

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

Cristiana Sanchez Gomes-Ferreira

Mestre em Direito Civil pela UFRGS; advogada, com atuação exclusiva em Direito de Família e Sucessões – cristiana@garrastazu.com.br

César Viterbo Matos Santolim

Mestre e doutor em Direito (UFRGS). Auditor, substituto de Conselheiro do TCE/RS. Professor da Faculdade de Direito da UFRGS – santolim@terra.com.br

Giácomo Balbinotto

Doutor em Economia pela Universidade de São Paulo (USP). Professor do Programa de Pós-Graduação em Economia (PPGE) – giacomo.balbinotto@ufrgs.br

Resumo

A família, sob o aspecto instrumental, é o ambiente que propicia o desenvolvimento e a 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 humano,¹ resultando o matrimônio, por fim, 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 estão inseridos. No presente estudo são analisados o processo de funcionamento do denominado “mercado de casamento”, a Teoria da Sinalização – como ferramenta a se compreender o fenômeno de escolha dos parceiros e do regime de bens –, e, finalmente, uma abordagem da escolha dos regimes matrimoniais sob a perspectiva da Law and Economics.

Palavras-Chave

Análise econômica do Direito. Mercado de casamento. Teoria da sinalização. Regimes de bens.

¹ McKenzie, Richard B.; Tullock, Gordon. La Nueva Frontera de La Economia. 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 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. Signaling theory. Property regimes.

Sumário

1. Introdução 2. Existência e Operacionalização do Mercado Matrimonial. 3. A Teoria da Sinalização e o Mercado Matrimonial. 4. A Escolha do Regime de Bens Sob a Ótica da Law and Economics. 5. Conclusão. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O 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, se possa aplicar a Teoria da Sinalização à escolha do parceiro conjugal e do regime de bens a incidir na sociedade conjugal, tudo sob a concepção da Análise Econômica do Direito (Law and Economics).

Até pouco tempo atrás, de acordo com Cooter e Ulen, “o direito restringia o uso da economia às áreas das leis antitruste, dos setores regulamentados, dos impostos e da determinação das indenizações monetárias”.² Hoje, verifica-se uma verdadeira alteração de paradigma, notadamente a partir do início da década de 60 do século 20, com a expansão da Análise Econômica do Direito tanto a áreas mais tradicionais (tais como propriedade, contratos e direito constitucional) quanto, paulatinamente, a áreas não tão usuais em um primeiro momento, como no auxílio à explicação da escolha do indivíduo em casar-se e divorciar-se.

Conforme Ivo Gico Jr., “a abordagem econômica serve para compreender toda e qualquer decisão individual ou coletiva que verse sobre recursos escassos, seja ela tomada no âmbito do mercado ou não”.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 e sofisticar as normas jurídicas, provendo uma explicação científica às consequências na incidência normativa do comportamento dos agentes racionais.

² Cooter, Robert; Ulen, Thomas. Direito e economia. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 23.

³ Gico Junior, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: Timm, Luciano Benetti (Org.). Direito e economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2012. p. 13.

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 a sua alteração tratam de escolhas racionais tomadas pelos indivíduos, que buscam, assim, maximizar sua utilidade a partir do enlace conjugal, muito tem a Law and Economics a contribuir no presente contexto.

2 EXISTÊNCIA E OPERACIONALIZAÇÃO DO MERCADO MATRIMONIAL

Foi no início dos anos 70, tendo como precursor o economista Gary Becker, que se passou a analisar a família, sob a perspectiva econômica, como mais uma ferramenta aplicável à análise de seu processo de formação e dissolução. Becker⁵ afirma que a teoria econômica deve contemplar o estudo de todo comportamento humano direcionado à obtenção de recursos escassos, não se cingindo, unicamente, a aspectos de natureza monetária. Segundo ele, a aplicação da teoria econômica ao casamento e ao divórcio contribui para a explicação de fenômenos, tais como taxas de nascimento e de crescimento populacional, participação das mulheres no mercado de trabalho, diferença de salários entre consortes e companheiros, análise de rendimentos da população, dentre demais questões afetas ao desenvolvimento piramidal e estrutural de uma sociedade.⁵

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,

⁴ Friedman, David D. Price Theory. Chicago: South-Western Publishing Co., 1986. p. 2.

⁵ Ibidem, p. 205.

para tanto, as restrições inerentes ao mercado matrimonial. Ademais, a análise econômica da família parte também da premissa de que as preferências dos indivíduos raramente alteram-se em curto período de tempo, caracterizando-se o mercado matrimonial como relativamente equilibrado no que tange às preferências nele manifestadas, o que vem, assim, a facilitar seu estudo sob o enfoque econômico.⁶

A primeira das premissas supra justifica, por exemplo, o porquê da preferência, por parte de alguns, em jamais se casar.⁷ 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 espécies de custos a serem arcados pelos indivíduos neste

⁶ Ibidem, p. 206.

⁷ Destaca-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.

contexto específico: 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).[□]

Os custos relativos às tomadas 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.⁸

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

⁸ Balbinotto Neto, Giacomo. 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.

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.⁹

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. Pode-se afirmar, portanto, 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.⁹

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-los¹⁰ [Tradução nossa].

⁹ Becker, Gary Stanley. *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: The University Of Chicago, 1976. p. 207-208.

¹⁰ The obvious explanation for marriages between man and woman lies in the desire to raise own children and the physical and emotional attraction between sexes. Nothing distinguishes married households more from single households or from those with several members of the same sex than the presence, even indirectly, of children. Sexual gratification, cleaning, feeding, and other services can be purchased, but not own children: both the man and woman are required to produce their own children and perhaps to raise them. Becker, Gary Stanley. *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: The University Of Chicago, 1976. p. 210

No Brasil, dados estatísticos apurados pelo Censo 2010, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), revelam significativa queda de fecundidade. Enquanto no ano 2000 o número médio de filhos nascidos vivos por mulher ao final de seu período fértil era equivalente a 2,38 filhos, no ano 2010 o número apurado foi 1,86 filhos, abaixo da taxa de reposição da população, que é de 2,1 – o que acelera o envelhecimento médio dos brasileiros.¹¹

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

Giácomo Balbinotto Neto explica que, enquanto a produção de mercado é o tempo gasto no mercado de trabalho, ganhando-se um salário que pode ser usado na compra de bens de mercado (como um almoço no restaurante), a produção doméstica (Home Production) do tempo gasto em casa é 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.¹²

Com efeito, a divisão ótima de tarefas é mais complexa na família atual, na qual a mulher passou a integrar o mercado laboral e a assumir tarefas outrora atribuídas exclusivamente aos homens. A despeito de tais mudanças, todavia, a dinâmica prevalece a mesma: as mulheres são mais devotas ao lar do que os homens devido à existente discriminação por

¹¹ Informações disponíveis em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2125&id_pagina=1>. Acesso em: 7 nov. 2012.

¹² Balbinotto Neto, Giácomo. Notas de aula. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/eco02268/funcao-producao-familiar.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2013.

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.¹³

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

3 A TEORIA DA SINALIZAÇÃO E O MERCADO MATRIMONIAL

A procura pelo cônjuge no mercado de casamento reveste-se de características econômicas, haja vista demandar a utilização de determinados recursos para obtenção de informações sobre o provável parceiro.□ Muitas são, portanto, as contribuições da ciência econômica para uma apurada análise do processo de formação da sociedade conjugal.

Michael Spence¹⁴ 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” (por exemplo, nível de instrução ou educação visado),

¹³ Posner, Richard. *Economic Analysis of Law*. 17th edition. New York: Aspen Pub, 2007. p.144.

¹⁴ 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

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 outras são manipuláveis pelos indivíduos – como educação, currículo, apresentação –, atribuindo às primeiras a nomenclatura de índices e, às segundas, a de sinais.¹⁵

Para a teoria econômica, a análise da sinalização é de maior relevância, uma vez 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, posto 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 investir em tais espécies de sinais como um verdadeiro ciclo.□

A escolha, por parte dos indivíduos, dos adequados sinais a serem emitidos, resulta 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, ilustra 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 ofertas de emprego bem pagas? A resposta a esta pergunta, e a razão pela qual a educação como um sinal

¹⁵ Spence, Michael. Job Market Signaling. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 87, Issue 3, p. 357, ago. 1973.

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 mercado¹⁶ [Tradução nossa].

Vejamos, assim, que, sob a ótica da Análise Econômica do Direito, o processo de escolha do parceiro adequado não é aleatório, mas sim ancorado na interpretação de sinais emitidos pelas partes com um mesmo objetivo, qual seja: maximização de sua utilidade e renda. Os custos de sinalização, neste âmbito, 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 não 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.¹⁷

¹⁶ Why don't all the job applicants invest in education to the level required in order to get well paid job offers? The answer to this question, and the reason why education signal might “work”, lies in the premise that there are costs involved in signaling which are greater for the low ability applicants. (This might be because it is harder in some sense for low ability people to “make the grade” in education, for example). As a result, low ability applicants may be deterred from investing in education (). The presence of differences in signaling costs for workers of different quality makes the signal of “education” potentially credible. Thus signaling behavior may serve to generate information for employers as an endogenous market process. Molho, Ian. *The Economics of Information – Lying and Cheating in Markets and Organizations*. USA: Blackwell Publishers, 1997. p. 63.

¹⁷ Becker, Gary Stanley. *Tratado Sobre La Familia*. Madrid: Alianza, 1987. p. 287.

O economista Pery Shikida desenvolveu estudo de caráter eminentemente exploratório, alicerçado em informações fornecidas por anúncios feitos no Jornal Folha de São Paulo (intitulados “homem procura mulher” e “mulher procura homem”) no período compreendido entre 5/1/1997 e 30/3/1997. O trabalho aponta ser maior o anseio masculino em informar a sua provável parceira sua formação profissional e situação financeira, ainda que a mulher, mais que o homem, demanda do provável parceiro situações profissional e financeira definidas. Concernentemente à faixa etária, cor da pele e estado civil, evidenciou-se que as mulheres geralmente preferem homem de idade igual ou superior a sua, enquanto os homens, na maioria das vezes, preferem mulheres mais novas. Também, 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.¹⁸

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 quanto 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 capa-

¹⁸ 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.

cidade 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 procura do parceiro conjugal.¹⁹

De acordo com Fernando Araújo:

(...) o processo de recolha da informação prévia à celebração do contrato é complexo mas da maior relevância, sendo que muita da assimetria informativa que se verifica no contrato pode ser o resultado de decisões tomadas no momento da recolha de informação, decisões de inacabamento desse processo – ainda que, no caso do contrato, esse inacabamento informativo, quando detectado pela parte fragilizada por ele, possa ser remediado pela abertura à renegociação, ou até mais singelamente possa ser mitigado pela obtenção de informação suplementar.²⁰

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

O contrato matrimonial, em si, também funciona como um sinalizador em muitos aspectos. A começar, trata de natural indicador de comprometimento e de desejo de manutenção de uma consistente relação. A pessoa casada sinaliza para a sociedade estar sexualmente indisponível e afetivamente bem-resolvida. Segundo Robert Rowthorn, o cônjuge sinaliza à comunidade seu estado positivo de saúde, confiabilidade, estabilidade emocional e ambição, o que lhe gera benefícios exteriores nos âmbitos laboral, familiar e social.²¹

¹⁹ Posner, Richard. *Economic Analysis of Law*. 17th edition. New York: Aspen Pub, 2007. p.147.

²⁰ Araújo, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Lisboa: Almedina, 2007. p. 282.

²¹ Rowthorn, Robert. *Marriage as a signal*. In: Dnes, Antony W.; Wowthorn, Robert (Edit.). *The Law and Economics of Marriage and Divorce*. Cambridge: Cambridge Press, 2002. p. 132-157.

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

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

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

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

juntos, 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.²²

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.²³

Para Margulies – mediador especializado em divórcio dos Estados Unidos –, dentre os grandes percalços enfrentados pelas partes no momento da escolha do regime encontram-se as proposições emocionais que este propaga em um relacionamento afetivo, passíveis de afetar o matrimônio de forma a impedi-lo de ser concretizado. Para ilustrar suas convicções, o especialista narra um caso do qual participou, quando, enquanto o advogado do noivo sugeria ao casal cláusulas que protegessem meticulosamente todos os interesses do varão, a noiva via a relação deteriorar-se ante a vulnerabilidade emocional que lhe tomava conta, sentindo-se desprotegida e injustiçada. No caso em questão, as cláusulas formuladas pelo varão (tais como a que impunha a separação total dos bens adquiridos no curso conjugal e a que manifesta a renúncia do cônjuge mulher 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.²⁴

²² 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.

²³ Margulies, Sam. The Psychology of Prenuptial Agreements. HeinOnline – 31 J. Psychiatry & L. 2003. p. 415.

²⁴ Margulies, loc. cit.

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.

É irrefutável que as tratativas negociais de natureza patrimonial que antecedem o matrimônio propiciam compreensões recíprocas às partes quanto à personalidade e expectativas dos companheiros. Assim, enquanto a Psicologia atrela-se aos sentimentos despertados nas partes a partir da discussão quanto 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 regime de bens, provendo explicação lógica às principais hipóteses e perfis de nubentes que optam por lançar mão do pacto antenupcial (ou seja, no Brasil, de todo e qualquer regime distinto do da comunhão parcial de bens).

A despeito de fato que, em alguns casos, tal espécie de contrato possa sinalizar inseguranças ou desconfianças imbuídas na relação – vindo, muitas vezes, a fazê-la fenecer –, os aspectos positivos predominam, uma vez 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.²⁵

A opinião do parceiro quanto ao adequado regime de bens é capaz, portanto, de atuar como um efetivo emissor de “sinais” quanto a traços do companheiro, outrora ocultos. Desta forma, pode-se inferir que atua o contrato

²⁵ 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: 9 mar. 2012.

antenupcial como uma espécie de redutor de custos de informação, haja vista que antecipa reações e revelações de dados que possivelmente somente seriam aventados no momento do divórcio.

Para Michael Sion, 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”.²⁶ Atentemos que, no Brasil, toda e qualquer tomada de decisão por alteração do regime de bens matrimoniais 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 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

²⁶ 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: 9 mar. 2012.

mesmo com o potencial de acumulação de dívidas por parte do parceiro, e que buscam proteção contratual para que estas não se comuniquem na ocorrência de divórcio.²⁷

Verifica-se que, no Brasil, as soluções cabíveis às hipóteses anteriores seriam (a título de mera sugestão) a estipulação do regime de separação de bens aos casais “profissionais” e àqueles detidos na preocupação quanto aos débitos do consorte. No que diz respeito 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. Relativamente aos casais mais velhos e com filhos já independentes financeiramente, a autora reputa ser mais comum a eleição de um regime em que, na ocorrência de divórcio, nada se comunique, porém o oposto ocorrendo se, casados, um venha a falecer, quando então herdará os bens do consorte. Ainda, para casais em segundas núpcias e com filhos ainda menores e dependentes, considera adequada uma escolha que lhes assegure não estarem incorrendo nos mesmos erros do primeiro matrimônio, de modo que – sinteticamente – a comunicabilidade patrimonial ou mesmo a obrigatoriedade de prestação de alimentos majore-se gradativamente a cada ano de sucesso da relação, alterando-se o regime com o passar do tempo.²⁸

No Brasil, o primeiro caso seria hipótese de eleição de regime de separação convencional de bens, mesmo que as partes tenham mais 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)

²⁷ 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.

²⁸ 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.

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 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 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 empate²⁹ [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. E é comum que neste cenário os parentes do nubente com maior

²⁹ 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.

patrimônio familiar sugeriram 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 creem na durabilidade da relação, fazendo com que o emocional sobreponha-se à razão no momento da eleição do regime. Ocorre que isto pode 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 nubentes, mais fácil será prever quais as cláusulas a serem formuladas em tal contrato, quando uma delas assume posição de “poder” e a outra de “vulnerabilidade”. E o oposto também é verdade, uma vez que, quanto mais equiparada a renda dos nubentes, maior o rol de alternativas a serem cogitadas no momento do acordo.³⁰

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 as suas funcionalidades) e subestimação, pelos agentes, da real probabilidade do divórcio.³¹

Por outro lado, custos de informação relativos ao amplo rol de possibilidades de conteúdo a ser inserido no pacto antenupcial – associados a sua pouca divulgação na sociedade – muitas vezes frustram sua confecção. A fim de obter-se correto conhecimento jurídico-legal, consultas com advogados

³⁰ Cantwell, William P. Premarital Contracting: Why and When. HeinOnline – 8 J. Am. Acad. Matrimonial Law. 1992, p. 45.

³¹ 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.

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 proscreve a curiosidade pelo conhecimento da relevância jurídica do instrumento, vindo a perpetuar a ignorância quanto a sua eficácia e possíveis benefícios.³²

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 falta de confiança na relação, ou seja, ao aumento das chances do divórcio e contrário à comunhão de vidas que deve permear uma sociedade conjugal. Já os sinais de “segunda-ordem” referem-se aos próprios termos do acordo, quando um dos nubentes, observando as proposições do companheiro, reforça a crença nos sinais de primeira-ordem.³³

Do ora exposto, infere-se que, a despeito da constatada existência de determinados perfis de casais que cada vez 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 indivíduos quanto às reais chances de o divórcio vir a ocorrer e a ausência de conhecimento quanto aos vastos benefícios oriundos do instrumento – quando manejados

³² Mahar, loc. cit.

³³ Mahar, loc. cit.

adequadamente pelas partes, preferencialmente assessoradas por profissionais conhecedores do tema – redundam em sua pouca incidência prática no Brasil e no mundo.

5 CONCLUSÃO

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

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

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

Do mesmo modo, 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 predeter-

minado 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.

6 REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fernando. Teoria econômica do contrato. Lisboa: Almedina, 2007. 1.340 p.

BALNINOTTO NETO, Giacomo. 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.

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.

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. 1-33.

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. London: Sweet & Maxwell, 2001.

McKENZIE, Richard B.; TULLOCK, Gordon. La Nueva Frontera de la Economía. 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: Aspen Pub, 2007, 787 p. -

ROWTHORN, Robert. Marriage as a signal. In: DNES, Antony W.; WOWTHORN, Robert (Edit.). The law and Economics of Marriage and Divorce. Cambridge: Cambridge Press, 2002. p. 132-157.

SHIKIDA, P. F. 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: 9 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. 355-374, ago. 1973.

Recebido em: 1/7/2013

Aceito em: 29/7/2013