, vigência ou dissolução. Segundo ensinamentos de Fernando Araújo:

(...) os avanços da Economia da Informação e o crescente reconhecimento de que os custos de obtenção da informação não são despidiendos e podem tornar ineficiente a busca de informação completa, o reconhecimento das vantagens estratégicas ínsitas, seja na exploração da ignorância racional (o grau ótimo de informação incompleta), seja na exploração da ignorância racional da contraparte, e, mais importante ainda, o reconhecimento de que os custos de informação são custos de oportunidade, e são os mesmos custos de oportunidade que são ultrapassados pelas vantagens da divisão social do trabalho e da especialização, tudo isso (e outros factores ainda, que referiremos), levou a que se aceitasse, ou a que não pudesse recusar-se, a complicação da assimetria informativa.²⁹

²⁹ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Lisboa: Almedina, 2007. p. 281.

Constitui-se a assimetria informativa, segundo o autor, em um peculiar custo de transação, que impede a partilha de informação entre as partes e, decorrentemente, reduz os incentivos para que promovam a harmonização de seus interesses.³⁰

No contrato matrimonial, a assimetria informativa entre os contratantes pode derivar de muitas razões: do curto período de relação afetiva na fase que antecede as núpcias (períodos do namoro e do noivado) – momento no qual cabe o acesso às informações da forma mais plena possível -, das limitações cognitivas das partes, que deixam de explorar o conhecimento de circunstâncias que em um futuro breve vêm a interferir significativamente na relação afetiva (como a ciência da existência e do alcance jurídico do pacto antenupcial), e mesmo de fatores atribuídos às personalidades e crenças dos parceiros envolvidos, que podem, voluntariamente, optar por não revelar certas informações, mantendo-as privativas.

Como as principais patologias derivadas da assimetria informativa, figuram a seleção adversa e o risco moral (moral hazard). Embora geralmente ocorram em momentos distintos – a primeira na fase de negociação do contrato e a segunda em sua vigência -, não se pode assumir que tratem de domínios ex ante e ex post da assimetria informativa, de modo que suas distinções transcendem a critério eminentemente temporal.

Neste contexto, a seleção adversa é melhor definida como uma “equivocada” escolha do parceiro e/ou de termos contratuais, quando uma das partes, desprovida de corretas (ou completas) informações, segundo Fernando Araújo, “oferece condições contratuais medianas que afastam os melhores parceiros potenciais – aqueles que, conhecendo as suas próprias características e julgando-se acima da mediana, consideram desvantajosas as condições propostas”.³¹

³⁰ Ibidem, p. 283.

³¹ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Lisboa: Almedina, 2007. p. 285.

Vejamos que no casamento muitas são as etapas passíveis de serem acoimadas pela seleção adversa. A começar, a própria escolha dos parceiros pode amparar-se em informações distorcidas e incompletas quanto àquele. Ainda, na presente perspectiva, informações equivocadas acerca da renda de qualquer dos nubentes, de seus níveis de capacitação profissional e patrimônio amealhado preteritamente podem apontar para regimes de bens conjugais inadequados a tais realidades, vindo a comprometer uma eficiente partilha de bens futura.

No que tange à conceituação do moral hazard, a análise da relação agente-principal em muito contribui. Na aludida interação, um indivíduo (designado como “agente”), atua e toma as decisões em nome de outro (designado como “principal”), por dominar determinado assunto ou ser especialista em específico ramo ou área de conhecimento técnico. Desta forma, o agente age e recebe alguma compensação em contrapartida, enquanto que o principal, por seu turno, observa e fiscaliza o trabalho do agente. Desta forma, a interação ocorre sob condições de inevitável assimetria informativa, cabendo ao principal, assim, fazer inferências acerca da atuação do agente a partir da observância de sua conduta³²

Na espécie, o risco moral surge quando os objetivos entre o agente e principal diferem substancialmente, o que permite que o primeiro obtenha vantagens às custas do segundo, passando a atuar em benefício de seus interesses privativos em detrimento dos interesses conjuntos ou mesmo exclusivos do principal. Eis, então, que se verifica sua ocorrência: quando a parte provida de maior número de informações passa a atuar de forma oportunista, negligenciando nos deveres de cooperação mútua entre os contratantes. De acordo com Fernando Araújo:

(...) a expressão não denota necessariamente qualquer perversão moral (embora abarque também abusos fraudulentos), contudo ela tem uma clara conotação negativa, ao menos por-

³² MOLHO, Ian. *The Economics of Information – Lying and Cheating in Markets and Organizations*. USA: Blackwell Publishers, 1997. p. 119.

que ela sugere que há alguma “miopia” na gestão do recurso comum que é a confiança recíproca das partes no cumprimento pontual das suas obrigações e no acatamento estrito das estipulações contratuais.³³

Oportuno exemplo é o dos indivíduos que abdicam de suas carreiras para dedicarem-se exclusivamente aos cuidados com os filhos, desconhecedores das dificuldades que viriam a encontrar caso almejassem futura reinserção no mercado laboral, ou mesmo de que a pensão de alimentos na espécie dar-se-ia somente por tempo determinado (alimentos transitórios). No entanto, embora o outro cônjuge saiba do possível enfrentamento de tais dificuldades caso o divórcio ocorra, deliberadamente opta por não as esclarecer ao parceiro, lucrando, assim, a partir da desnecessidade de contratação de profissionais tais como babá e cozinheira, tarefas estas assumidas pelo parceiro então ainda fora do mercado de trabalho.

O mesmo se opera quando o consorte inicia processo de transferência do acervo conjugal para sociedade empresária do qual faz parte, apropriando-se ilegitimamente da meação do cônjuge, por sua vez alheio às questões patrimoniais do casal por razões próprias da relação, que variam em cada caso.³⁴

Neste viés, os efeitos da assimetria informativa podem afetar o casamento, incentivando a ausência de investimentos na sociedade conjugal:

O modelo de informação simétrica também pode falhar por causa da problemática do risco moral. Pode ser difícil determinar investimentos de cada cônjuge na sociedade conjugal e ressarci-los sobre o seu investimento realizado. Assim, existem incentivos para investir em menos do que a quantidade ideal de específico capital conjugal. Esses incentivos podem

³³ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Lisboa: Almedina, 2007. p. 288.

³⁴ Sobre o tema, vide: GOMES FERREIRA, Cristiana Sanchez. A desconsideração da personalidade jurídica na partilha de bens conjugais sob o viés da Law and Economics. In *O Direito do lado esquerdo do peito – ensaios sobre direito de família e sucessões*. DA ROSA, Conrado Paulino; THOMÉ, Liane Busnello. (Coord.). Porto Alegre: Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM/RS), 2014, p. 223-236.

ser afetados pelas restrições impostas por diferentes da lei do divórcio.³⁵ [Tradução nossa].

Vejamos, assim, que a teoria da assimetria informativa bem esclarece problemáticas comuns passíveis de exsurgirem na constância das núpcias, sendo sua aplicabilidade um essencial instrumento para a compreensão dos fenômenos que comumente constituem-se em um verdadeiro custo à manutenção do contrato matrimonial.

Para Cooter e Ulen, “ao negociar com as outras, as pessoas frequentemente chegam a um acordo a respeito das condições para sua interação e cooperação”, sendo que em algumas ocasiões, contudo, tais condições (para cooperação e interação) são impostas por variáveis exógenas, como a legislação.³⁶

Partindo-se de tal concepção, com efeito que as condições ajustadas pelas partes em um acordo poderão ser muito mais eficientes do que as que o legislador impõe, sendo a lei indesejada e mesmo inútil quando as negociações forem exitosas. Nesse sentido, “as circunstâncias especiais que definem os limites do direito são especificadas numa proposição notável chamada de Teorema de Coase”.³⁷

Para uma adequada compreensão do Teorema de Coase³⁸, necessário, primeiramente, a definição do conceito

³⁵ The symmetric information model can also fail because of the moral hazard problem. It can be difficult to determine each spouse's inputs to the marriage and to pay each the full return on his or her investment. Thus there exist incentive to invest in less than the optimal amount of marriage-specific capital. These incentives can be affected by the different constraints imposed by the divorce law. PETERS, Elizabeth. “Marriage and divorce: Informational constraints and private contracting”. In: *The American Economic Review*, v. 76, n. 03, published by American Economic Association, p. 438.

³⁶ COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 99.

³⁷ COOTER, loc. cit.

³⁸ O Teorema de Coase foi publicado por Ronald H. Coase, em seu artigo intitulado “The Problem of Social Cost”, em 1960. Desde então, a literatura apresenta o Teo-

amplo de “custos de transação”. Ditos custos tratam de todos aqueles correspondentes aos três passos de uma transação, quais sejam: i) custos de busca para a realização do negócio jurídico, ii) custos próprios da negociação e iii) custos de cumprimento do que foi negociado.³⁹ Na presente perspectiva, os custos mais expressivos – e que de forma mais acentuada interferem no sucesso ou fracasso da transação – dizem respeito aos custos de negociação, afinal, trata de momento no qual os agentes, geralmente imbuídos de sentimentos de rancor e tristeza em virtude término da relação afetiva, têm de chegar a denominadores comuns relativos à divisão do excedente familiar.

O Teorema de Coase propõe que, na hipótese de as partes virem a negociar entre si de forma exitosa, o resultado eficiente será alcançado, independentemente da regra de direito. Duas noções, correlatas entre si, derivam da presente afirmação: 1) quando os custos de transação são nulos, um uso eficiente dos recursos resulta da negociação privada, independentemente da atribuição jurídica dos direitos de propriedade; e, em contrapartida, 2) quando os custos de transação são suficientemente altos para impedir a negociação, o uso eficiente dos recursos dependerá da maneira como os direitos de propriedade são atribuídos.⁴⁰

Em outras palavras, o que o Teorema de Coase sugere é que, sendo viável às partes chegar um acordo, quando os custos de transação forem baixos, tal ocorrerá independentemente da forma como as regras jurídicas estão estruturadas. Pode-se afirmar que, no âmbito do Direito de Família, os custos de transação serão mais baixos quando os direitos estiverem estruturados de forma clara e simples, não

rema de maneiras distintas, sendo a ora abordada elaborada por Cooter e Ulen na obra em referência,

³⁹ COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 105.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 102-3.

criando o próprio texto legal embaraços à interpretação. Ademais, quanto mais amistosas forem as partes envolvidas, a ponto de estabelecerem um diálogo construtivo, igualmente inferiores serão tais custos transacionais.

Tem-se, assim, que o valor líquido da negociação, a ponto de vir-se a desprezar a aplicação da lei, constitui-se no excedente cooperativo menos os custos de transação. Neste viés, de acordo com Cooter e Ulen:

Outro obstáculo para a negociação é a hostilidade. As partes da disputa podem ter preocupações emocionais que prejudicam um acordo racional, como quando um divórcio é disputado litigiosamente. As pessoas que se odeiam mutuamente muitas vezes discordam a respeito da divisão do excedente cooperativo, embora todos os fatos relevantes sejam de conhecimento público. Uma ilustração: muitas jurisdições têm regras para dividir a propriedade no caso de divórcio que são simples e previsíveis para a maioria dos casamentos sem filhos. Entretanto, uma proporção significativa desses divórcios é litigiosa e não resolvida numa conciliação. Nessas circunstâncias, os advogados podem facilitar as negociações se interpondo entre partes hostis.⁴¹

Desta forma, pode-se concluir que os custos de transação serão mais baixos quanto menor o grau de assimetria informativa entre os consortes, quanto mais claros e simples os direitos em discussão e quanto mais amistosos os divorciandos forem. Ao revés, serão os custos de transação mais altos quanto mais acentuada a assimetria informativa, mais complexa a legislação atinente à matéria e mais beligerantes os ânimos dos contratantes, assumindo-se que sempre há um limiar entre as regiões em que as negociações funcionam e não funcionam, a depender dos custos de transação presentes na hipótese.

Os custos de transação podem ser também endógenos ao ordenamento jurídico, podendo as normas jurídicas, portan-

⁴¹ COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 106.

to, diminuir os obstáculos de uma negociação privada. Assim, sugere o Teorema Normativo de Coase⁴² que uma estruturação clara da lei é capaz de remover os impedimentos aos acordos privados, impondo ao Estado essa tarefa a fim de que se reduzam os custos transacionais, “lubrificando” o intercâmbio entre as informações das partes.⁴³

Um terreno fértil em exemplos trata da fixação de pensão de alimentos entre os cônjuges por parte do Judiciário. O desconhecimento quanto à durabilidade de sua vigência e mesmo em relação à sua definição jurídica pode fazer com que os contratantes incorram em erros de alocação de tempo e tarefas durante o relacionamento, equívocos estes passíveis de serem evitados a partir da redação de textos legais mais claros e concisos.

Nessa perspectiva, uma clara e didática especificação de cada um dos regimes de bens e do alcance do conteúdo do pacto antenupcial muito viria a contribuir para a redução de assimetria informativa entre os divorciandos, já que, enquanto confusas e nebulosas tais disposições legais, não raro um dos contratantes privilegia-se de sua melhor interpretação em detrimento da ignorância do companheiro, o que oportuniza a adoção de práticas oportunistas.

Indo mais além: fosse a elaboração do pacto antenupcial etapa imprescindível do processo de habilitação ao casamento (como condição *sine qua non* à sua celebração), para não mais figurar, no ordenamento jurídico, um “regime legal” de bens (cuja aplicação ocorre diante da inércia do casal na escolha de um regime), ou seja, impondo-se o diálogo prévio dos nubentes acerca do regime a ser eleito, estar-se-ia a incitar a exploração e estudo do alcance do instrumento pactício, fomentando, ao

⁴² “Normativo” porque oferece orientação prescritiva para os legisladores, inspirado em Coase na medida em que o intercâmbio privado, em circunstâncias apropriadas, pode alocar direitos jurídicos eficientemente.

⁴³ COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 111.

fim e ao cabo, uma eventual e futura partilha de bens consentânea às expectativas e interesses do casal.

Pode-se afirmar que a Análise Econômica do Direito sugere a estruturação de textos legais de fácil compreensão pelos leigos, tornando-lhes aptos a, se não compreenderem com exatidão a norma incutida nos dispositivos legais, não incorrer em graves erros de interpretação ou confusões conceituais, o que tende a majorar indesejados custos de transação futuros.

Vejamos, portanto, que a estruturação de leis que integram nas soluções conferidas ao divórcio, bem como sua interpretação e aplicação por parte dos juristas, em muito afeta o comportamento dos agentes. Sua clara e sistematizada formulação capacita as partes a chegarem a um eficiente acordo, quando que, ao contrário, sua nebulosidade, contradição e linguagem exageradamente técnica impõem custos de transação altos o suficiente a ponto de obstar uma solução amigável, fazendo com que os contratantes tenham de submeter o desfecho das decorrências jurídicas da dissolução do contrato ao que a lei disponha e ao que o aplicador repute conveniente no momento oportuno ao julgamento, independentemente do grau de eficiência e forma de alocação das riquezas conjugais no caso concreto.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou abordar o pacto antenupcial no Brasil à luz do Direito e Economia – Law and Economics -, enfrentando as principais contribuições desse ferramental ao estudo do instrumento e sugestões acerca de sua melhor utilização prática.

Analizou-se, inicialmente, o instrumento sob uma perspectiva jurídica, de modo a esclarecer qual o efetivo alcance do pacto antenupcial e requisitos para sua validade e eficácia. Após, citou-se os perfis dos casais que mais frequentemente

aderem ao instrumento, verificando-se, ainda, que sua tímida utilização decorre, principalmente, de dois fatores: i) pouco valor atribuído ao pacto (decorrente da ignorância quanto às suas funcionalidades) e ii) subestimação, pelos agentes, da real probabilidade do divórcio.

No que tange ao seu papel como redutor dos custos de transação, especialmente na fase do divórcio, concluiu-se que uma correta exploração do pacto antenupcial atua como possível remédio ex ante o surgimento da problemática da assimetria informativa entre o casal, mitigando seus efeitos e aproximando-o em relação a suas reais expectativas e temores, o que vem a contribuir na erradicação (ou mitigação) de possíveis fraudes patrimoniais no âmbito conjugal, bem como da discrepância de entendimento quanto ao formato de partilha de bens, pensão de alimentos e aspectos correlatos.

Dessa forma, o instrumento pode ser visto como importante auxiliar à promoção de decisões judiciais mais eficientes, já que embasadas no “estatuto patrimonial” elaborado pelo próprio casal, reduzindo, assim, os custos de transação atrelados à esta etapa.

Para tanto, o estudo do Teorema de Coase ilustrou de forma deveras objetiva o emprego da Law and Economics à presente temática, ilustrando a aplicação de institutos da economia para melhor compreensão e aplicação do Direito de Família.

Sugeriu-se, por fim, que a elaboração do pacto antenupcial passe a ser etapa imprescindível do processo de habilitação ao casamento (como condição sine qua non à sua celebração), para não mais figurar, no ordenamento jurídico, um “regime legal” de bens (ou seja, que se aplique diante da inércia do casal na elaboração de pacto antenupcial), o que, crê-se, contribuirá significativamente à redução dos litígios no âmbito do Direito de Família no Brasil.



REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Lisboa: Almedina, 2007.
- BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Regime de Bens no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007
- CANTWELL, William P. Premarital Contracting: Why and When. *HeinOnline – 8 J. Am. Acad. Matrimonial Law*. 1992, p. 45.
- CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de Bens e Pacto Antenupcial*. São Paulo: Método, 2010
- COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Disposições gerais dos regimes de bens e pacto antenupcial. In: FUJITA, Jorge Shchiguemitsu; SIMAO, José Fernando; ZUCCHI, Maria Cristina (coord.). *Direito de Família no Novo Milênio*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 183-99.
- GOMES FERREIRA, Cristiana Sanchez. A desconsideração da personalidade jurídica na partilha de bens conjugais sob o viés da Law and Economics. In *O Direito do lado esquerdo do peito – ensaios sobre direito de família e sucessões*. DA ROSA, Conrado Paulino; THOMÉ, Liane Busnello. (Coord.). Porto Alegre: Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM/RS), 2014, p. 223-236.
- _____. *Análise Econômica do Divórcio: Contributos da Economia ao Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- HAUPT, Erika L. For Better, For Worse, For Richer, For Poor-

- er: Premarital Agreement Case Studies. *HeinOnline – 37 Real Prop. & Tr. J.*, p 29, 2002-2003.
- MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008
- 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. 2014.
- MARGULIES, Sam. The Psychology of Prenuptial Agreements. *HeinOnline – 31 J. Psychiatry & L.* 2003. p. 415.
- MCKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MOLHO, Ian. *The Economics of Information – Lying and Cheating in Markets and Organizations*. USA: Blackwell Publishers, 1997.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: direito de família*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- PETERS, Elizabeth. “Marriage and divorce: Informational constraints and private contracting”. In: *The American Economic Review*, v. 76, n. 03, published by American Economic Association, p. 438.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito de família*. 28. ed. rev. atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004.
- 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. 2014.
- ZUCCHI, Maria Cristina (coord.). *Direito de Família no Novo Milênio*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 193.