

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
MESTRADO EM DIREITO

CRISTIANA SANCHEZ GOMES FERREIRA

**ANÁLISES JURÍDICA E ECONÔMICA DO CASAMENTO
E DE SEUS ASPECTOS PATRIMONIAIS**

Porto Alegre
2013

CRISTIANA SANCHEZ GOMES FERREIRA

**ANÁLISES JURÍDICA E ECONÔMICA DO CASAMENTO
E DE SEUS ASPECTOS PATRIMONIAIS**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de mestre pelo programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Orientador: Prof. Dr. César Viterbo Matos Santolim

Co-Orientador: Prof. Dr. Giácomo Balbinotto Neto

Porto Alegre
2013

CRISTIANA SANCHEZ GOMES FERREIRA

**ANÁLISES JURÍDICA E ECONÔMICA DO CASAMENTO
E DE SEUS ASPECTOS PATRIMONIAIS**

Dissertação apresentada como requisito
para obtenção do título de mestre pelo
programa de Pós-Graduação em Direito
da Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Cesar Viterbo Matos Santolim

Prof. Dr. Giacomo Balbinotto Neto

Prof.(a). Dr.

Prof.(a). Dr.

Prof.(a). Dr.

Porto Alegre
2013

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Cesar Viterbo Matos Santolim, pela confiança que depositou em mim, por seus irreparáveis ensinamentos e por todas as oportunidades que me foram dadas na constância da orientação deste estudo. Foi-me um brilhante orientador, por quem terei eterna gratidão e apreço.

Ao Professor Doutor Giácomo Balbinotto, por todo o estímulo e credibilidade ofertados na realização desta pesquisa, por seu acervo bibliográfico que colocou à minha disposição e por sempre ter estado presente ao longo desta jornada.

Ao querido Professor Rolf Madaleno, em cujo escritório, na condição de estagiária, despertei minha paixão pelo Direito de Família e Sucessões.

Ao Professor Doutor Fernando Araújo, pela acolhida e pelo aprendizado oferecido em Lisboa.

A meus pais, quem tenho como meus juristas de maior exemplo, por sempre terem me feito acreditar em meus sonhos e na carreira que venho construindo, e por sempre me apoiarem em toda e qualquer decisão tomada. Obrigada por serem exatamente como são!

A meus irmãos, Mariana e Ramiro, por estarem sempre a meu lado.

A meu namorado, Francisco, por ter se demonstrado um companheiro com quem sempre pude contar.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, por toda a dedicação e apoio.

A todos estes, o meu muito obrigada!

RESUMO

A presente dissertação visa a promover uma análise jurídica e econômica do contrato matrimonial e de seus aspectos patrimoniais. Tem como objetivo, mais do que isto, esclarecer quais os benefícios da Análise Econômica do Direito na explicação da formação, vigência e dissolução do contrato de casamento. Para tanto, primeiramente abordar-se-á o vínculo conjugal sob uma perspectiva exclusivamente jurídica, enfatizando, ainda, os principais contratos passíveis de serem celebrados entre os consortes e a forma como o Judiciário brasileiro atribui-lhes soluções no advento da dissolução conjugal. Em um segundo momento, a finalidade será averiguar como a Análise Econômica do Direito atua no presente contexto, com ênfase nas teorias da Sinalização e da Assimetria Informativa, buscando-se, desta forma, uma correlação interdisciplinar que gere unidade ao trabalho. Por fim, serão mencionados os principais benefícios atribuídos à aplicação do ferramental da análise econômica na seara jusfamilista.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito. Contratos. Casamento. Patrimônio. Regimes de Bens.

ABSTRACT

This dissertation aims to promote an economic and legal analysis of the marriage contract and its property aspects. Aims, more than that, to clarify the benefits of Economic Analysis of Law in the explanation of the formation, duration and dissolution of the marriage contract. Therefore, firstly, the focus will be on the marital bond under a purely legal perspective, emphasizing, also, in the main contracts that can be concluded between the consorts and how the Brazilian Judiciary gives them the solutions in the advent of marital dissolution. In a second step, the purpose is to verify how the Economic Analysis of Law operates in the present context, with emphasis on the Signaling and Asymmetric Information theories, trying to make an interdisciplinary correlation which gives the work an unified view. Finally, there will be mentioned the main benefits attributed to the application of the tools of economic analysis in this Family Law context.

Key-Words: Law and Economics. Contracts. Marriage. Property. Property Regimes.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----|
| 1 INTRODUÇÃO | 7 |
| 2 O MATRIMÔNIO E AS DECORRÊNCIAS JURÍDICAS DE SUA DISSOLUÇÃO | 12 |
| 2.1 O VÍNCULO CONJUGAL SOB SUA ACEPTÃO JURÍDICA | 12 |
| 2.1.1 O Contrato Matrimonial..... | 12 |
| 2.1.2 Do Pacto Antenupcial e dos Regimes de Bens | 25 |
| 2.1.3 Contratos Tipicamente Celebrados pelos Cônjuges Na Constância Matrimonial | 47 |
| 2.2 A DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO E OS REFLEXOS SÓCIO-ECONÔMICOS | 60 |
| 2.2.1 Formas de Dissolução da Sociedade e do Vínculo Conjugal..... | 61 |
| 2.2.2 Dos Alimentos entre os Cônjuges | 79 |
| 2.2.3 Das Soluções Jurídicas Patrimoniais e Contratuais | 95 |
| 3 ANÁLISE ECONÔMICA DO VÍNCULO CONJUGAL | 109 |
| 3.1 TEORIA ECONÔMICA DO CASAMENTO E DA ESCOLHA DO REGIME DE BENS..... | 109 |
| 3.1.1 Existência e Operacionalização do Mercado Matrimonial | 110 |
| 3.1.2 Uma Análise Econômica do Casamento como Contrato..... | 115 |
| 3.1.3 A Teoria da Sinalização e o Mercado Matrimonial..... | 121 |
| 3.1.4 A Escolha do Regime de Bens sob a Ótica da <i>Law and Economics</i> | 126 |
| 3.2 ANÁLISE ECONÔMICA DA DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL | 133 |
| 3.2.1 Considerações Acerca da Assimetria Informativa no Contrato Matrimonial: seleção adversa e <i>moral hazard</i> | 134 |
| 3.2.2 O Divórcio como Escolha: dialética entre custos e benefícios..... | 138 |
| 3.2.3 A Aplicabilidade do Teorema de Coase na Dissolução do Casamento... | 142 |
| 4 SÍNTESE CONCLUSIVA | 150 |
| REFERÊNCIAS | 155 |

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é promover uma análise jurídica e econômica do casamento como um contrato, bem como de seus principais aspectos patrimoniais, muito embora a classificação de sua natureza jurídica seja controversa na doutrina. Desta forma, primeiramente caberá a análise do matrimônio sob o ponto de vista jurídico, ressaltando-se seus principais efeitos de ordem patrimonial na vida dos consortes, de terceiros e da sociedade em geral. Após, a partir de tal compreensão, objetivar-se-á estudá-lo sob a concepção da Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*), sempre com foco, sobretudo, nos elementos patrimoniais do casamento.

A despeito de o enfoque residir na análise do contrato matrimonial, não intenta o presente estudo deixar de abordar temáticas envolventes da união estável, que inclusive se constitui, atualmente, na prevalecente forma de origem familiar na sociedade brasileira, dados estes que serão objeto de uma análise oportuna.

No que se refere à delimitação temática, o enfoque principal será a abordagem dos aspectos patrimoniais, mormente aqueles que sobrevêm a partir da dissolução do contrato de casamento. Refira-se, outrossim, que os exemplos ilustrativos – relativos à jurisprudência e a normas jurídicas – serão, em sua ampla maioria, pertinentes ao direito brasileiro, não se tendo a pretensão de utilizar-se recursos de direito comparado.

As perguntas a que se buscará responder serão, basicamente, as seguintes: a partir da classificação do casamento como um contrato, quais são seus principais efeitos de ordem patrimonial na vida dos indivíduos? Ainda, quais os efetivos benefícios da aplicabilidade da abordagem juseconômica na explicação da formação, consolidação e dissolução do contrato matrimonial?

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

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

Parte tal Ciência da premissa de que os indivíduos buscam seus objetivos a partir da escolha de determinadas formas de atuação, fenômeno nominado de "racionalidade".³ Desta forma, e considerando que o casamento e o divórcio resultam 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 para a explicação não apenas da formação do contrato de casamento, como também no que diz respeito à escolha dos parceiros conjugais no mercado matrimonial, do regime de bens a incidir, do divórcio como solução e de demais temáticas a serem ora abordadas.

Ora, irretorquível que o afeto é o elemento que principalmente norteia, atualmente, os tribunais brasileiros na busca de soluções concretas às questões ligadas ao Direito de Família. Todavia, não se verifica prejuízo algum - ou qualquer

¹ COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 23.

² GICO JUNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 13.

³ FRIEDMAN, David D. **Price Theory**. Chicago: South-Western Publishing Co. 1986. p. 02.

tipo de dissenso a esta positiva evolução jurídica de abrangência nacional – a concessão de um viés objetivo e pragmático à interpretação dos processos de formação e de dissolução das núpcias. Cabe frisar, portanto, que, tendo-se hoje o afeto como um valor axiológico do Direito de Família brasileiro, tal circunstância não elimina a possibilidade de uma visão mais ampla de todos os aspectos por ele gerenciados, ancorada a presente proposta na interdisciplinaridade das ciências jurídica e econômica como método que visa a obter explicações de cunho pragmático a fenômenos tutelados por esta específica área do Direito.

A justificativa do trabalho reside, pois, no aprofundamento do estudo do casamento como um contrato a partir da utilização do ferramental teórico da Análise Econômica do Direito, muito embora se reconheça que tal somente seja possível, em sua plenitude, quando aliadamente a outras ciências, tais como, por exemplo, a sociologia, antropologia e a psicologia. Ainda, verifica-se a relevância do tema no fato de ser tratar o matrimônio de uma espécie de contrato extremamente presente no dia-a-dia da sociedade, e em todas suas camadas sociais.⁴

Partindo-se de tal premissa, caberá uma análise dos contratos tipicamente celebrados entre os cônjuges no seio da relação conjugal, para que, após, possa-se abordar as soluções jurídicas patrimoniais e contratuais concebidas a tais negócios jurídicos quando da dissolução do contrato de casamento, com alicerce nas decisões jurisprudenciais de alguns dos tribunais brasileiros.

Frise-se, contudo, que, em tal contexto, será priorizado o estudo do pacto antenupcial, reputado como o estatuto patrimonial do casamento. Tal classificação se deve à inexistência de matrimônio despido de ao menos certa

⁴ De acordo com informações constantes do site do IBGE, no Brasil, em 2011 foram registrados 1.026.736 casamentos, 5,0% a mais que no ano anterior. Deste total, 1.025.615 foram de cônjuges de 15 anos ou mais. Isso fez com que a taxa nupcialidade se elevasse em relação a 2010 (6,6%), atingindo quase 7,0 casamentos para mil habitantes de 15 anos ou mais. As taxas mais elevadas ocorreram em Rondônia (10,0%), Distrito Federal (9,0%), Espírito Santo (8,6%) e Goiás (8,6%). As menores foram no Amapá, (3,9%) e Rio Grande do Sul (4,7%). BRASIL. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2294&id_pagina=1>. Acesso em: 20 dez. 2012.

potencialidade de projetar efeitos patrimoniais.⁵ Desta forma, serão também analisados os regimes de bens reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O intuito do terceiro capítulo da obra será estudar, de forma correlata, na medida do possível, os mesmos institutos abordados no segundo capítulo, porém sob a concepção da Análise Econômica do Direito. Em realidade, ver-se-á que a temática é a mesma, sendo necessária sua segmentação unicamente a fim de delimitar as duas distintas perspectivas analíticas acerca do casamento e do divórcio e de suas decorrências contratuais e patrimoniais, quais sejam: a jurídica e da Análise Econômica do Direito.

A título de metodologia, serão utilizados os métodos dialético e dedutivo, ao longo do trabalho. Dialético porque serão confrontadas ideias diversas para que se chegue à conclusão considerada mais assertiva acerca dos temas a serem desenvolvidos. Notória sua utilização no presente estudo, tendo em vista a interdisciplinaridade em questão, que depende de diálogo entre as ciências do Direito e da Economia.

O método dedutivo, por sua vez, será amplamente utilizado, posto que se partirá de premissas genéricas para que se alcance pontos determinados. Perceptível tal método especialmente no terceiro capítulo, quando o estudo da Análise Econômica do Direito será interpretado de forma circunscrita ao contrato de casamento e de seus desdobramentos patrimoniais.

A presente dissertação será dividida em dois capítulos (além da introdução e da síntese conclusiva), cada qual composto por duas seções. Promover-se-á uma inter-relação que busca dar unidade ao trabalho, muito embora cada capítulo aparente tratar de temáticas distintas. No segundo, abordar-se-á o casamento sob uma perspectiva substancialmente jurídica, mediante a análise do matrimônio como um contrato que irradia efeitos de natureza pessoal, social e patrimonial na vida dos

⁵ 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.

consortes, de terceiros (direta ou indiretamente) e da sociedade em geral. No terceiro, será o matrimônio analisado sob a perspectiva da *Law and Economics*, tendo em vista as possíveis e significativas contribuições da Economia para a explicação dos principais fenômenos presentes na relação nupcial.

2 O MATRIMÔNIO E AS DECORRÊNCIAS JURÍDICAS DE SUA DISSOLUÇÃO

A proposta do segundo capítulo é estudar o liame conjugal sob uma perspectiva estritamente jurídica, mediante abordagem dos processos de celebração, vigência e dissolução do casamento. Como delimitação do tema, optou-se por enfatizar os efeitos patrimoniais e econômicos do casamento, reconhecendo-se, todavia, a existência de efeitos de cunho pessoal e social, os quais não serão objeto direto do presente estudo.

2.1 O VÍNCULO CONJUGAL SOB SUA ACEPÇÃO JURÍDICA

Como ponto de partida, tenciona a presente seção abordar o enlace conjugal sob suas acepções contratual e jurídica. Aprioristicamente, serão apresentadas distintas possibilidades sob as quais pode o enlace conjugal ser classificado, a concluir-se pela prevalência de sua natureza contratual. Assim sendo, abordar-se-á o casamento segundo a dogmática contratual, classificando-o de acordo com seus elementos e características peculiares. Tendo-se o casamento como o contrato principal, será relevante o estudo do pacto antenupcial e dos regimes de bens vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, para que se possa, posteriormente, compreender algumas das soluções prático-jurídicas atribuídas às problemáticas de natureza econômica e patrimonial. Por fim, tratar-se-á dos principais contratos passíveis de serem celebrados entre os cônjuges, tanto entre si como com relação a terceiros, no curso da sociedade conjugal.

2.1.1 O Contrato Matrimonial

O casamento, em sua atual concepção, é fruto de um gradual processo de organização institucional da sociedade. Sua origem remonta aos primórdios da humanidade, quando o homem, norteador por seus mais elementares, agia conforme sua atração sexual e concupiscência inata.⁶

⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 17.

Constitui-se o matrimônio em uma das espécies de formação da entidade familiar. Características próprias e particulares dos existentes arranjos familiares definem a cultura e organização de uma ampla comunidade. Todavia, o inverso também é verdadeiro, já que, afinal, a escolha dos parceiros dependerá da compatibilidade entre seus cultos religiosos, políticos e econômicos, oriundos da própria filosofia inserta e prevaemente em uma sociedade.⁷

O conceito de casamento não é (e jamais será) imutável no tempo, ajustando-se aos anseios e filosofia da sociedade. Entrementes, sua relevância é “estanque” no âmbito temporal, já que é um dos pontos de partida do qual irradiam os mais basilares direitos e deveres de uma família, demarcando de forma nítida sua constituição jurídica, a despeito do reconhecimento jurídico, hoje, de distintas espécies de arranjos familiares.

Foi a Constituição Federal brasileira de 1988 que principiou o processo de dissociação da idéia de família como aquela originada tão-somente no matrimônio, edificada como monogâmica, parental, patriarcal e patrimonial.⁸ Para Rolf Madaleno:

A nova família foi desencarnada do seu precedente elemento biológico para ceder lugar aos vínculos psicológicos do afeto, consciente a sociedade que, na formação da pessoa humana, os valores como a educação, o afeto e a comunicação contígua guardam muito mais importância do que o elo de continuidade.⁹

Não há dúvidas, na atualidade, de que o afeto é o principal elemento a justificar a formação de um núcleo familiar, assim juridicamente reconhecido. Neste novo arquétipo, redesenha-se a família como o conjunto de seres interligados pelo bem-querer e pelo sentimento de identidade que substancialmente os une.

Dentre os arranjos familiares hoje já aceitos juridicamente e abordados pela doutrina, alguns requerem especial atenção. A começar pelas famílias informais, construídas por indivíduos que, despidos de vínculo matrimonial, unem-se afetiva e fisicamente, como se casados fossem. O Código Civil de 1916 não reconhecia

⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 18.

⁸ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 5.

⁹ *Ibidem*, p. 6.

qualquer entidade familiar que não formada pelos *laços sagrados* do matrimônio. Aliás, recebiam a roupagem de “concubinas” as uniões não matrimonializadas, estigmatizadas pelo legislador como inexistentes.¹⁰

Paulatinamente, acompanhando a evolução dos costumes e disseminação de novos ideais, passou-se a reconhecer as uniões formadas informalmente, sendo-lhes concedida a nomenclatura de “união estável”. Coube à Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, caput¹¹, proteger a entidade familiar assim formada, abdicando da referência ao casamento como única fonte originária de uma verdadeira família. Desde o século XX que esta visão estava fadada a evoluir, tendo-se em vista a longevidade da população, a emancipação feminina, perda da força do cristianismo, liberação sexual, impacto causado pela evolução dos meios de comunicação, descobertas no campo da biogenética e própria redução do número de filhos, decorrência da sofisticação dos métodos contraceptivos. Além disto, a industrialização e sua influência na produção não poderia deixar de afetar o Direito de Família e nele repercutir, ampliando os horizontes da cultura humana.¹²

Nessa quebra de paradigma, a Constituição Federal de 1988 – a partir de sua característica “despatrimonialização” do Direito - trouxe o princípio da igualdade como medida a democratizar a célula familiar. As relações familiares passaram a nortear-se pela dignidade de cada de seus membros, enaltecendo, assim, os direitos de personalidade. Os princípios da afetividade, solidariedade familiar, paternidade responsável, proteção integral da criança e do adolescente (consagrado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/1990) e da isonomia entre os filhos (não mais se segregando a categoria filial em filhos “legítimos” e “ilegítimos”) são apenas alguns dos vetores axiológicos que norteiam o novo cenário jusfamiliarista.¹³

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 167.

¹¹ Art. 226, caput da CF/88: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

¹² DA GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. A função Social da Família e a jurisprudência brasileira. In: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (coord.). **Atualidades do Direito de Família e Sucessões**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2008. p. 117.

¹³ Ibidem, p. 119-120.

Nesta nova realidade, o conceito de família encontra supedâneo na constatação de requisitos de afetividade, durabilidade, estabilidade, ostensibilidade e intuito de sua própria formação como tal, elementos estes que, presentes em uma relação não-matrimonializada, vêm a configurar uma família.¹⁴

No § 3º¹⁵ do art. 226 da Constituição, há expressa menção à união estável como entidade familiar reconhecida pelo ordenamento jurídico, impondo, a norma ali contida, o dever de a legislação facilitar a conversão desta em casamento. Subsequentemente, as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96 regulamentaram o novo instituto, assegurando aos companheiros direitos a alimentos, sucessão e instituindo o direito real de habitação do companheiro supérstite sobre o bem imóvel utilizado como residência familiar, observadas algumas condições.

Vejamos que, se por uma via a Carta Magna denominou e passou a proteger o instituto da união estável, por outra desigualou expressamente uniões matrimonializadas das informais, ao impor ao Estado o dever de prezar pelo casamento como um fim a ser almejado pelos conviventes. Mesmo com os avanços jurisprudencial e doutrinário no sentido de buscar equiparar a união estável ao casamento, inegável que na primeira inexistente um formal acordo de vontades que aponte qual o real termo inicial da união, ao revés do que se opera no contrato de casamento, no qual a formalidade ao qual condicionado demarca seu nascedouro jurídico, vedando quaisquer dúvidas neste sentido.

E eis justamente esta uma das diferenças entre os institutos, e que tanto justifica os dissensos em relação à equiparação (ou não) de direitos e deveres entre companheiros e cônjuges. Muito embora seja indiscutível a relevância e atualidade da temática, abster-se-á o presente estudo, todavia, de adentrar na análise das uniões estáveis, sob pena de desvirtuamento do principal objetivo: promover enfoque ao estudo do contrato matrimonial e decorrências de sua dissolução.

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 169.

¹⁵ Art. 226, § 3º da CF/88 - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

A Constituição Federal de 1988 novamente inovou ao cancelar a existência jurídica das *famílias monoparentais*, formadas por apenas um dos progenitores e a descendência.¹⁶ Para que haja configuração da família monoparental, imprescindível que coabite unicamente um dos genitores e a prole, sem a presença de outro companheiro ou de novo parceiro afetivo do cônjuge dos ascendentes. Nesta perspectiva, o término da monoparentalidade familiar dar-se-á com a completude de 25 anos de idade dos filhos, quando então finda a dependência econômica da prole, presumidamente.¹⁷

Embora não prevista legalmente, merece atenção a denominada “família reconstituída”, nestes moldes conceituada por Waldyr Grisard Filho¹⁸:

Entende-se por família reconstituída a estrutura familiar originada de um novo casamento ou de uma nova união, depois de uma ruptura familiar, quando um ou ambos os integrantes do novo casal tem filho ou filhos de uma relação precedente. De uma forma mais simples, é a entidade familiar na qual um dos adultos, ao menos, é um padrasto ou uma madrasta. Ou, ainda, é a família na qual ao menos uma das crianças de uma união anterior de um dos cônjuges vive sobre o mesmo teto.

Enquanto que as famílias *reconstruída e monoparental* são necessariamente formadas por agrupamento de indivíduos detentores de liame familiar, a família *eudeimonista* trata de um arquétipo formado por entes ligados entre si tão-somente por expressivo elo afetivo. O objetivo de concretização da felicidade inter-pessoal de seus membros é o elemento-chave para sua formação e persistência no tempo. A espécie caracteriza-se pela comunhão de vidas, de afeto e de solidariedade, prescindindo de qualquer vínculo solene ou consangüíneo para sua existência.¹⁹

¹⁶ Art. 226, § 4º da CF/88: Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

¹⁷ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 9.

¹⁸ GRISARD FILHO, Waldyr. Famílias reconstituídas: novas relações depois das separações: parentesco e autoridade parental. **Revista IOB de Direito de Família**, São Paulo, v. 9, n. 47, p. 35, abr./maio 2008.

¹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 55.

Ainda, indivíduos do mesmo sexo que se unam afetivamente formam a modalidade *homoafetiva* familiar. A partir de dois específicos julgamentos²⁰, ambos datados de 2011, é possível hoje, no Brasil, o casamento entre indivíduos do mesmo sexo. Contudo, devido à impossibilidade de esgotar-se tema tão peculiar no presente estudo, o casamento entre homossexuais não será objeto das sucessivas abordagens.

Embora já se reconheça como entidades familiares diversas concatenações afetivas, as quais são destinatárias da mais ampla proteção estatal, a família matrimonial ocupa, ainda, no Brasil, posição ostensivamente privilegiada. Nas considerações proferidas por Maria Helena Diniz, “*é o casamento a mais importante e poderosa de todas as instituições de direito privado, por ser uma das bases da família, que é a peça-chave de todo sistema social, constituindo o pilar do esquema moral, social e cultural do país*”.²¹

Quanto às finalidades das núpcias, perceptível certa convergência doutrinária no sentido de serem três: procriadora, de mútua assistência e satisfação sexual, todas fundadas na comunhão de vidas, que permeia o enlace conjugal.²²

É a *affectio maritalis*, pois, o substrato da sociedade conjugal, correspondendo a verdadeira intenção em persistir-se no consórcio o elemento crucial à sua verificação prática.²³ Revela-se inconcebível, pois, a perpetuação no tempo de uma relação afetiva ressentida de uma plena comunhão de vidas.²⁴

A natureza do instituto é dissonante na doutrina pátria, e não há, no Código Civil brasileiro, enfrentamento próprio da matéria. Para a Igreja Católica, trata de

²⁰ O Supremo Tribunal Federal, mediante julgamento da ADPF nº. 132-RJ e a ADI nº. 4.277/DF, concedeu, em maio de 2011, reconheceu e chancelou juridicamente a união pública, contínua e duradoura formada entre pessoas do mesmo sexo como uma verdadeira família; complementando e indo ainda mais além, o Superior Tribunal de Justiça, em novembro do mesmo ano, no julgamento do Resp. de nº 1.183.378-RS, reconheceu a possibilidade do “casamento-direto” entre pares homoafetivos, sem a necessidade de prévia ação judicial para reconhecimento da união.

²¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 51.

²² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 28.

²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: direito de família**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 81.

²⁴ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 101.

“sacramento”, indissolúvel e constituído exclusivamente para fins procriativos. Regulamentado pela doutrina canônica, teria sido implementado no Brasil a partir das Constituições do Arcebispado da Bahia.²⁵

A classificação do matrimônio, quanto à sua natureza, distingue-se em principais três correntes: a primeira, aponta-lhe como uma “instituição”; a segunda, como um “contrato”; e, por fim, uma terceira que o enquadra hibridamente, ora a tratar-se de instituição, ora de contrato.

Os fundamentos repousam nas distintas óticas passíveis de serem dispensadas ao matrimônio: se como ato formador de uma família ou se um estado decorrente deste ato, com ênfase na relação matrimonial perpetuada ao longo dos anos de vida do consórcio afetivo, e não em sua origem.²⁶

Enquanto que o viés contratual calca-se no *casamento-fonte*, ou seja, no acordo de vontades entre nubentes como o aspecto a ser valorado para sua definição, o institucional baliza-se pelo *casamento-estado*, arguindo que as regras regulamentadoras da sociedade nupcial são fixadas imperativamente pelo Estado, descabendo aos cônjuges amoldá-las de acordo com suas idiossincrasias, e a qualquer tempo.²⁷

Sílvio de Salvo Venosa reputa o matrimônio como um negócio jurídico complexo: dotado de características tanto de negócio jurídico (no momento de sua formação) quanto de caracteres de instituição (em sua vigência, dada a imperiosidade de normas públicas).²⁸ Arnoldo Wald partilha do entendimento, compreendendo ser o casamento ato jurídico complexo, despido de uma natureza eminentemente contratual.²⁹ Washington de Barros Monteiro, por seu turno,

²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: direito de família**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 72.

²⁶ MOTTA, Carlos Dias. **Direito Matrimonial e Seus Princípios Jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 264.

²⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 23.

²⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 26.

²⁹ WALD, Arnaldo. **O Novo Direito de Família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 17.

considera o casamento puramente um instituto, negando a ele qualquer elemento contratual.³⁰

Orlando Gomes inclina-se pela doutrina contratualista, ao asseverar que a necessidade de adesão ao instituto legal não elimina, por si só, a base voluntarista do casamento. Para o jurista, o que imprime a natureza do instituto é o momento de sua formação, como acordo livre e espontâneo de vontades, e não as regras que decorrentemente imperam.³¹ Na mesma linha o conceito de Sílvio Rodrigues, porém atribuindo a locução “*de direito de família*” à espécie de contrato, diferindo-o, tenuamente, dos demais:

(...) O casamento assume a feição de um ato complexo, de natureza institucional, que depende da manifestação livre da vontade dos nubentes, o qual, porém, se completa pela celebração, que é ato privativo de representante do estado. Não há inconveniente, dada a peculiaridade do fenômeno, de chamar ao casamento *contrato de direito de família*.³²

Pontes de Miranda define o casamento como um “*contrato de direito de família que regula a vida em comum (não só a sexual) entre o varão e a mulher*”³³. Caio Mário, admitindo a mesma compreensão, enfatiza seu caráter volitivo como o elemento a determinar sua natureza contratual.³⁴ Aliás, tal também se aplica com relação à dissolução do vínculo conjugal, a qual não se subordina à constatação de rompimento de um dos elencados deveres conjugais, mas tão-somente na *livre escolha* de não mais permanecer-se casado, conforme restará oportunamente abordado no presente estudo.

Verifica-se que a doutrina atribui ao casamento, majoritariamente, o *status* de contrato, ou ao menos reconhece tal faceta no instituto. Com efeito, o casamento é um contrato *sui generis*, emergindo de um acordo de vontades quanto aos seus

³⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva. p. 17.

³¹ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 60.

³² RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito de família**. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 20.

³³ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 7. Campinas: Bookseller, 2000. p. 240.

³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: direito de família**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 76.

elementos mais essenciais, porém prenhe de normas cogentes que o regulamenta independentemente da vontade dos contratantes. Contrato o é em sua essência, máxime porque somente às partes cabe a eleição do parceiro afetivo e a própria opção por sua celebração. Por outra banda, os cônjuges sujeitam-se aos efeitos advenientes do matrimônio (os quais serão subseqüentemente examinados), e quanto a isto não lhes cabe acordar de forma distinta, posto que tratam de normas obrigacionais, não passíveis de alteração pela via privada, contratual. Contudo, tal não alija o matrimônio, em sua essência, da classificação como um contrato, dotado que é de seus necessários requisitos, notadamente, repise-se, no momento de sua formação.

No exercício do direito que detém o indivíduo de criar suas relações na órbita jurídica, e, na presente perspectiva, de eleger o cônjuge de acordo com os atributos julgados indispensáveis em um parceiro afetivo, verifica-se a concreção do princípio da *autonomia da vontade*, o qual permeia a gênese do contrato de casamento.³⁵

Os princípios da liberdade de contrair matrimônio e da liberdade de escolha do cônjuge encontram sustentáculo no princípio da autonomia privada, criador do direito de escolha do indivíduo de contrair obrigações quando, como e com quem quiser, limitado, todavia, por leis de ordem pública e pelos bons costumes.³⁶ Ora, afinal, não cogita a sociedade de conceber a idéia de que, como exemplo, convole núpcias um casal cujo varão possua 45 anos de idade e a nubente beire a seus 12 anos, o que flagrantemente viria a atentar contra bom senso que rege a estruturação social. E é por isso que norma cogente impõe, como requisito de validade, a idade núbil de 16 anos de idade.³⁷

Desde meados do século XX evolui a conceituação do princípio da função social do contrato, decorrente da doutrina que se opôs ao liberalismo, oriundo da Revolução Industrial. Adotado pela Constituição Federal brasileira de 1988 (a partir

³⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 18.

³⁶ MOTTA, Carlos Dias. **Direito Matrimonial e Seus Princípios Jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 198.

³⁷ Art. 1.517 do CCB: O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

do direito de propriedade), restou positivado pelo vigente Código Civil³⁸. No contrato matrimonial, o postulado obsta práticas infensas à moral e aos bons costumes sociais, prezando pela harmonização dos interesses privados e familiares dos cônjuges com os da sociedade na qual inseridos, que busca a formação de estruturas que permitam tanto o desenvolvimento da personalidade de seus membros como a sua própria e salutar perpetuação evolutiva social.³⁹

Exemplo deveras ilustrativo da concreção do princípio ao contrato de casamento é a proibição de casamentos incestuosos, entre parentes, sob pena de fenecimento dos valores impregnados na própria organização social. De acordo com Washington de Barros Monteiro, *“o contrato não é mais visto pelo prisma individualista de utilidade para os contratantes, mas no sentido de utilidade para a comunidade”*.⁴⁰ A função social do contrato nupcial impõe, pois, observância às noções impregnadas na sociedade relativas à formação e vigência de uma salutar família matrimonializada, para que não perca esta o escopo de prover bem-estar aos indivíduos que a compõem, em subversão de seus reais propósitos.

Há que se atentar, no presente contexto, especialmente, ao princípio da boa-fé objetiva. O postulado – laconicamente conceituando-o – trata de proposição jurídica com significado de regra de conduta; um verdadeiro elo de cooperação em face do fim visado pelas partes, impondo-as um dever de consideração àquilo que subjaz à obrigação contraída pelas partes envolvidas. Pugna por condutas consentâneas aos bons valores por parte dos contratantes.⁴¹

Segundo posicionamento sustentado por Clóvis do Couto e Silva, ao abordar o princípio voltadamente às relações familiares:

Nas relações jurídicas em que a cooperação se manifesta em sua plenitude (*nostra res agitur*), como nas de sociedade, em parte nas de trabalho e, principalmente, na comunidade familiar, cuida-se de

³⁸ Art. 421 do CCB. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

³⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 20.

⁴⁰ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Alberto Dabus; DA SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Curso de Direito Civil 5: direito das obrigações**, 2ª parte. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 25.

⁴¹ SILVA, Clóvis do Couto e. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 32.

algo mais do que a mera consideração, pois existe dever de aplicação à tarefa suprapessoal, e exige-se disposição ao trabalho conjunto e a sacrifícios relacionados com o fim comum.⁴²

A necessidade que há de os cônjuges agirem com manifesta transparência quanto à gerência do patrimônio comum – ou mesmo antes, na fase de eleição do regime de bens que se aplicará ao matrimônio- exemplifica a boa-fé objetiva que deve nortear o contrato matrimonial desde sua formação, desde as negociações que o antecedem. Entrementes, o princípio da boa-fé objetiva, aplicado ao contrato matrimonial, muito transcende a aspectos meramente materiais.

A própria expectativa de cumprimento dos deveres atrelados ao casamento, por parte dos contratantes, constitui-se em reflexo da aplicação do princípio da boa-fé à espécie, condizendo com a postura cooperativa a ser adotada pelos consortes. O cumprimento das “promessas” antecedentes ao ato jurídico, que regulamentem características que balizarão a vigência do contrato (cite-se: número de filhos, divisão de trabalho conjugal em casa, etc) evidenciam a concreção do postulado da boa-fé objetiva ao contrato.

No que tange à tipicidade, poder-se-ia, de forma relativamente “ousada”, reputar o contrato matrimonial como “inominado”, já que o legislador não previu de forma expressa ser o casamento um contrato, o que bem se denota a partir da própria celeuma doutrinária que há quanto à sua natureza: se um contrato, se uma instituição, se um misto. Com precisão, Washington Monteiro de Barros refere que no Código Civil de 2002, os contratos nominados não ultrapassam 27 espécies. O contrato de casamento não se insere no Título VI do Código Civil, que trata dos contratos em espécie, ou seja, dos contratos nominados.⁴³

Quanto à formação, é contrato “formal”, já que não depende unicamente da declaração de vontade das partes para sua formação (tal com em um “contrato consensual”), nem mesmo perfectibiliza-se a partir da entrega de coisa (“reais”), tal

⁴² SILVA, Clóvis do Couto e. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 34.

⁴³ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Alberto Dabus; DA SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Curso de Direito Civil 5: direito das obrigações**, 2ª parte. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 49.

como no contrato de compra e venda empréstimo e de penhor⁴⁴. Ao revés, requer o casamento, no Brasil, como qualidades necessárias à sua própria existência, observância às formalidades elencadas pelos artigos 1.523 e seguintes do Código Civil brasileiro, as quais incluem prévia habilitação perante oficial do Registro Civil, celebração perante autoridade e na presença de no mínimo duas testemunhas. Ainda, como prova indispensável, tem-se a respectiva certidão de registro.

Ainda, é contrato “principal”, posto que não depende de qualquer outro para sua existência⁴⁵, e, quanto à execução, “de trato sucessivo” – ou “de execução continuada” Ao defini-lo, Caio Mário da Silva Pereira reputa ser o contrato de execução sucessiva aquele que “*sobrevive no tempo, com a persistência da obrigação (...)*”.⁴⁶ O contrato de casamento atrai para os cônjuges direitos e deveres que subsistem no decurso do consórcio, diferentemente do que se opera no contrato de execução “imediate”, nos quais a solução de efetua de uma vez só, ou dos de execução “diferida”, cuja prestação de uma das partes dá-se a termo, protraindo no tempo (tal como se opera nas compras efetuadas a crédito). Assim, não restam dúvidas quanto à configuração do contrato de núpcias como de execução sucessiva, já que os deveres e obrigações imputados aos cônjuges alastram-se por toda a vigência contratual.

Outrossim, trata o matrimônio de um contrato “definitivo”, como o legítimo interesse-fim das partes contratantes. Contudo, no atual paradigma do direito de família, à luz do princípio da afetividade, vêm surgindo novas formas de relacionamento. Eis o caso do “ficar”, do namorar e do noivar, relação última esta que, dado o nível de comprometimento nela contido, tem sido objeto de apreciação por vias judiciais.

O noivado, ou *esponsais*, trata de comunhão de vontades quanto à promessa de futuro contrato de casamento. A despeito da inexigibilidade de forma pública ou de solenidade, bem como da inoperação de efeitos pessoais ou patrimoniais aos

⁴⁴ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil – Contratos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 41.

⁴⁵ MONTEIRO, loc. cit.

⁴⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 70.

noivos⁴⁷, a promessa de casamento caracteriza-se como um contrato “preliminar” ao contrato definitivo, que é o matrimônio.

A ruptura injustificada do contrato de promessa de casamento é passível de acarretar, em específicas e peculiares situações, danos morais ou materiais indenizáveis, conforme vem reconhecendo a jurisprudência pátria⁴⁸, bastando que haja configuração do ato ilícito (na forma dos artigos 186 e 186 do Código Civil).

⁴⁷ DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 104-5.

⁴⁸ **Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE **INDENIZAÇÃO**. DANO MORAL. ROMPIMENTO DE **NOIVADO** INJUSTIFICADO E PRÓXIMO A DATA DO CASAMENTO. DANO MORAL CARACTERIZADO. DANOS MATERIAIS. 1.Pleito indenizatório em que a parte autora busca a reparação de danos materiais e morais suportados em virtude do rompimento injustificado do **noivado** pelo nubente varão poucos dias antes da data marcada para a celebração do casamento. 2.Faz-se necessário esclarecer que as relações afetivas podem ser tuteladas pelo direito quando há repercussão econômica. No que se refere à promessa de casamento tenho que esta deve ser analisada sob a óptica da fase preliminar dos contratos. 3.Oportuno salientar que a possibilidade de responsabilização civil não pode ser utilizada como forma de coação aos nubentes. O casamento deve ser contraído mediante a manifestação livre e espontânea da vontade dos noivos de se unirem formalmente. Inteligência do art. 1.514 do CC. 4.Impende destacar que a ruptura de **noivado** por si só não determina a responsabilidade do desistente, o que pode ensejar a reparação são as circunstâncias em que a outra parte foi comunicada de seu intento. 5.A prova produzida no feito atesta que a ruptura do **noivado** se deu em circunstâncias que causaram grandes dissabores e abalos à demandante. Inicialmente, insta destacar que os fatos se deram no dia do "chá de panelas" da autora, o que demonstra a surpresa que tal notícia causou à requerente, bem como o sofrimento e a desesperança por esta suportados. 6.Ademais, os convites para o enlace matrimonial já haviam sido distribuídos, de sorte que a autora teve que comunicar a todos os convidados o cancelamento do casamento, bem como os motivos que o determinaram. 7.Prova testemunhal que foi uníssona em afirmar que a demandante ficou muito abalada e triste com o fim do relacionamento. 8.Ainda, não é difícil depreender a repercussão que tais fatos tiveram na pequena cidade de Tapes/RS. Frise-se que os constrangimentos pelos quais a noiva passou ultrapassam os meros dissabores, comuns aos fatos cotidianos. 9.Aliás, mostra-se imprudente a conduta adotada pelo réu, porquanto mesmo estando ciente de todos os preparativos para a festa de casamento, tais como a locação do vestido e do local para a realização do evento, a encomenda do bolo e da decoração, esperou para comunicar a decisão de rompimento poucos dias antes da data aprazada para a celebração. 10. No que tange à prova do dano moral, por se tratar de lesão imaterial, desnecessária a demonstração do prejuízo, na medida em que possui natureza compensatória, minimizando de forma indireta as conseqüências da conduta do réu, decorrendo aquele do próprio fato. Conduta abusiva do demandado que faz presumir os prejuízos alegados pela parte autora, é o denominado dano moral puro. 11. O valor a ser arbitrado a título de **indenização** por dano imaterial deve levar em conta o princípio da proporcionalidade, bem como as condições do ofendido, a capacidade econômica do ofensor, além da reprovabilidade da conduta ilícita praticada. Por fim, há que se ter presente que o ressarcimento do dano não se transforme em ganho desmesurado, importando em enriquecimento ilícito. 12.Quanto aos danos materiais, o demandado deverá ressarcir tão-somente os gastos efetivamente comprovados pela autora pelos recibos das fls. 15/18 do presente feito. 13.No que concerne à quantia de R\$ 400,00, que a demandante alega ter fornecido ao autor para a compra de materiais para a construção de uma peça de alvenaria para a moradia do casal, não veio aos autos qualquer prova sobre a entrega do referido montante, ônus que se impunha à demandante e do qual não se desincumbiu, a teor do que estabelece o art. 333, I, do CPC. 14.Por fim, quanto ao empréstimo realizado, da mesma forma, não há comprovação de que a integralidade dos valores foi utilizada nos preparativos da festa de casamento, sendo descabida a pretensão da apelante a este respeito. Dado parcial provimento ao apelo. (RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível n. 70027032440**, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 21/01/2009).

Tratam-se tais hipóteses, nas palavras de Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, de *quebra da boa-fé objetiva e pré-contratual*.⁴⁹

A modernidade trouxe ainda uma nova espécie de contrato afetivo: o contrato de namoro. O temor da responsabilização financeira entre os partícipes da relação os faz, por vezes, assinar um instrumento no qual declaram que o relacionamento que cultivam não transcende a uma relação afetiva precária, impassível de irromper quaisquer efeitos patrimoniais. Sílvio Venosa propende pela corrente que pugna pela nulidade desta espécie contratual (artigo 166, VI, do Código Civil), justificando não ser admissível camuflar-se uma relação impondo-lhe viés de distinto naipe. Afinal, somente a vivência prática do relacionamento e a análise dos elementos ali existentes que a subsumirá a um namoro, noivado, casamento ou união estável, mas jamais um contrato cujo escopo é o de escancaradamente proteger partícipe aquinhado em detrimento daquele que nada possui em seu nome. Trata de contrato afrontoso ao princípio da dignidade da pessoa humana.⁵⁰

2.1.2 Do Pacto Antenupcial e dos Regimes de Bens

Do matrimônio decorre uma gama de efeitos nas esferas econômica, pessoal e social, tratando-se a relação de uma verdadeira comunhão de vidas cuja precípua finalidade é permitir o desenvolvimento físico-psíquico de seus membros, envoltos emocional, espiritual e materialmente entre si.

São dois os principais efeitos do casamento de caráter social: criação de família e modificação do estado civil, com eficácia *erga omnes*. Uma família constituída é dotada de especial proteção estatal, tal como dita o artigo 226 da Carta Magna. Vantagens são verificadas – como exemplos - nas esferas tributária e previdenciária, alavancando benefícios aos membros de um mesmo arquétipo familiar.⁵¹

⁴⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 139.

⁵⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. Contratos Afetivos: o temor do amor. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 8, n. 44, p. 83-4, set./out. 2011.

⁵¹ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito de família**. 28. ed. rev. atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 123.

Na seara dos efeitos pessoais, destacam-se os seguintes: criação da comunhão de vidas (quando homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes responsáveis pelos encargos familiares, consoante o artigo 1.565 do Código Civil), estabelecimento do vínculo de afinidade entre o cônjuge e os parentes do outro (nos termos do artigo 1.595 do mesmo diploma legal), autorização ao aditamento do patronímico conjugal (e esta condição irrompe também reflexos sociais, conforme abordado), emancipação (nos termos do artigo 5º, II do Código Civil) e surtimento de direitos e deveres recíprocos entre os cônjuges. Tal complexo de direitos e deveres está devidamente consignado no artigo 1.566 do Código Civil, em que pese não restem exauridos pelo dispositivo em apreço, que somente elenca os principais. São estes: *i) fidelidade recíproca; ii) vida em comum, no domicílio conjugal; iii) mútua assistência; iv) sustento, guarda e educação dos filhos; v) respeito e consideração mútuos.*⁵²

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 unicamente aos cônjuges) e também externos à relação é que se reputa indispensável a observância ao regime de bens que permeia a relação conjugal.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald chamam a atenção para a existência de um *estatuto patrimonial do casamento*, caracterizado pelo regime de bens incidente no contrato matrimonial. Reputam os autores que não há casamento despido de ao menos certa potencialidade de projetar efeitos patrimoniais, e eis a razão pela qual cabe ao ordenamento jurídico dispor expressa e claramente quanto aos regimes existentes e consequentes decorrências de ordem prática.⁵³

⁵² RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: direito de família. 28. ed. rev. atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 124-5.

⁵³ 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.

A possibilidade de os consortes versarem sobre as regras patrimoniais que se aplicam ao casamento funda-se no princípio da autonomia privada. Confere 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 (o qual será tratado logo em breve).⁵⁴

É no processo de habilitação ao casamento⁵⁵ que deverão os nubentes eleger o regime de sua preferência, o qual irá vigorar desde a data da celebração do contrato matrimonial. E o instrumento que veicula a pretensão é o denominado “pacto antenupcial”.

O surgimento do pacto antenupcial remonta ao Direito Romano. O princípio dos esponsais obrigava as partes ao casamento a partir de recíproca promessa de uma futura celebração de matrimônio. O pacto antenupcial, bem assim, consubstancia sua eficácia na realização do contrato de casamento, sem o qual se torna inócuo e ineficaz. Os relatos históricos indiciam que foi na evolução das normas jurídicas que regulamentavam os esponsais que a idéia do pacto pré-nupcial desenvolveu-se, arraigado nas núpcias futuras, visando a um futuro próximo.⁵⁶

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 pacto.⁵⁷

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”*.⁵⁸ Também para Caio Mário da Silva

⁵⁴ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Regime de Bens no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. 320 p.

⁵⁵ Artigos 1.525 a 1.532 do CCB.

⁵⁶ CARDOSO, Fabiana Domingues. **Regime de Bens e Pacto Antenupcial**. São Paulo: Método, 2010. p. 95-6.

⁵⁷ Ibidem, p. 103.

⁵⁸ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito de família**. 28. ed. rev. atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 137.

Pereira, “a natureza jurídica do pacto antenupcial é inequivocadamente contratual, e obrigatoriamente há de ser efetivado antes do casamento.”⁵⁹

Segundo Arnaldo Rizzardo, corresponde o pacto antenupcial “à convenção solene, através de escritura pública, na qual declaram os cônjuges o regime que adotam, se diverso do legal, e as condições ou adendos que resolvem acrescentar”.⁶⁰ O autor justifica tratar de convenção porque, a seu ver, o pacto vai muito além de um contrato, revelando conteúdo institucional, submetido à regulamentação e a rígidos princípios, inalteráveis pelas partes. Na mesma linha conceitual, Rolf Madaleno ressalta o caráter institucional do pacto, já que às partes – conforme se verá – é vedada a alteração do regime de bens senão mediante pedido judicial fundamentado, e portanto sujeito ao indeferimento por parte do magistrado.⁶¹

A figura do pacto antenupcial é comum nos países ocidentais, e em sua grande maioria – tal como em Portugal, França e Inglaterra – prevalece a natureza contratual.⁶²

Com efeito, melhor se configura como de um “contrato acessório”, já que é indispensável, à produção de seus efeitos, que sobrevenha o contrato de casamento. Trata este último de um contrato “principal”, portanto, e do qual depende o pacto antenupcial para sua eficácia, segundo redação do próprio artigo 1.653 do vigente Código Civil.⁶³

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

⁵⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: direito de família**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 218.

⁶⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 556.

⁶¹ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 685.

⁶² CARDOSO, Oscar Valente. A prisão civil do devedor de alimentos e o Pacto San Jose da Costa Rica. In: **Revista Síntese - Direito de Família**, São Paulo, n. 58, p. 104-5, fev./mar. 2010.

⁶³ 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.

validade, podendo vício nesse sentido ser arguido em juízo posteriormente, a culminar na própria anulação do instrumento.

Gize-se que a forma prescrita no artigo 1.653 é escritura pública. Assim sendo, não se admite a flexibilização da regra, sob pena de invalidade do instrumento.⁶⁴

A eficácia do contrato se sujeita a efeito suspensivo, já que somente após a celebração do casamento é que o pacto passa a ser juridicamente eficaz. Convém ressaltar que, conquanto trate de um contrato solene, admite-se a celebração do contrato por procuradores, constituídos com poderes específicos, através de escritura pública.⁶⁵

Como contrato acessório, os agentes necessitam preencher os mesmos requisitos exigidos para o contrato matrimonial, notadamente no que tange à observância da idade núbil. É a partir dos 16 anos de idade que podem os indivíduos habilitarem-se ao matrimônio, e é nesta fase que haverá a eleição do regime de bens, nos termos do artigo 1.639 do Código Civil. Portanto, somente a partir dos 16 anos de idade é permitido aos nubentes a lavratura do pacto pré-nupcial.⁶⁶

Nesta senda, veja-se que o menor de 18 anos – mas em idade núbil - dependerá também da autorização de seus representantes legais para a formalização do pacto antenupcial. Para a celebração do casamento é necessária a concordância de ambos os genitores ou representantes legais dos menores em idade núbil (artigo 1.517 do Código Civil), porém o mesmo não se aplica com relação ao pacto antenupcial, porquanto o artigo 1.654⁶⁷ do Código

⁶⁴ CARDOSO, Oscar Valente. A prisão civil do devedor de alimentos e o Pacto San Jose da Costa Rica. In: **Revista Síntese - Direito de Família**, São Paulo, n. 58, p. 109, fev./mar. 2010.

⁶⁵ 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. 193.

⁶⁶ CARDOSO, op. cit., p. 111.

⁶⁷ Art. 1.654 do CCB: A eficácia do pacto antenupcial, realizado por menor, fica condicionada à aprovação de seu representante legal, salvo as hipóteses de regime obrigatório de separação de bens.

Civil exige a concordância por parte de apenas um dos representantes legais do nubente.⁶⁸

Para que o pacto seja eficaz perante terceiros, a lei exige seja o instrumento registrado em livro especial por parte do oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges. Com razão a crítica lançada por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, no sentido de que o interesse prático da disposição é de cunho minimamente duvidoso. Ora, 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 onde 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.⁶⁹

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*. Além deste registro, deverão os cônjuges fazê-lo no assento do casamento realizado 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, quando um dos cônjuges for empresário, consoante artigo 979 do Diploma Civil.

O Código Civil não determina prazo de validade do pacto. Todavia, é no momento da habilitação às núpcias que é facultada a lavratura do instrumento. E quanto à certidão de habilitação, a lei impõe-lhe o prazo decadencial de 90 dias, nos termos do artigo 1.532 do Código Civil. Assim sendo, tendo em vista que o pacto fundamenta sua essência no casamento futuro, e que sua confecção coincide com o período da habilitação, alguns doutrinadores pugnam pela validade do pacto no mesmo prazo conferido à certidão de habilitação do

⁶⁸ MOREIRA, Cíntia Lopes. Apontamentos sobre o pacto antenupcial. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 31, n. 65, p. 35, jul./dez. 2008.

⁶⁹ 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. 193.

matrimônio, qual seja, de 90 dias. Já outros, como Maria Berenice Dias⁷⁰, sustentam que, mesmo caducando a habilitação, persistirá 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 validado pelas partes em um momento futuro, em um novo processo de habilitação, bastando sua ratificação. Sem a respectiva exigência de ratificação do instrumento (quando do “novo” procedimento de habilitação) estar-se-ia a abrir brechas para manejo de possíveis ações fraudulentas, afinal, passado certo período (meses ou anos), a realidade patrimonial dos nubentes pode ter se alterado significativamente, sendo inclusive possível que algum deles sequer lembre com exatidão do que constava disposto em dito instrumento, razão pela qual a exigência de ratificação do pacto revelar-se-ia medida consentânea à proteção patrimonial dos pactuandos.

Bastante comum é que, após a lavratura do instrumento, e ao invés das núpcias, sobrevenha 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 se não lhe seguir o matrimônio.

Ora – e como bem salienta Rolf Madaleno - , não há por que supor que o casal quisesse algum regime matrimonial diverso daquele que consta no contrato pré-nupcial apenas por não preverem que viriam a substituir o consórcio por uma união estável, pelas mais variadas (e por vezes transitórias) razões.⁷¹ Todavia, cumpre referir que se deve observar se porventura, na declaração de união estável, não restou estipulado um regime distinto, ocasião na qual deve este operar e prevalecer, reputando-se revogado o regime anteriormente eleito, portanto.

⁷⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 196.

⁷¹ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 686.

Quanto ao conteúdo do instrumento, há limitações que deverão ser meticulosamente observadas pelos contratantes. Primeiramente, forçoso convir que não pode o instrumento ferir preceitos legais, a ordem pública, bons costumes, moral e o próprio princípio da boa-fé objetiva, sob pena de sua invalidade. E isto o artigo 1.655 do Código Civil dispõe com clareza, à medida que declara nula de pleno direito a convenção que contrarie disposição absoluta em lei. Tratam, pois, de disposições de ordem pública, cogentes e não passíveis de afastamento pelas partes.⁷²

O ordenamento jurídico brasileiro prevê conteúdo estritamente patrimonial ao pacto. A favor do conteúdo extrapatrimonial, manifesta-se Francisco José Cahali, Maria Berenice Dias, Gustavo Tepedino e Débora Gozo.⁷³ Por conteúdo extrapatrimonial compreenda-se cláusulas que versam sobre direitos e deveres atinentes à vivência conjugal (como, por exemplo, questões que envolvam os deveres impostos aos cônjuges na convivência conjugal), imposição de religião à prole, parâmetros de ajuste de rotina doméstica, reconhecimento filial, estipulação de indenizações pelo término da relação afetiva, dentre outras inesgotáveis possibilidades.⁷⁴

Malgrado sejam as cláusulas de conteúdo extrapatrimonial uma nova tendência de aceitação pelo ordenamento jurídico, gize-se prevalecer, ainda, o entendimento de que o conteúdo do pacto antenupcial deverá ser circunscritamente patrimonial.

Nesta perspectiva, poderá o pacto pré-nupcial conter apenas cláusula instituindo o regime de bens aplicável ao matrimônio, como também contemplar cláusulas relativas ao reconhecimento, criação, modificação e extinção de direitos patrimoniais entre os cônjuges. Exemplos práticos são cláusulas nas quais seja imposta a obrigação de uma das partes ao custeio da educação escolar da futura prole, regras quanto à disposição do patrimônio comum a

⁷² 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. 192.

⁷³ CARDOSO, Fabiana Domingues. **Regime de Bens e Pacto Antenupcial**. São Paulo: Método, 2010. p. 160.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 190-217.

terceiros, criação de fundo financeiro de emergências, doações entre os cônjuges, ajustes sobre partilha de bens na eventualidade de divórcio, fixação de alimentos e mesmo renúncia alimentar entre consortes.⁷⁵

Todavia, cumpre repisar que as possibilidades não se encontram previstas ou arroladas no Diploma Civil, cabendo sua formulação às próprias partes, sugerindo-se sejam orientadas por juristas conhecedores da matéria em questão.

Sinteticamente, portanto, têm-se como as principais características do pacto antenupcial tratar de contrato acessório, formal, de conteúdo patrimonial (como regra) e com eficácia suspensiva à celebração do contrato matrimonial, portanto.

A finalidade precípua do pacto antenupcial é não outra que a de estipular o regime de bens a vigor na constância do contrato de casamento. Trata do veículo jurídico à escolha do regime patrimonial aplicável, a despeito da verificada e atual possibilidade de ampliação do conteúdo do instrumento.

Passando-se à análise dos possíveis regimes de bens, calha primeiramente uma breve análise de sua evolução histórica, máxime com lastro no influxo do direito romano-germânico no seu desenvolvimento no Brasil.

A família romana centralizava-se na figura do *pater familia*, que reunia as funções de sacerdote, magistrado e administrador do patrimônio familiar. Na Roma antiga, os indivíduos considerados *sui juris* eram aqueles não submetidos a qualquer *pater familia*, enquanto que os *alieni juris* estavam submetidos à autoridade do poder familiar. O casamento, por sua vez, procedia-se por duas distintas modalidades: *sine manu* ou *cum manu*. O primeiro caracterizava-se pela não submissão da mulher ao poder marital, permanecendo aquela vinculada ao poder familiar originário, de seu *pater familia*, ingressando na família do cônjuge na condição de neta. Já o segundo, era aquele no qual se

⁷⁵ CARDOSO, Fabiana Domingues, **Regime de Bens e Pacto Antenupcial**. São Paulo: Método, 2010. p. 165.

rompia o parentesco *agnatício* (civil), ingressando a mulher na família do marido na condição de filha. Nesta segunda espécie, se fosse a mulher *sui juris*, tornar-se-ia *alieni juris*, e se assim o fosse, assim permanecia, porém sujeitando-se à família do marido da celebração do casamento em diante.⁷⁶

No matrimônio *sine manu*, cada esposo conservava seu patrimônio, já que o *pater familia* permanecia o mesmo. Foi neste cenário que surgiu o “dote”, caracterizado por um conjunto de bens concedidos ao marido por parte do *pater familia* da esposa. Reputava-se necessária e justa a medida para que de alguma forma passasse a mulher a contribuir com as despesas conjugais atinentes ao lar.⁷⁷

A frequência dos divórcios tornou comum a imposição de cláusula na qual o marido se obrigava, em caso de dissolução do casamento, a restituir à mulher ao menos parte do acervo dotal. E nesta esteira surgiu a ação denominada *iniusti repudii*, cujo escopo era a obtenção da restituição dos bens, tanto por decorrência da separação do casal ou mesmo do óbito do varão.⁷⁸

Foi então que, na Roma antiga, os regimes de bens passaram a se desenvolver, arraigados na idéia de que somente a partir da segurança patrimonial conferida à mulher é que o casamento poderia perpetuar-se no tempo, em detrimento da autonomia privada.⁷⁹

Pontes de Miranda, todavia, reputa equivocado recorrer-se ao direito romano e ao canônico na busca das origens do regime da comunhão universal de bens no Brasil – conservado como o regime legal de bens até o advento da Lei n. 6.515 de 1977. Assevera que a origem do regime é de natureza germânica, emergindo a partir das Ordenações Portuguesas.⁸⁰

⁷⁶ BRANDÃO. Débora Vanessa Caús. **Regime de Bens no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 43-5.

⁷⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 8. Campinas: Bookseller, 2000. p. 287.

⁷⁸ MIRANDA, loc. cit.

⁷⁹ MADALENO, Rolf Hanssen. A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos de regime de bens. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v. 13, n. 25, p. 13, dez. 2011/jan. 2012.

⁸⁰ MIRANDA, op. cit., p. 289.

As ordenações Filipinas vigoraram no Brasil até a promulgação do Código Civil de 1916. Até então eram três os regimes de bens que vigiam no território: comunhão universal, dotal e o da simples separação. Refira-se que até o Decreto n. 181/1890, no Brasil, era exigida a consumação física do casamento (com o ato sexual) para que se impusesse termo inicial à comunicabilidade dos bens. A partir de dito Decreto, o dia seguinte à celebração matrimonial já passou a ser marco inaugural à comunhão dos bens.

Naquela perspectiva, 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, 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, conforme afirmado, até a edição da Lei n. 6.515 de 1977.⁸¹

No Código Civil de 1916, eram quatro os regimes de bens estipulados: regime dotal, comunhão universal, comunhão parcial e separação de bens. O novo Código Civil substituiu o regime dotal (então já há muitos anos em desuso) pelo regime da participação final nos aquestos.

Necessário faz-se uma breve análise de cada espécie de regime de bens em vigência hoje no Brasil, para que se possa, no decorrer do trabalho, melhor compreender as adveniências jurídicas operadas na esfera patrimonial dos cônjuges a partir da dissolução do vínculo conjugal.

O regime dotal de bens – banido a partir do novo Código Civil - era aquele no qual cada cônjuge conservava a propriedade de seus bens, porém atribuindo-se ao marido a administração de todo acervo comum e o usufruto dos bens da virago. A intenção do legislador era amparar a mulher, buscando haurir, a partir da modalidade, certa compensação à responsabilidade que a ela cabia (exclusivamente) quanto ao desempenho das tarefas domésticas. Com o tempo,

⁸¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 8. Campinas: Bookseller, 2000. p. 290.

e paralelamente à evolução dos direitos da mulher na esfera jurídica e social, caiu em desuso, e muito antes da edição do Diploma Civil atual⁸²

No atual sistema brasileiro, 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. É o regime legal de bens no Brasil.

A alteração do regime da comunhão universal para o da comunhão parcial, como o regime legal, é também fruto da evolução histórica dos direitos da mulher e de sua emancipação da posição de subalterna do esposo no lar conjugal. A partir de sua própria aptidão à construção de patrimônio não mais persistiu necessária a prevalência de um regime calcado em uma cultura já superada, na qual a mulher era julgada incapaz à labuta e submissa às decisões do marido. E é justamente de forma atenta ao caráter contratual do casamento que se julga conveniente a preservação do patrimônio individual de cada consorte, como se opera no regime da comunhão parcial.⁸³

Para Sílvio Venosa:

Regime da comunhão parcial é aquele em que basicamente se excluem da comunhão os bens que os cônjuges possuem ao casar ou que venham adquirir por causa anterior e alheia ao casamento, como as doações e sucessões; e em que entram na comunhão os bens adquiridos posteriormente, em regra, a título oneroso. Trata-se de um regime de separação quanto ao passado e de comunhão quanto ao futuro.⁸⁴

Ao prescrever a comunhão dos aquestos, o regime estabelece um espírito de união entre os cônjuges, o que, na opinião de Maria Helena Diniz, contribui para que se mantenha hígida a união no decurso dos anos. Afinal, ainda, os bens particulares de cada qual restarão privados de comunicação,

⁸² MADALENO, Rolf Hanssen. A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos de regime de bens. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v. 13, n. 25, p. 15, dez. 2011/jan. 2012.

⁸³ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 566.

⁸⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 178.

permanecendo sob a propriedade única do cônjuge que exclusivamente tenha-lhe originado ou sido beneficiado por doação ou herança.⁸⁵

No Código Civil, a espécie é regida pelos artigos 1.658 ao 1.666, que versam sobre os bens que entram e que se excluem da união. A regra impõe que a administração dos bens comuns será de competência de qualquer dos cônjuges, enquanto que a dos bens particulares de cada um será do próprio proprietário. Ainda, faculta ao juiz a atribuição da administração dos bens a um dos consortes quando comprovada a malversação do patrimônio em comum, bem como constitui a obrigação de ambos os parceiros no que diz respeito às dívidas contraídas (por qualquer das partes) sobre estes.

Todavia, protege-se o cônjuge da responsabilização quanto a dívidas contraídas pelo consorte na administração de seus bens particulares, salvo quando comprovado que tal se procedeu em benefício da entidade familiar ou de que também delas extraiu proveito. Em contrapartida, é exigido aos cônjuges que anuem, expressamente, para os atos, a título gratuito, que constituam cessão do uso ou gozo de bens comuns.⁸⁶

Na comunhão parcial, comunicam-se todos os bens adquiridos na constância conjugal a título oneroso, independentemente de terem sido adquiridos por apenas um dos cônjuges ou estarem no nome de apenas um deles. Também, comunicam-se aqueles obtidos por fato eventual, doação, herança ou legado (nessas hipóteses, somente quando em favor de ambos os cônjuges) e benfeitorias em bens particulares de cada um dos parceiros. Ainda, também os frutos dos bens comunicar-se-ão, independentemente de provirem de bens comuns ou particulares.⁸⁷

⁸⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 185.

⁸⁶ Artigo 1.663 do CCB.

⁸⁷ BRAGANHOLLO, Beatriz Helena. Casamento civil: regime de bens e seus reflexos patrimoniais e sucessórios. **Revista do CEJ**, Brasília, DF, n. 34, p. 28, set. 2006.

Não são passíveis de comunicação os bens que cada cônjuge possuía ao casar, e os que lhe sobrevierem na constância do contrato de casamento por doação, sucessão ou sub-rogação, bem como aqueles adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a cada cônjuge (mediante sub-rogação de bens particulares). Também não as obrigações anteriores ao matrimônio ou provenientes de atos ilícitos (salvo se em proveito do casal). Por fim, excluem-se da comunhão os bens de uso pessoal de cada parceiro, livros, instrumentos de profissão; os proventos pessoais de cada cônjuge e as pensões, meios-soldos, montepios e rendas semelhantes.⁸⁸

Quando da análise das soluções jurídicas aplicáveis à partilha do patrimônio conjugal, serão dirimidas noções atinentes a alguns institutos, tais como o da sub-rogação e o da incomunicabilidade dos proventos do trabalho pessoal dos consortes, ilustrando-se a abordagem com alguns atuais julgados referentes à temática.

Por sua vez, o regime da comunhão universal é aquele a partir do qual se procede a formação de um único acervo patrimonial, tornando comuns mesmo aqueles bens preexistentes ao matrimônio. Desde que o regime legal passou a ser o da comunhão parcial (pela Lei n. 6.515 de 1977), a adoção do regime somente se opera mediante pacto antenupcial.

Para Arnaldo Rizzardo, na espécie há uma verdadeira “despersonalização” do patrimônio individual, surgindo um patrimônio indivisível e comum, sem que se possa, a partir de então, localizar a propriedade nos bens. Assevera o doutrinador que a fundição dos bens trazidos por cada consorte constitui-se em uma única massa, que não retornará ao mesmo *status* originário quando do eventual desfazimento do matrimônio.⁸⁹

⁸⁸ PAIVA, João Pedro Lamana; BURTET, Tiago Machado. Regime de bens: aspectos registraes. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 29, n. 60, p. 40, jan./jun. 2006.

⁸⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 577.

No Código Civil, cabe aos artigos 1.667 ao 1.671 disciplinarem a matéria. Não há rol elencando quais bens se comunicam, posto que presumidamente todo bem de propriedade de qualquer dos nubentes comporá o acervo uno de bens. Todavia, excluem-se da união, expressamente: os bens doados ou herdados com cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar, os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva, as doações antenupciais feitas de um cônjuge ao outro com a cláusula de incomunicabilidade e as dívidas anteriores ao matrimônio, ressalvadas aquelas que se reverterem em proveito comum ou originadas de despesas com os bens aprestos. Ainda, também se excluem os bens de uso pessoal, livros, instrumentos de profissão, proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge, pensões, meios-soldos, montepios e rendas semelhantes. Outrossim, de acordo com o artigo 1.669 do Código Civil, a incomunicabilidade dos frutos dos mencionados bens não se opera quando estes se percebam ou vençam durante o casamento.

Vejamos, portanto, que há similitude em diversos aspectos entre os regimes da comunhão universal e parcial. Com rigor, as mais relevantes diferenças dizem respeito à comunicabilidade dos bens precedentes à união, na comunhão universal, e àqueles sobrevividos por doação ou herança, porquanto no regime da comunhão universal estes somente não integram o acervo comum quando gravados por cláusula expressa de incomunicabilidade. Inclusive, o artigo 1.670 do mesmo diploma legal estatui que, quanto à administração dos bens, as regras que regem são as mesmas aplicáveis ao regime da comunhão parcial.

O regime da separação de bens é gênero que congrega duas espécies: separação convencional e separação obrigatória de bens, também denominada separação legal. A primeira é a que tem origem no pacto antenupcial, quando os nubentes, no exercício da autonomia privada, elegem a modalidade de separação de bens. A segunda é resultante da aplicação do artigo 1.641 do Código Civil, conforme já analisado, quando o matrimônio se procede entre cônjuges que possuam – ao menos um – idade superior a 70 anos, entre aqueles que dependam de suprimento judicial para casarem-se ou o fazem com

inobservância às cláusulas suspensivas da celebração (como uma espécie de “penalidade” por dita inobservância), as quais se encontram previstas no artigo 1.523 do Código Civil.⁹⁰

Dentre os quatro apontados regimes de bens, é o da separação o que melhor preserva a individualidade patrimonial das partes. Em qualquer das espécies – convencional ou obrigatória -, os cônjuges resguardam intactos seus bens e economias pessoais. Mantêm eles o domínio, administração, disponibilidade de bens (pretéritos, presentes e futuros) como também a responsabilidade pelas dívidas anteriores e posteriores ao matrimônio. É a espécie regulamentada pelos artigos 1.687 e 1.688 do Código civil, dispondo, este primeiro, que os consortes poderão livremente alienar e gravar de ônus real seus bens, o que era vedado pelo Código de 1916.⁹¹

Há ferrenha discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da constitucionalidade da Súmula 377 do STF. Dispõe a súmula que: *“No regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”*. Para Sérgio Gischkow Pereira, dita Súmula teve alicerce no artigo 259 do anterior Código Civil, que por sua vez dispunha que, independentemente do regime de bens, no silêncio, os princípios da comunhão de bens prevaleceriam. Prezava-se pela comunhão de bens de forma ostensiva, como se um princípio fosse, e cuja concreção seria sempre bem-vinda quando as partes quedassem-se silentes.⁹²

⁹⁰ Art. 1523 do CCB: Não devem casar:
I -o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;
II -a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;
III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

⁹¹ VENOSA, Sílvio. **Direito Civil**: direito de família. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 191.

⁹² PEREIRA, Sérgio Gischkow. Regimes de bens. **Revista dos Tribunais on line**. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818150000013930605d96b100ba37&docguid=I341924a0f25111dfab6f010000000000&hitguid=I341924a0f25111dfab6f010000000000&spos=12&epos=12&td=79&context=&startChunk=1&endChunk=1#>>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

Infere-se do enunciado que, na hipótese de separação obrigatória de bens, este garante aos cônjuges a meação sobre os bens havidos na constância conjugal, posto que não lhes é, em tais hipóteses, conferida a prerrogativa de eleger o regime de bens de sua legítima vontade.⁹³

Maria Berenice Dias comemora a edição da Súmula, referindo que esta somente veio a amenizar os nefastos efeitos decorrentes da imposição de um regime de bens separatório, indesejado pelo casal e atentatório do princípio da livre escolha do regime de bens. Ora, afinal, na visão da autora, desconhecer direito de meação sobre os aquestos em um casamento cujo regime de separação teve de ser involuntariamente digerido pelo casal configuraria enriquecimento ilícito daquele que colocou o patrimônio em seu nome, porquanto, não fosse a fleumática norma impositiva do regime de separação, os direitos seriam partilhados justa e devidamente entre os cônjuges, prescindindo-se de qualquer prova de conjunto esforço para sua aquisição.⁹⁴

Por fim, o quarto regime de bens expressamente vigente no ordenamento jurídico, originário do novo Código Civil, é o da participação final nos aquestos. Trata de um regime “misto”: durante a constância do casamento, vigora o regime da separação de bens – cada cônjuge administra de forma exclusiva o patrimônio em seu nome, e pode alienar livremente seus bens móveis -, mas ao advir a dissolução conjugal, o regime que se aplica é muito semelhante ao da comunhão parcial.⁹⁵

Segundo rege o artigo 1.674 do Diploma Civil, sobrevindo a dissolução da sociedade conjugal, o montante dos aquestos é apurado, excluindo-se deste a soma dos patrimônios próprios, quais sejam: bens anteriores ao casamento (e os sub-rogados em seu lugar), os que tocarem a cada cônjuge por sucessão ou

⁹³ PEREIRA, Sérgio Gisckow. Regimes de bens. **Revista dos Tribunais on line**. Disponível em: <[http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818150000013930605d96b100ba37&docguid=l341924a0f25111dfab6f01000000000&hitguid=l341924a0f25111dfab6f01000000000&spos=12&epos=12&td=79&context=&startChunk=1&endChunk=1#](http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818150000013930605d96b100ba37&docguid=l341924a0f25111dfab6f01000000000&hitguid=l341924a0f25111dfab6f01000000000&spos=12&epos=12&td=79&context=&startChunk=1&endChunk=1#>)>. Acesso em: 10 ago. 2012.

⁹⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 251.

⁹⁵ BRAGANHOLLO, Beatriz Helena. Casamento civil: regime de bens e seus reflexos patrimoniais e sucessórios. **Revista do CEJ**, Brasília, DF, n. 34, p. 30, set. 2006.

liberalidade e as dívidas relativas a estes bens. Ainda, o parágrafo único do mesmo dispositivo legal aduz que os bens móveis presumir-se-ão, sempre, adquiridos durante o casamento.

Quanto aos bens imóveis, o artigo 1.681 dispõe que serão de propriedade do cônjuge cujo nome constar no registro, de modo que, impugnada a titularidade, caberá ao cônjuge proprietário provar a aquisição regular do bem. Veja-se que a inversão do ônus da prova demonstra que o regime que decorre da ruptura não adquire idênticas feições ao regime da comunhão parcial de bens. Naquele regime, sobre os bens em nome de qualquer dos consortes seria reconhecido o direito de meação do outro, independentemente de estarem ou não em nome de apenas um dos cônjuges.⁹⁶

Jurandir Sebastião, com muita didática, define ilustrativamente o regime da participação final dos aquestos:

No regime de participação final nos aquestos, a administração é exclusiva de cada qual dos cônjuges, relativamente ao patrimônio individual. Para o casamento, cada qual dos consortes leva uma bola (círculo) de patrimônio: o marido, a bola “A”; a mulher, a bola “B”. A partir do casamento, cada qual dos cônjuges continuará aumentando a respectiva bola, com heranças e doações, e também com o produto de seu trabalho exclusivo, em razão da administração exclusiva de cada qual. Paralelamente a isso, ambos passarão a formar a bola “C”, apenas pelo trabalho em conjunto, ou eventuais doações ou heranças expressamente em favor de ambos. Por ocasião do desfazimento do casamento, cada cônjuge ficará com a sua respectiva bola (“A” e “B”) e ambos dividirão ao meio a bola “C”.⁹⁷

Há ainda regimes de bens dotados de particularidades que não lhes permitem a subsunção a qualquer dos específicos regimes ora abordados. São os regimes “mistos”, que congregam, em sua essência, mais de uma espécie de regime elencado pelo Código Civil. Os nubentes elegem modalidade própria, combinando regimes por critérios “temporal” e de “natureza” dos bens (por

⁹⁶ BRAGANHOLLO, Beatriz Helena. Casamento civil: regime de bens e seus reflexos patrimoniais e sucessórios. **Revista do CEJ**, Brasília, DF, n. 34, p. 30, set. 2006.

⁹⁷ SEBASTIÃO, Jurandir. O regime de bens de participação final nos aquestos (art. -1672 a art-1686 do código civil de 2002). **Adv**: Seleções Jurídicas, São Paulo, coad, p. 1-5, nov. 2004. VENOSA, Sílvio de Salvo. Contratos afetivos: o temor do amor. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 8, n. 44, p. 05, set./out. 2011.

exemplo, relativamente a bens futuros ou já adquiridos, bastando que não haja ofensa à ordem pública, direitos conjugais e disposição de lei, sempre assegurando-se os direitos de terceiros).⁹⁸

Os regimes híbridos de bens devem ser explorados pelas partes de acordo com a realidade patrimonial vivenciada ou mesmo esperada a se propagar no decorrer dos próximos anos. Aspectos de cunho econômico não que ser cuidadosamente considerados no momento da formalização do pacto que elege dita modalidade de regime de bens, tais como as perspectivas profissionais dos nubentes (nível de formação profissional, metas e aspirações), planejamentos conjuntos ou individuais, acervo patrimonial particular de cada parte e, até mesmo, herança a ser recebida.

Conforme restará abordado na segunda parte da dissertação, variáveis subjetivas, tais como afeto, cultura familiar e preconceitos arraigados na sociedade coíbem uma profícua análise, por parte dos nubentes, de questões de índole eminentemente patrimonial, fazendo com que muitas vezes abdicuem de estruturar um contrato alicerçado em cláusulas versantes sobre grande parte das contingências passíveis de ocorrência no curso natural de sua vida a dois. E isso cria território propenso a manejo de fraudes patrimoniais, bem como vem a majorar custos de transação atinentes à viabilidade de um acordo eficiente futuro caso sobrevenha a ruptura conjugal.

Algumas regras são comuns a todas as modalidades de regimes de bens. Dentre estas, se destaca a prescrita no artigo 1.647 do Código Civil, que veda aos cônjuges – exceto no regime da separação total de bens – alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis, pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos, prestar fiança ou aval e fazer doação não remuneratória de bens comuns ou que possam integrar futura meação. Ante a recusa de um dos cônjuges na concessão da outorga marital (para o homem) ou uxória (para a

⁹⁸ RODRIGUES, Felipe Leonardo. **Dos Regimes de Bens e a Possibilidade de Celebrar o Regime Híbrido no Pacto Antenupcial.** Disponível em: <<http://tabellios.blogspot.com.br/2008/10/dos-regimes-de-bens-e-possibilidade-de.html>>. Acesso em: 15 ago. 2012.

mulher), poderá o magistrado, aferindo inexistir motivo justo, suprir tal outorga, consoante dispõe o artigo 1.648 do diploma civil.

Novidade aventada também pelo Código Civil em vigor foi a possibilidade de alteração do regime de bens no curso do contrato matrimonial, conforme apregoado pelo artigo 1.639, § 2º, do diploma civilista⁹⁹. A questão suscitou dissonância jurisprudencial, já que a medida era vedada pelo Código Civil de 1916 e, por tal razão – dada a inércia legislativa –, desconhecia-se a aplicabilidade da norma aos matrimônios realizados sob lume do precedente diploma. O artigo 2.039¹⁰⁰ do Código em vigor, por seu turno, determina que os regime de bens, nos casamentos celebrados na vigência do código anterior, são aqueles por ele estabelecidos.

Maria Berenice Dias, acertadamente, refere ser mister reconhecer que não há qualquer coerente vedação à mudança a partir da exegese dos ora mencionados dispositivos legais.¹⁰¹ Na hipótese, cabe ser invocado o princípio da lei mais benéfica, de modo que se permita a alteração do regime de bens a qualquer tempo, seja qual haja sido o período no qual celebrado o matrimônio. Interpretação diversa conduziria a uma ilegítima restrição da liberdade, quando que, de acordo com a correta hermenêutica, regras restritivas não podem ser interpretadas extensiva ou alusivamente.¹⁰²

Posição infensa à alteração do regime de bens de casamentos realizados sob vigência do Código Civil anterior é sustentada por Maria Helena Diniz. A autora chama a atenção para a eficácia residual do Código anterior, sustentando que, mesmo revogado, seus efeitos jurídicos permanecem sendo irradiados no que tange aos regimes de bens. Contudo, a jurista relativiza a regra da imutabilidade nas hipóteses em que o magistrado julgar adequadas e

⁹⁹ Art. 1.639 § 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

¹⁰⁰ Art. 2.039 do CCB: O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido.

¹⁰¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 253.

¹⁰² MOTTA, Carlos Dias. **Direito Matrimonial e seus Princípios Jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 400.

passíveis de alteração, o que conduzirá sempre a uma interpretação casuística e à incidência do artigo 5º da LICC (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), como mecanismo a preencher lacunas axiológicas.¹⁰³

Deverá ser o pedido de alteração ser fundamentado e veiculado em Juízo, mediante interposição de ação própria. A exigência é medida que permite averiguar se o intento não caracteriza fraude contra terceiros ou dilapida, conseqüentemente, o patrimônio de filhos menores de idade.

O artigo 977 do Código Civil exemplifica uma hipótese hábil a ensejar a alteração, porquanto veda a constituição de sociedade empresarial por parte de cônjuges casados pelo regime da comunhão universal. Assim, caso optem por fazê-lo, deverão apresentar requerimento fundamentado em Juízo. Ainda, ilustrável a hipótese na qual o estrangeiro requer a adoção do regime da comunhão parcial quando de sua naturalização como brasileiro, nos termos do artigo 7º, § 5º da LICC (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro). Enfim, o rol de possíveis casos é bastante amplo, cabendo ao magistrado atuar com máxima cautela a fim de averiguar qual o real intuito de alteração, já que, como regra, incide o princípio da imutabilidade do regime de bens.

Aliás, mesmo aqueles casos sujeitos à imposição do regime da separação obrigatória de bens (por força do já abordado artigo 1.641 do Código Civil) serão passíveis de alteração de regime a partir de quando superada a causa que impôs aludido regime obrigatório. Bastará, portanto, motivada fundamentação judicial e expreso requerimento neste sentido.¹⁰⁴

No que tange à retroatividade, tem-se hoje que, com relação a terceiros de boa-fé, já portadores de direitos perante o casal, serão sempre *ex nunc* os efeitos, conferindo-se a esperada segurança jurídica. Em contrapartida, ressalvada esta hipótese, serão *ex tunc*, como regra, quando o regime futuro vier a ampliar o acervo patrimonial conjugal (conjunto), retroagindo à data da celebração. Todavia, poderá a

¹⁰³ DINIZ, Maria Helena. **Comentários ao Código Civil**: parte especial: disposições finais e transitórias (arts. 2.028 a 2.046). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 360.

¹⁰⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 252.

sentença impor outra data específica como termo inicial dos efeitos que dela irradiam, matéria a ser sempre apreciada casuisticamente.¹⁰⁵

Veja-se que a questão torna-se mais delicada quando o regime “pós-eleito” redundava na restrição do patrimônio em comum: seja da comunhão universal para a parcial, seja da comunhão parcial para a separação total, como exemplos. Com propriedade sobre o assunto, Rolf Madaleno alerta que, sob risco de convalidação de fraude, dever-se-á, nesses casos, proceder-se na prévia liquidação do regime anterior e correlata divisão do patrimônio já amealhado. Ou seja, a realização de uma verdadeira partilha de bens.¹⁰⁶

Neste sentido, também elucida a matéria a decisão lavrada por parte do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, datada de 28 de julho de 2011, de relatoria do Desembargador Luis Felipe Brasil Santos. Ao comungar do entendimento de que necessária a partilha de bens quando o intuito é a restrição patrimonial, o eminente magistrado ainda enfatiza que qualquer negativa de alteração do regime de bens, por parte do Estado, configura indevida ingerência na esfera privada da vida dos consortes, impondo-se, contudo, a preservação do interesse de terceiros.¹⁰⁷

¹⁰⁵ PEREIRA, Sérgio Gischkow. Regimes de bens. **Revista dos Tribunais on line**. Disponível em: <[http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818150000013930605d96b100ba37&docguid=l341924a0f25111dfab6f010000000000&hitguid=l341924a0f25111dfab6f010000000000&spos=12&epos=12&td=79&context=&startChunk=1&endChunk=1#](http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818150000013930605d96b100ba37&docguid=l341924a0f25111dfab6f010000000000&hitguid=l341924a0f25111dfab6f010000000000&spos=12&epos=12&td=79&context=&startChunk=1&endChunk=1#>)>. Acesso em: 10 ago. 2012.

¹⁰⁶ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 702.
¹⁰⁷ **Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. REGIME DE BENS. MODIFICAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.639, § 2º. DO CÓDIGO CIVIL. DISPENSA DE CONSISTENTE MOTIVAÇÃO. 1. Estando expressamente ressalvados os interesses de terceiros (art. 1.639, § 2º, do CCB), em relação aos quais será ineficaz a alteração de regime, não vejo motivo para o Estado Juiz negar a modificação pretendida. Trata-se de indevida e injustificada ingerência na autonomia de vontade das partes. Basta que os requerentes afirmem que o novo regime escolhido melhor atende seus anseios pessoais que se terá por preenchida a exigência legal, ressalvando-se, é claro, a suspeita de eventual má fé de um dos cônjuges em relação ao outro. Três argumentos principais militam em prol dessa exegese liberalizante, a saber: 1) não há qualquer exigência de apontar motivos para a escolha original do regime de bens quando do casamento; 2) nada obstará que os cônjuges, vendo negada sua pretensão, simulem um divórcio e contraiam novo casamento, com opção por regime de bens diverso; 3) sendo atualmente possível o desfazimento extrajudicial do próprio casamento, sem necessidade de submeter ao Poder Judiciário as causas para tal, é ilógica essa exigência quanto à singela **alteração do regime de bens**. 2. Não há qualquer óbice a que a modificação do regime de bens se dê com efeito retroativo à data do casamento, pois, como já dito, ressalvados estão os direitos de terceiros. E, sendo retroativos os efeitos, na medida em que os requerentes pretendem adotar o regime da separação total de bens, nada mais natural (e até exiável, pode-se dizer) que realizem a **partilha** do patrimônio comum de que são titulares. 3. Em se tratando de feito de jurisdição voluntária, invocável a regra do art. 1.109 do CPC, para afastar o critério de legalidade estrita, decidindo-se o processo de acordo com o que se repute mais conveniente ou oportuno (critério de equidade). DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70042401083**. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, 8ª Câmara Cível. Publicado em 04/08/2011).

Sob esta ótica, injusto é o discrepante tratamento conferido ao casamento e à união estável no que tange à operância dos efeitos retroativos. Conforme visto, se o interesse dos cônjuges é alterar o regime para outro que restrinja o patrimônio conjugal (por exemplo, da comunhão parcial para a separação total), imperiosa a realização da liquidação patrimonial. Por seu turno, se os conviventes que mantêm uma união (despida de contrato formal) optam por contratar a incomunicabilidade dos bens adquiridos, firmando o contrato de convivência (previsto no artigo 1.725 do Diploma Civil), podem atribuir um regime que retroaja sem que necessária seja a prévia liquidação.

A conclusão mais evidente perante o impasse, de acordo com Rolf Madaleno, quando a relação afetiva não houver sofrido qualquer solução de continuidade, é a de que os direitos adquiridos pelas partes não podem ser modificados, havendo que se proceder – tal como se dá no matrimônio – na prévia partilha conjugal de bens, sob pena de inaceitável e escancarada burla ao enriquecimento indevido.¹⁰⁸

O mesmo raciocínio deve ser aplicado à conversão de uma união estável em casamento, devendo o intérprete pautar-se por critérios de restrição e ampliação do acervo conjugal como parâmetros a justificar a necessidade (ou não) de uma prévia liquidação de bens, cabendo ser esta exigida quando o interesse das partes for o de alterar o regime para outro que implique a redução do grau de comunicabilidade legal dos bens.

2.1.3 Contratos Tipicamente Celebrados pelos Cônjuges Na Constância Matrimonial

Ao longo da vida conjugal, o rol de possíveis negócios jurídicos travados pelos consortes – tanto entre si como em relação a terceiros, individual ou conjuntamente – são imensuráveis, já que inerentes à própria participação social, profissional e familiar dos indivíduos na comunidade global.

¹⁰⁸ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 701.

Cumpra, pois, a abordagem dos principais contratos, cujos reflexos e decorrências patrimoniais e/ou financeiras operadas a partir da dissolução do matrimônio são objeto, não raro, de acirrados litígios junto ao Poder Judiciário. Não se pretende aprofundar o estudo de tais espécies contratuais, mas sim ressaltar aspectos pontuais de cada qual, a influírem na concatenação lógica do presente trabalho, notadamente quando da análise das possíveis soluções jurídicas atribuídas a problemáticas emergidas no âmbito da dissolução do contrato matrimonial.

No atual Código Civil, após o capítulo que trata da teoria geral dos contratos, passa-se a arrolar os principais contratos em espécie. São considerados “nominados”, porque dotados de específica previsão legal no ordenamento jurídico. Nesta seara, o primeiro deles é o contrato de compra e venda, como o de maior incidência prática no dia a dia dos cidadãos.

Mediante a formalização do contrato, disciplina o artigo 481 do Código Civil que “(...) *um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro*”. Vejamos que, no ordenamento jurídico brasileiro, do contrato em comento exsurge a obrigação de transferência de domínio, não se operando esta de forma automática ante a existência do contrato.

Quanto aos bens imóveis, a aquisição de sua propriedade somente se perfectibiliza a partir da inscrição da escritura do contrato de compra e venda no respectivo cartório de registro de bens imóveis, enquanto que, com relação aos bens móveis, mediante a tradição, ou seja, a partir da efetiva entrega da coisa.¹⁰⁹

Referentemente à forma, o artigo 108 do Código Civil prescreve a escritura pública para compra e venda de bens imóveis, salvo se tratar de transação cujo valor não exceda a trinta vezes o valor do maior salário mínimo

¹⁰⁹ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil – Contratos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 161.

vigente no país, quando então poderá o contrato ser formulado por instrumento particular ou até mesmo em molde meramente consensual (verbal).¹¹⁰

São três os principais elementos do contrato em espécie: *consensus*, *pretium* e *res*. O consenso incide sobre a coisa e o preço, concentrando-se o vendedor no preço e o comprador na coisa. É possível que a definição do preço recaia tanto em dinheiro como também, em parte, em coisa. O *quantum* atribuído ao preço não poderá ser arbitrado somente por uma das partes, nem mesmo ser irrisório ou vil, sob pena de desnaturaçãõ do contrato de compra e venda e enquadramento como contrato de doaçãõ.¹¹¹

O Código Civil de 2002 não dispõs sobre o contrato de promessa de compra e venda de forma específica. No entanto, disciplinou o contrato preliminar, e é sob o manto desta modalidade que o contrato de promessa de compra e venda é adequadamente estudado. O artigo 462 do Diploma Civil declara que “*O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado*”. É por esta tal razão que o ordenamento pátrio não exige, como condição de validade, que o contrato de promessa de compra e venda de bens imóveis seja inscrito em Cartório de Registro Civil, ao revés do que se opera com relação ao contrato de compra e venda.¹¹²

A falta de obrigatoriedade, todavia, não veda o registro do instrumento de promessa de compra e venda. Arnaldo Rizzardo descreve alguns dos benefícios oriundos do respectivo registro do contrato por parte do promissário comprador, máxime no que concerne à eficácia *erga omnes* que esse irradia:

Uma vez efetuado o lançamento do Livro 2, do ofício imobiliário, o promissário comprador tem preferência para a aquisição do imóvel, tornando-se ineficazes os atos de alienação e oneração operados posteriormente ao registro. O seu valor *erga omnes* impõe ao promitente vendedor uma abstenção em relação ao imóvel objeto da

¹¹⁰ Art. 108 do CCB: Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

¹¹¹ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil – Contratos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 162-3.

¹¹² Ibidem, p. 167.

promessa, que, indiretamente, equivale à sujeição deste, em dado momento, à vontade do promitente comprador.¹¹³

Gize-se que, por dispensar forma específica, o contrato de promessa de compra e venda pode ser verbal, cabendo observar-se o que dispõe o artigo 227, caput do Código Civil.¹¹⁴ Ainda, deverá o cônjuge não casado pelo regime da separação total anuir quanto à promessa, *ex vi* do artigo 462 da Lei Civil, que somente excetua o requisito da forma específica dentre aqueles exigidos para a formação contrato preliminar (promessa de compra e venda) e o principal (compra e venda).

Outrossim, ante a permissiva legal, o contrato de compra e venda pode ser lavrado entre cônjuges quanto a seus bens comunicáveis. O artigo 499 do Código Civil somente veda que o objeto do contrato recaia sobre bens componentes do acervo comum, permitindo, assim, seja procedido em relação a bens privativos dos consortes. Do contrário, estar-se-ia, mesmo que indiretamente, a proceder-se em verdadeira alteração de regime de bens, já que o patrimônio em comum transitaria livremente ao acervo singular de cada consorte da forma que bem lhes aprouvesse.¹¹⁵

Outra espécie contratual bastante comum é do contrato de doação. Trata a doação, na concepção de Pablo Stolze Gagliano, do “*negócio jurídico em que mais nitidamente identificamos a faculdade real de disposição inerente ao direito de propriedade*”. Consiste, assim, em negócio jurídico firmado entre doador e donatário, por meio do qual há a transferência de bens para o patrimônio do segundo, que os aceita. Para o mesmo autor ora citado, enquanto que na compra e venda as partes são animadas por interesses antagônicos, que se contemporizam, na doação prevalece o interesse do doador, convergente com a vontade do donatário, a perfectibilizar o acordo de vontades que fecunda na espécie.¹¹⁶

¹¹³ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 382.

¹¹⁴ Art. 227 do CCB: Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados.

¹¹⁵ Art. 499 do CCB. É lícita a compra e venda entre cônjuges, com relação a bens excluídos da comunhão.

¹¹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze. **O Contrato de Doação – Análise Crítica do Atual Sistema Jurídico e Seus Efeitos no Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 7.

De acordo com a norma insculpida no artigo 541 do Código Civil, a doação far-se-á por escritura pública ou por instrumento particular; ainda, será validada a doação verbal sobre bens móveis de pequeno valor quando a esta se lhe seguir, imediatamente, a tradição. Vejamos, assim, que trata de negócio jurídico formal, embora se caracterize muito mais por sua natureza de liberalidade do que por seu revestimento exterior.¹¹⁷

No que diz respeito à possibilidade de doação entre cônjuges, viável em relação aos bens privativos de cada qual, no mesmíssimo raciocínio conferido à compra e venda. Afinal, por exemplo, carecerá de sentido a doação entre cônjuges cujo regime de bens seja o da comunhão universal, já que o bem sairá do patrimônio comum para novamente nele ingressar. Por outra banda, há coerência quando se trata de doação que recai sobre bem particular do consorte, a partir de quando, então, passa a ser de propriedade exclusiva do outro consorte.¹¹⁸

Insta ressaltar que, tanto na hipótese de compra e venda como na de doação a terceiros, terá o cônjuge interessado na prática do ato que solicitar ao outro a outorga marital ou uxória, sob pena de anulabilidade do próprio negócio jurídico, salvo, contudo, quando o regime de bens for o da separação total, na esteira do artigo 1.647 do Código Civil.

Na mesma análise, merecem atenção algumas modalidades de contratos bancários. A conceituação de contrato bancário é tarefa árdua em tempos de visível amplitude quantitativa das relações jurídicas emergidas no âmbito das instituições financeiras, cuja participação, gradativamente, se multiplica em uma sociedade globalizada, dependente da atuação dos denominados bancos-múltiplos, que atuam sob distintas perspectivas na realização de diferentes e desconcentradas tarefas.¹¹⁹

¹¹⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze. **O Contrato de Doação – Análise Crítica do Atual Sistema Jurídico e Seus Efeitos no Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 18.

¹¹⁸ Ibidem, p. 19.

¹¹⁹ TUSA, Gabriele. Contratos Bancários. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (coord.). **Direito Civil – Direito Patrimonial – Direito Existencial – Estudos em Homenagem à Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka**. São Paulo: Método, 2006. p. 299.

Para Cláudia Lima Marques, os contratos bancários tratam de contratos “complexos”, já que envolvem diferentes *faceres* na sociedade. Ao conceituar os contratos bancários, assevera a autora:

(...) São serviços prestados por um fornecedor ou por uma cadeia de fornecedores solidários, organizados internamente, sem que o consumidor, na maioria das vezes, fique consciente desta organização. Tratam-se de serviços que no contexto da vida moderna, de grande insegurança e de indução através da publicidade massiva à necessidade de acumulação de bens materiais e imateriais (o chamado "poder da necessidade" e a "sedução das novas necessidades"), vinculam o consumidor de tal forma que, ao longo dos anos de duração da relação contratual complexa, torna-se este cliente-"cativo" daquele fornecedor ou cadeia de fornecedores, tornando-se dependente mesmo da manutenção daquela relação contratual ou verá frustradas todas as suas expectativas. Em outras palavras, para manter o vínculo com o fornecedor aceitará facilmente qualquer nova imposição por este desejada.¹²⁰

Tem-se, portanto, contrato bancário como todo aquele acordo de vontades entre uma instituição financeira e um cliente, destinado a regular, criar e extinguir relações concernentes a intermediação de crédito em moeda nacional ou estrangeira. A instituição financeira, assim, dedica-se na captação de recursos junto aos clientes e ao empréstimo a demais clientes seus. O contrato bancário típico ativo é todo aquele no qual a instituição financeira assume pólo de credora (aplicando recursos e concedendo crédito), enquanto que contratos bancários típicos passivos são aqueles nos quais o banco assume o pólo de devedor, na recolha do capital.¹²¹

Refira-se, por oportuno, haver ferrenha discussão doutrinária acerca da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078 de 1990) aos contratos bancários, bem como relativamente ao grau e forma em que tal se opera.

¹²⁰ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos Bancários em tempos pós-modernos – primeiras reflexões. In: **Revista dos Tribunais on line**. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181500001396e0274436844f973&docguid=I308954e0f25611dfab6f01000000000&hitguid=I308954e0f25611dfab6f01000000000&spos=12&epos=12&td=4000&context=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 15 ago. 2012.

¹²¹ TUSA, Gabriele. Contratos Bancários. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (coord.). **Direito Civil – Direito Patrimonial – Direito Existencial – Estudos em Homenagem à Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka**. São Paulo: Método, 2006. p. 301.

Não cabendo tecerem-se maiores considerações, gize-se prevalecer o entendimento de que aos contratos bancários é atribuída a condição de relação de consumo, já que as agências financeiras prestam serviços a sujeitos que destes usufruem como destinatários, independentemente de os utilizarem para fabricação ou realização de outros produtos e serviços. Sob a égide da doutrina maximalista, é irrelevante que o consumidor - tal como exige a doutrina finalista - usufrua do serviço como seu destinatário final, sendo importante apenas que receba determinado bem ou serviço e que destes faça proveito de alguma forma.¹²² Aliás, no próprio microestatuto jusconsumerista, verifica-se que, em seu artigo 3º, § 2º, há expressa menção à prestação de serviços de natureza bancária.¹²³

Os contratos bancários, em sua maioria, apresentam-se na modalidade de adesão, com cláusulas pré-estabelecidas unilateralmente pelas instituições bancárias, sendo vedado ao consumidor que disponha das cláusulas na forma que lhe aprouver. Correlatamente a isto, da habitualidade e profissionalismo característicos dos fornecedores de serviços (bancos) e da vulnerabilidade que é inerente aos clientes (presumidamente despojados de conhecimento técnico quanto ao conteúdo contratual), depreende-se a natureza consumerista dos contratos de prestação de serviços bancários, a ensejar, portanto, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor na busca do equilíbrio entre os partícipes.¹²⁴

Nesta seara, destacam-se os contratos bancários de depósito e de mútuo bancário. Os primeiros tratam de espécies contratuais nas quais uma pessoa entrega quantia em dinheiro a um banco, que então deverá restituí-la nas condições previstas, e a pedido do depositante. Constituem-se as contas-poupança e contas-corrente nas principais “sub-espécies” do contrato de depósito bancário. No Brasil, a abertura de uma conta-poupança opera-se gratuitamente.¹²⁵ Do contrato de depósito

¹²² TUSA, Gabriele. Contratos Bancários. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (coord.). **Direito Civil – Direito Patrimonial – Direito Existencial – Estudos em Homenagem à Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka**. São Paulo: Método, 2006. p. 303.

¹²³ Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (...) § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

¹²⁴ TUSA, op. cit., p. 311.

¹²⁵ Ibidem, p. 309.

derivam diversas alternativas para sua execução, tais como caixas expressos, débitos diretos, cheques, utilização de cartão de crédito, dentre outras, sendo todas estas de significativa presença no dia a dia dos cidadãos.¹²⁶

Entre os cônjuges, a abertura de uma conta conjunta é prática muitíssimo comum. Pressupõe-se que cada qual detém 50% do *quantum* ali depositado. Outrossim, o investimento conjunto, originado, por exemplo – porque mais corriqueiro –, a partir de abertura de contas-poupança ou certificados de depósito bancário (CDB), com todos os frutos e rendimentos que destes provêm, haverá que ser quantificado e conseqüentemente partilhado entre os consortes, independentemente de quem seja o titular do contrato.

Luciano Timm aponta crescimento na utilização dos serviços bancários realizados via internet, denominados “*internet banking*” ou “*home banking*”. Alerta o autor que estes são merecedores do mesmo tratamento conferido às categorias tradicionais de contratos bancários, e por tal razão requerem a aplicação do mesmo arcabouço legislativo incidente nas operações bancárias tradicionais.¹²⁷

Merece destaque, no âmbito dos contratos bancários, as modalidades de financiamentos imobiliários, ocasião na qual um ou ambos os cônjuges figuram como partes contratantes junto a financiadoras. Ajustam contrato de mútuo para aquisição de moradia ou por abertura de crédito para a construção de unidades habitacionais.

Os recursos que sustentam o Sistema Financeiro habitacional (SFH) - criado pela Lei n. 4.380/1964 - possuem finalidade substancialmente social, com escopo de garantir às camadas mais desfavorecidas da população uma chance de articulação para aquisição de casa própria. Entrementes, por intermédio da massificação

¹²⁶ TIMM, Luciano Benetti. A prestação de serviços bancários via internet (home banking) e a proteção do consumidor. In: **Revista dos Tribunais on line**. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181600001396e45b2423230f3d2&docguid=Id3cbfc402d4111e0baf30000855dd350&hitguid=Id3cbfc402d4111e0baf30000855dd350&spos=3&epos=3&td=1759&context=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 15 ago. 2012.

¹²⁷ TIMM, loc. cit.

contratual, vem a espécie se revelando – nas palavras de Antônio Carlos Efering – um “*verdadeiro cartel, contrário aos interesses do consumidor como um todo*”.¹²⁸

Ocorre que tratam de contratos de adesão, nos quais o consumidor tem de concordar com a sistemática de condições e quanto à forma de correção de prestações, condicionando-se o financiamento à sua plena anuência. O parágrafo único do artigo 1º da Lei n. 8.004/1990 – a qual dispõe sobre a transferência do financiamento do âmbito do SFH -, veda expressamente a formalização de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão relativas à dita espécie de bem imóvel sem a expressa concordância do agente financeiro para o negócio jurídico. Há quem refira que a exigência fere frontalmente a autonomia da vontade dos consortes no momento da partilha de seus próprios bens.¹²⁹

Ainda, em 1997, a Lei n. 9.514 criou o Sistema Financeiro Imobiliário (SFI), provendo mais uma alternativa ao mercado de imóveis. Em cotejo ao SFH, o SFI revela-se consideravelmente inferior no que tange à concretização de atendimento às necessidades sociais de moradia da população. Por outra banda, permite a contratação livre entre as partes e agente financeiro, e não possui a casa própria como único objeto do contrato, açambarcando toda e qualquer natureza de bens imóveis. As condições da contratação são substancialmente distintas. Enquanto que no SFH cabe unicamente à Caixa Econômica Federal a coordenação e execução das políticas habitacionais (sucendo o antigo BNH – Banco Nacional da Habitação), no SFI a agência financiadora é de opção das partes contratantes.¹³⁰

Refira-se que a maior novidade advinda do SFI foi a celeridade empregada nos mecanismos de reintegração de posse em caso de inadimplemento do mutuário (consumidor). A Lei 9.514/1997, instituidora do SFI, também estendeu a modalidade contratual de alienação fiduciária a bens imóveis, até então prevista no ordenamento jurídico exclusivamente com relação a bens móveis.¹³¹

¹²⁸ EFING, Antônio Carlos. **Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 241.

¹²⁹ Ibidem, p. 242-3.

¹³⁰ Ibidem, p. 251.

¹³¹ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil – Contratos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 480.

Conforme já acima afirmado, a problemática envolvendo as espécies de contratos de financiamento imobiliário surge principalmente no momento da partilha dos bens conjugais, quando então haverá o reconhecimento dos direitos e ações relativos aos imóveis em questão a cada dos consortes, conforme restará oportunamente abordado.

Neste cenário, merecem destaque também os contratos de seguro de vida, nos quais, em grande parte, o beneficiário da apólice é o cônjuge sobrevivente. Pontes de Miranda os classifica em três espécies, quais sejam: seguro de vida para caso de morte (nascendo a pretensão com a morte), seguro de vida para caso de vida (no qual a soma é prestada pelo segurador, a partir de determinado momento, caso encontre-se o segurado vivo) e seguro de vida misto (em que se unem as duas espécies, de modo que a prestação é devida se o segurado ainda vive em determinado momento, ou em sua morte, caso ocorra antes daquele momento).¹³² Segundo o doutrinador:

O segurado tem interesse em permanecer vivo e tem interesse em que, se premorre em relação a alguma data, ou se morre logo, ou cedo, se lhe ressarça o dano, em benefício de outrem. (...) O interesse do segurado não é só egoístico; pode ser o interesse da família, ou de alguém, a que ele entende proteger. Cobre-se o risco como se cobre qualquer outro seguro. Só se pensa em diferença básica entre o seguro de vida e os outros seguros quando se parte da teoria que não atende ao que é comum e essencial a todos os seguros.¹³³

No Código Civil, a espécie é regulada pelos artigos 789 ao 802. No artigo 792, há expressa disposição no sentido de que, na ausência de indicação de beneficiário por parte do segurado na respectiva apólice, presumir-se-ão como beneficiários o cônjuge e demais herdeiros (na ordem de vocação hereditária), havendo o capital segurado que ser rateado entre estes. No parágrafo único do mesmo dispositivo legal, são declarados como beneficiários, ante a ausência de cônjuge e herdeiros, aqueles que provem que o óbito do segurado lhes privou do meio necessário para subsistência.

¹³² MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 46. Campinas: Bookseller, 2006. p. 24.

¹³³ Ibidem, p. 30.

Novidade do vigente Diploma Civil foi a instituição do companheiro como beneficiário, se constatado que, ao tempo do falecimento, segurado e consorte já estavam separados de fato. Ainda, prega o artigo 794 que o capital estipulado não se sujeita a dívidas do segurado e nem mesmo é considerado herança, não devendo ser incluído no rol de bens do *de cujus* em seu inventário, o que mitiga a burocracia e provê celeridade à contemplação dos beneficiários.

Cabe menção também à contratação de planos de saúde. Consistem estes no pagamento de mensalidades em contraprestação a atendimentos médicos, hospitalares e atos em geral necessários ao diagnóstico, tratamento, ações de prevenção de doenças e à promoção da saúde. Há basicamente cinco espécies de contratos: individual (firmado por uma pessoa física isoladamente), familiar (em favor de família do aderente, incluindo-se ele próprio), coletivo (envolvendo pessoas jurídicas, de modo que favorecidos grupos de pessoas), coletivo empresarial (com adesão obrigatória e automática de empregados) ou coletivo por adesão (sendo esta opcional e espontânea).¹³⁴

No Brasil, o contrato de plano de saúde operado por pessoas jurídicas de direito privado é regido pela Lei n. 9.656, de 1998, com as alterações trazidas pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001. Mesmo sob a égide da Lei em comento, no entanto, as partes contratantes submetem-se especialmente ao Código de Defesa do Consumidor, já que os contratos de plano de saúde detêm, em regra, natureza de adesão.¹³⁵

Na presente abordagem, a relevância da espécie contratual cinge-se à possibilidade de, quando da fixação de alimentos entre os ex-cônjuges, possa o necessitado ser enquadrado na condição de dependente do plano de saúde do alimentante, seja quando operado o plano por entidades privadas, seja quando operado por entidades de caráter público (cujas normas incidentes são objeto de

¹³⁴ RODRIGUES, Décio Luiz José. **Planos de Saúde**. São Paulo: ícone, 2008. p. 15.

¹³⁵ Artigo 54 do CDC: Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. (...)

legislação própria), em consagração ao direito à saúde do indivíduo, assegurado pela Constituição Federal.

Cabe a análise, ainda, dos contratos societários formados no bojo da sociedade conjugal. O artigo 978 do Código Civil excetua a regra de obrigatoriedade da outorga conjugal ao permitir a alienação ou gravame de ônus real dos bens imóveis integrantes do acervo patrimonial da empresa de qualquer dos consortes.¹³⁶

Assim sendo, mesmo que “firma individual” ou “empresário singular”, tais bens não comporão o patrimônio conjugal. A medida assegura a fácil circulação dos bens da empresa, que não ficam, pois, adstritos à vontade do cônjuge do empresário.¹³⁷ Oportuna se faz a transcrição de lição proferida por Maria Helena Diniz neste sentido:

Se um empresário individual casado vier a explorar o imóvel, onde reside com sua família, transformando-a numa pousada, para vendê-lo precisará de outorga conjugal, se o seu regime não for o da separação absoluta de bens, visto que aquele bem de raiz, apesar de ser o suporte de sua atividade empresarial, pertence ao patrimônio familiar, integrando-o, recaindo sob a égide do artt. 1.647, I, do Código Civil e não sob a do art. 978.¹³⁸

Na vigência do Código Civil de 1916, já era pungente o debate acerca da possibilidade de constituição de empresa entre consortes, já que a Lei nada mencionava a esse respeito. Surpreendentemente – já que o impasse parecia solucionado, permitindo-se a constituição de dita natureza de sociedades empresárias -, o novel Diploma Civil vedou sua formação entre consortes casados pelos regimes da comunhão universal de bens ou da separação obrigatória (aquela imposta, cogentemente, pelo artigo 1.641 do Código Civil, já analisado).¹³⁹ Portanto, é hoje permitida a formação de sociedades empresárias por cônjuges, entre si,

¹³⁶ Artigo 978 do CCB: O empresário casado pode, sem necessidade de outorga conjugal, qualquer que seja o regime de bens, alienar os imóveis que integrem o patrimônio da empresa ou gravá-los de ônus real.

¹³⁷ DINIZ, Maria Helena. Impacto do regime matrimonial de bens nas relações empresariais. 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. 275.

¹³⁸ Ibidem, p. 276.

¹³⁹ Artigo 977 do CCB: faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória.

casados sob o regime da i) comunhão parcial, ii) participação final nos aquestos e iii) separação convencional de bens.

Tendo-se em vista norma contida no dispositivo 2.031 do Código Civil, ordenando a adaptação, por parte das empresas e empresários, às novas disposições do ordenamento jurídico civil até janeiro de 2007, instaurou-se celeuma na doutrina e jurisprudência pátrias quanto à necessidade (ou não) de alterar-se o regime de bens ou o contrato social da empresa constituída antes da entrada em vigor do atual Código Civil, quando ainda permitida era a formação de sociedade empresária entre consortes independentemente do regime de bens ajustado.

O Enunciado nº 204 do Conselho de Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil, determina que a vedação da constituição de sociedades formadas entre pessoas casadas sob o regime de comunhão universal ou separação obrigatória somente atingiria as sociedades constituídas após a vigência do Código Civil de 2003. E no mesmo sentido foi proferido o Parecer Jurídico DNRC/COJUR de nº 125/2003, pugnano pela prevalência do ato jurídico perfeito e pelo alcance da norma somente às sociedades empresarias constituídas sob égide do Código Civil de 2003.

Portanto, segundo o ordenamento jurídico vigente, o casado que pretender constituir sociedade com seu cônjuge, se o regime for o vedado pelo artigo 977 do Código Civil, deverá alterá-lo, em observância ao artigo 1.639, § 2º do Código Civil. Contudo, a regra não se aplica às sociedades constituídas por cônjuges-sócios antes da vigência do novel diploma, porquanto a formação da sociedade, na hipótese, trata de fato consumado, com deliberações já tomadas e já consolidada na coletividade e no mercado.¹⁴⁰

Razões levaram o legislador a coibir a formação de quadro societário por cônjuges casados sob comunhão universal de bens ou separação obrigatória. Rolf Madaleno esclarece que, no tocante ao primeiro regime, a sociedade entre esposos

¹⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. Impacto do regime matrimonial de bens nas relações empresariais. 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. 281.

seria pleonástica, já que, acima da associação empresarial, figura a sociedade conjugal, cuja dissolução culminaria na divisão equânime das cotas sociais. Já o interesse do legislador no que se refere ao regime da separação obrigatória de bens seria o de evitar dissimulada comunhão de bens pela via societária, quando que estes se uniriam por força de uma sociedade empresária, tornando inócuo o comando proibitivo de sua comunhão patrimonial.¹⁴¹

Para o mesmo doutrinador, todavia, “a proibição do artigo 977 do Código Civil representa um retorno inconcebível à idéia constitucional de desigualdade dos cônjuges em sua capacidade de compreensão e administração dos bens conjugais”, asseverando que o legislador, ao contrário, mais deveria temer situações nas quais uma sociedade é constituída sem a presença do parceiro, mais propensa à perpetração de fraude patrimonial.¹⁴²

2.2 A DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO E OS REFLEXOS SÓCIO-ECONÔMICOS

Esta seção tem como escopo expor os principais reflexos sócio-econômicos operados entre as partes após a dissolução do contrato de casamento mantendo-se, sempre, o matrimônio sob a perspectiva contratual. Abordar-se-á as possíveis formas de dissolução das núpcias no Brasil, bem como as principais discussões doutrinárias e dissensos jurisprudenciais atinentes a certos temas polêmicos da atualidade na presente seara. O item 2.2.3, relativa às soluções jurídicas patrimoniais e contratuais, possui correlação com o item 2.1.3, especificando algumas possibilidades de destino de relações contratuais celebradas pelos consortes a partir do advento da separação ou divórcio. Ainda, ilustrar-se-á aspectos enfocados no presente sub-capítulo com julgados do Superior Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Tribunal de Justiça São Paulo. Dentre os tribunais brasileiros, optou-se pela escolha dos Tribunais do Rio Grande do Sul e São Paulo por se tratarem, respectivamente, do mais vanguardista e mais tradicional em matéria de Direito de Família, como critério utilizado a uma necessária delimitação.

¹⁴¹ MADALENO, Rolf. **A Desconsideração Judicial da Pessoa Jurídica e da Interposta Pessoa Física no Direito de Família e no Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 143.

¹⁴² Ibidem, p. 146.

2.2.1 Formas de Dissolução da Sociedade e do Vínculo Conjugal

No Brasil, a partir da proclamação da independência e instauração da monarquia (1822-1889), o Estado permaneceu sob direta influência da Igreja Católica, que consolidara sua jurisdição eclesiástica no matrimônio a partir do Decreto de 03.11.1828, ao apregoar necessária observância às disposições do Concílio de Trento e do Arcebispado da Bahia. Com a publicação da primeira Constituição brasileira, em 1891, restou enfim separado o Estado da Igreja, passando-se a disciplinar o instituto da “separação de corpos” nos casos de adultério, sevícia, injúria grave, abandono de lar por período pré-determinado, entre demais hipóteses. Na sequência fática, em 1917, a partir da publicação do primeiro Código Civil, passou a ser regulamentado o término da sociedade conjugal por via do “desquite”, o qual poderia ser amigável ou litigioso. Por via do desquite, gize-se, o vínculo conjugal permanecia incólume, promovendo-se tão-somente a separação de corpos e a imposição de termo final ao regime de bens em vigência. Todavia, a par dos avanços legislativos ocorridos até então, a segunda Constituição da República, de 1934, alçou a indissolubilidade matrimonial à categoria de preceito constitucional.¹⁴³

Permaneceu o matrimônio como instituto indissolúvel até 1977, quando a Emenda Constitucional n. 9 alterou o texto do § 1º do artigo 175 da Constituição Federal de 1967, possibilitando a dissolução do casamento nos casos expressos em lei sempre que houvesse prévia separação judicial, por três anos, ou separação fática, por cinco anos, revogando o dispositivo constitucional que expressamente vedava, para todos os fins, a dissolução matrimonial. No mesmo ano, foi promulgada a Lei n. 6.515, de 26 de dezembro, que passou a regular os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, bem como seus efeitos e matérias de cunho processual e procedimental da espécie.¹⁴⁴

Dita Lei, batizada rapidamente como “Lei do Divórcio”, arrolou as hipóteses de término da sociedade conjugal, quais fossem: morte, nulidade ou anulação do

¹⁴³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática**. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ ed., 2011. p. 9.

¹⁴⁴ DA SILVA, Regina Beatriz Tavares. **A Emenda Constitucional do Divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 14.

casamento, separação judicial ou divórcio, estatuinto ainda que o casamento válido dissolver-se-ia, unicamente, a partir do óbito de um dos cônjuges ou do divórcio.¹⁴⁵ Ainda, referida Lei permitia a formulação do divórcio uma única vez, o que restou revogado pela Lei n. 7.841, de 1989.

Neste contexto, entrou em vigor a Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 226, § 6º, reduziu os prazos de prévia separação judicial para um ano e separação de fato para dois anos. No mesmo diapasão, o vigente Código Civil brasileiro adotou o sistema aventado pela Lei divorcista, regulamentando as espécies de “culpa” a serem imputadas ao consorte nas hipóteses de separação judicial culposa.¹⁴⁶

Conforme será abordado oportunamente, inovação recente foi a promulgação, em 13 de julho de 2010, da Emenda Constitucional n. 66, sugerida pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), através do Deputado Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA). Dita alteração conferiu nova redação ao artigo 226, § 6º da Constituição Federal, suprimido os requisitos de prévia separação judicial por mais de um ano ou separação fática por mais de dois anos à concessão do divórcio, podendo este, hoje, ser pleiteado de forma direta.¹⁴⁷

Nos termos do artigo 1.571 do Código Civil, a sociedade conjugal termina pela morte de um dos consortes, nulidade ou anulação do casamento, separação ou divórcio. Ainda, o §1º do dispositivo dispõe que o casamento válido somente se dissolve pelo divórcio ou pela morte de um dos cônjuges.¹⁴⁸ Caberá análise de cada um dos institutos, separadamente, com ênfase nas modificações trazidas pela Emenda n. 66 de 2010 e nas decorrentes dissonâncias doutrinárias emergidas a partir da atual concepção de divórcio no Brasil.

¹⁴⁵ BRASIL. **Lei do Divórcio**. Lei n. nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Brasília, 1977, artigo 2º.

¹⁴⁶ DA SILVA, op. cit., p. 15.

¹⁴⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio**: teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ ed., 2011. p. 11.

¹⁴⁸ Art. 1.571 do CCB: A sociedade conjugal termina:I - pela morte de um dos cônjuges;II – pela nulidade ou anulação do casamento;III - pela separação judicial;IV - pelo divórcio.

O sistema jurídico brasileiro, no que tange à dissolução do matrimônio, é dual: afora os casos de invalidade e falecimento de um dos consortes, para a dissolução do vínculo conjugal os consortes hão, primeiramente, que se separar, para que, posteriormente, possam enfim requerer o divórcio. Para Inácio de Carvalho Neto, a maioria das legislações elaboradas até a década de 1970 prevê dita dupla modalidade, asseverando que tal decorre do fato de que na maioria dos países – como no Brasil – o divórcio foi introduzido após a separação judicial.¹⁴⁹ Em que pese a doutrina por vezes utilize-se do vocábulo “judicial” ao abordar a separação e o divórcio, refira-se que, com o advento da regulamentação da dissolução extrajudicial do contrato matrimonial, a interpretação há que considerar também a espécie.

Para Arnaldo Rizzardo, há diferenças estruturais entre os institutos da separação e do divórcio, ao passo que, enquanto o primeiro culmina na dissolução da sociedade conjugal, o segundo põe termo ao vínculo:

(...) a separação judicial dissolve a sociedade conjugal, pondo fim a determinados deveres decorrentes do casamento, como o de coabitação e o de fidelidade recíproca, facultando também a partilha patrimonial; o divórcio dissolve o vínculo conjugal – sendo sua grande dimensão, além dos efeitos da separação, a de permitir novo casamento, o que não é possível só com a separação judicial.¹⁵⁰

Maria Helena Diniz observa que a separação judicial produz efeitos idênticos ao do divórcio, salvo quanto ao rompimento do vínculo conjugal, que a partir da separação permanece intacto. Todavia, não dissolvendo a separação o vínculo, mas unicamente a sociedade conjugal, às partes é vedada a realização de novas núpcias, não podendo o indivíduo separado judicial ou extrajudicialmente recasar-se, sob pena de nulidade do novo matrimônio por afronta ao artigo 1.521, VI do Código Civil.¹⁵¹

¹⁴⁹ CARVALHO NETO, Inácio de. O contrato de separação e divórcio consensuais em face da Lei 11.441/2007. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernanda Novaes; TARTUCE, Flávio. **Direito Contratual – Temas Atuais**. São Paulo: Método, 2007. p. 660.

¹⁵⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 204.

¹⁵¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 336.

Para Rolf Madaleno, é paradoxal que possam as pessoas separadas de fato ou mesmo de direito serem inibidas de contrair novas núpcias mas não uma união estável – o que se conclui em observância ao § 1º do artigo 1.723 do Código Civil-, referindo o autor que a simples dissimetria dos efeitos da separação judicial entre os civilmente casados e os conviventes convida a refletir acerca da conveniência da manutenção do instituto da separação no ordenamento jurídico brasileiro.¹⁵²

Por certo que a mais expressiva diferença entre os institutos, no entanto, reside na possibilidade de os separados poderem, a qualquer tempo, reconciliar-se, restabelecendo a sociedade conjugal tal como era antes da separação, bastando mero petitório em juízo (artigo 1.577 do Código Civil).

A dualidade inerente à dissolução do matrimônio no Brasil é fruto, precipuamente, da expectativa de eventual reconciliação das partes, o que por sua vez decorre de preceitos religiosos enraizados até hoje no Estado. Tendo em vista os resultados apontados pelas estatísticas, acusando que o número de casais que optam pela reconciliação é bastante reduzido, forçoso convir que a melhor alternativa aos casais “indecisos” é não outra que a formalização da separação de corpos (mediante pedido judicial ou lavratura de escritura junto a tabelionato de notas), mas não a separação.¹⁵³

Ora, a medida revela-se consentânea à cultura brasileira em vigência até então, preservando o interesse daqueles que não almejam a imediata dissolução do vínculo mas que, por outra banda, intentam diligenciar na busca de efeitos jurídicos aplicáveis à separação, não se revelando prática a imposição “obrigatória”, a todos, de um procedimento compartimentado em suas etapas.

Tal como já assegurava a Lei do Divórcio, o Código Civil mantém a dupla possibilidade de obter-se a separação: pela via consensual ou por vontade exclusiva de apenas um dos cônjuges. Sendo mútuo o interesse na obtenção da separação judicial, não é necessário atribuir-se qualquer motivação ao pleito de ruptura,

¹⁵² Art. 1.723, § 1º do CCB: A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

¹⁵³ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 196.

podendo o casal buscá-la, de acordo com o artigo 1.574 do Código Civil, após um ano de vigência matrimonial. A espécie encontra-se disciplinada no Código de Processo Civil, nos artigos 1.120 ao 1.124-A, que regulamenta a formulação do petítório e homologação judicial da avença.

Medida prevista em tais dispositivos, e que logra preservar o interesse das partes, coibindo a vigência de cláusulas perniciosas a qualquer delas, é exigência legal de designação de audiência de ratificação dos termos do acordo de separação realizado entre as partes. A Súmula 305 do Supremo Tribunal Federal veda a retratação unilateral do acordo devidamente ratificado, promovendo maior segurança jurídica à avença, que passa a ser somente passível de ser desconstituída a partir de decisão proferida em ação anulatória (artigo 178 do Código Civil).¹⁵⁴ Portanto, a realização da audiência de ratificação serve de instrumento eficaz contra hipóteses de fraude presentes no instrumento, sendo esta sua principal função.

Os artigos 1.572 ao 1.574 regulamentam as hipóteses de separação judicial litigiosa, postulada em juízo por apenas um dos cônjuges. São três as espécies. A “separação-sanção” encontra-se prevista no caput do artigo 1.572 do Código Civil. Trata de modalidade dissolutória na qual o interessado tem de arguir e lograr comprovar, como condição à procedência do pedido, a violação de algum dos deveres do casamento, por parte de um ou de ambos os consortes, e que torne insuportável a vida em comum. A “separação-remédio”, por sua vez, segundo parte da doutrina, trata da espécie consignada no § 2º do artigo 1.572 do Diploma Civil, permitida quando um dos cônjuges comprovar estar o outro acometido por doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne insustentável a vida em comum e que, ainda, após dois anos de duração, haja sido reconhecida como de improvável cura. Por fim, a denominada “separação-falência” encontra guarida no § 1º do mesmo artigo 1.572, tratando-se da modalidade na qual um dos cônjuges pode pleitear sua concessão após comprovar a ruptura da vida em comum por mais de um ano.¹⁵⁵

¹⁵⁴ Ibidem, p. 308.

¹⁵⁵ CARVALHO NETO, Inácio de. O contrato de separação e divórcio consensuais em face da Lei 11.441/2007. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernanda Novaes; TARTUCE, Flávio. **Direito Contratual – Temas Atuais**. São Paulo: Método, 2007. p. 662.

A separação causal, cuja alcunha conferida é “separação-sanção”, requer a aferição judicial da culpa de um dos consortes pelo término da relação conjugal. Segundo dispõe o artigo 1.573, caracterizam justificativa ao pedido de separação (culposa) as seguintes ocorrências: i) *adultério*; ii) *tentativa de morte*; iii) *sevícia ou injúria grave*; iv) *abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo*; v) *condenação por crime infamante*; vi) *conduta desonrosa*. Ainda, o parágrafo único do dispositivo autoriza o juiz a considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum como causa a justificar a separação causal.

Dentre estas, requer especial atenção o adultério, porquanto sua noção deriva, hodiernamente, de distintas perspectivas. Em sua concepção clássica, constitui-se o adultério no descumprimento do dever de fidelidade, mediante prática de ato sexual com terceiro. Até o advento da Lei nº 11.106 de 2005, o adultério, no Brasil, era tipificado como crime pelo Código Penal de 1940, em seu artigo 240, o qual impunha como penalidade a detenção de quinze dias a seis meses. Todavia, a modernidade trouxe novas conceituações atribuídas ao adultério, ampliando a noção adstrita ao âmbito estritamente sexual¹⁵⁶

A doutrina faz referência a quatro novas espécies de adultério, quais sejam: quase-adultério (quando os parceiros, sem consumir a conjunção carnal, trocam entre si afagos, beijos e preliminares sexuais), o adultério-inocente (operado a partir de uma gravidez resultante de inseminação artificial heteróloga procedida sem a autorização do marido), o adultério precoce (quando o cônjuge, recém casado, logo após a celebração matrimonial abandona o lar conjugal) e, por fim, o adultério virtual. Este último vem assumindo especial relevo, a partir da sofisticação das formas de contato virtual que incessantemente se desenvolvem. O adultério virtual é praticado via trocas de *e-mails*, mensagens, ligações telefônicas, salas de “bate-papo”, mensagens trocadas em redes sociais (como o *facebook*) e demais formas de relações espúrias procedidas eletronicamente. Na Flórida, inclusive, há estudos que objetivam aferir o quê pensam as pessoas casadas acerca do assunto; como se

¹⁵⁶

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 295.

sentiriam e agiriam ante o cometimento de adultério eletrônico por parte dos parceiros.¹⁵⁷

Embora as possíveis formas de adultério talvez nunca deixem de se amoldar à evolução da sociedade, seus efeitos jurídicos são hoje irrelevantes, seja por não mais constituir-se em crime, seja porque, civilmente, na esfera do Direito de Família, desimporta a perscrutação da causa pela separação e decorrente atribuição de culpa a um dos consortes, consoante restará oportunamente abordado.¹⁵⁸

Da leitura dos dispositivos 1.580 ao 1.582 do Código Civil infere-se que a conversão da separação judicial em divórcio pode ser requerida quando decorrido um ano do trânsito em julgado da decisão que houver decretado a separação judicial ou da decisão concessiva de decisão cautelar de separação de corpos. Ainda, passível de ser requerido diretamente, após o transcurso de dois anos contados da separação fática das partes, no próprio curso de uma ação de separação judicial.

Qualquer dos consortes pode requerer em juízo a separação de corpos. Trata de medida preparatória à separação ou divórcio, que formaliza a interrupção da coabitação, ou, ainda, podendo consistir em medida processual que decreta o afastamento compulsório de um dos cônjuges do lar comum sempre que a coabitação na vivenda esteja promovendo danos físicos ou psíquicos a uma das partes, com o escopo de proteção à integridade das partes enquanto perdura a ação judicial. A medida encontra-se prevista nos artigos 1.585 do Código Civil e 888, VI do Código de Processo Civil, revestida da natureza de cautelar. Conforme assevera Rolf Madaleno:

A separação de corpos também pode ser pedida pelo requerente da medida, para se exonerar moralmente do dever de coabitação, sem querer ser moralmente acusado de abandono malicioso e imotivado da vivenda nupcial, embora essas questões não mais encontrem espaço para exposição e discussão nos processos de dissolução matrimonial. Também pode a mulher requerer o seu temporário afastamento para preservar a sua integridade física e psíquica,

¹⁵⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 296-7.

¹⁵⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, Família, Sucessões**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 64.

porque, sendo vítima de abusos, e vivendo em constante perigo, pode optar por sua saída, em caráter provisório, com retorno programado para depois do ingresso do divórcio judicial, ou quando receber o imóvel em pagamento de seu quinhão com a partilha de bens.¹⁵⁹

Neste contexto, em 07 de agosto de 2006 foi publicada a Lei n. 11.340, batizada como “Lei Maria da Penha”, cujo escopo é prover efetividade à proteção da mulher no âmbito familiar e doméstico contra agressões físicas, psicológicas, sexuais, patrimoniais e morais perpetradas nestes ambientes de absoluta intimidade. No rol de medidas protetivas elencadas na aludida Lei, passíveis de aplicação por parte do magistrado, a separação de corpos encontra-se prevista no artigo 22, II. O intuito da medida protetiva de separação de corpos é justamente garantir a incolumidade da mulher a partir do afastamento do agressor do lar, o qual se trata, na maioria das vezes, do cônjuge ou companheiro, muito embora a Lei não restrinja seu campo de atuação a relações afetivas entre homem e mulher.¹⁶⁰

Conforme afirmado, o Código Civil arrola como causas que impõem término ao matrimônio a separação, o divórcio, a invalidade do contrato de casamento e o óbito de uma ou de ambas as partes. Contudo, em cada qual destas modalidades técnicas há que ser interpretado como inserido o elemento real que determina o verdadeiro fim do casamento, qual seja: a separação fática das partes. De acordo com Rodrigo da Cunha pereira, “*se a realidade fática faz o casamento acabar, não é possível, e muito menos razoável, que ela não seja considerada também, e por si só, como uma realidade jurídica*”.¹⁶¹ Assim sendo, se não há mais comunhão de vidas, não há mais razoabilidade em persistir a comunicabilidade patrimonial dos consortes, já desprovidos da *affectio maritalis*, elemento que deve permear toda e qualquer sociedade conjugal.

Cabe referir, todavia, que até que seja efetivada a partilha do acervo patrimonial das partes em ação de separação ou divórcio, os cônjuges mantêm,

¹⁵⁹ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 260-1.

¹⁶⁰ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça – A efetividade da Lei 11.340/2006 de Combate à Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 113.

¹⁶¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática**. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ ed., 2011. p. 32.

entre si, a obrigatoriedade de obtenção da outorga marital ou uxória para os atos previstos pelo artigo 1.647 do Diploma Civil, já que, ao menos formalmente, e perante o Registro de Imóveis, o estado civil permanece inalterado.

Vejamos que o próprio Código Civil menciona a separação fática como o elemento que tem o condão de impor termo final à vigência das núpcias: no artigo 1.683, que versa sobre o regime de comunhão final nos aquestos; no artigo 1.830, ao dispor que a separação fática é elemento exterminativo do direito à herança e, ainda, no § 2º do artigo 1.580 do Código Civil, ao admitir o requerimento do divórcio após comprovada separação fática por mais de dois anos. Neste prisma, calha a transcrição do ensinamento proferido por Orlando Gomes:

O elemento objetivo é a própria separação, passando os cônjuges a viver em tetos distintos, deixando, por outras palavras, descumprir o dever de coabitação, no mais amplo sentido da expressão. O elemento subjetivo é o animus de dar como encerrada a vida conjugal, comportando-se como se o vínculo matrimonial fosse dissolvido.¹⁶²

Comunga do entendimento de que é a separação de corpos que põe fim à comunicabilidade patrimonial a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, assentando o entendimento no julgamento do Recurso Especial de n. 555.771-SP, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão:

Por um lado, autorizar a comunicação dos bens adquiridos no período de separação de fato - sobretudo na espécie, em que já transcorrido termo necessário ao divórcio direto (art. 40 da Lei 6.515/77) - representaria enriquecimento sem causa daquele que não participou de sua aquisição, visto que, com a ruptura da vida em comum, os acréscimos patrimoniais, via de regra, passam a ser amealhados individualmente, sem qualquer contribuição do outro cônjuge.¹⁶³

Aliadamente à separação e ao divórcio como modalidades de extinção da sociedade conjugal, afiguram-se a invalidade do matrimônio e o óbito de quaisquer das partes. Se o contrato matrimonial padece de vícios que o maculam de nulidade,

¹⁶² GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 26.

¹⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 555.771/SP**, Relator: Luis Felipe Salomão. Publicado em 18.05.2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200300876307&dt_publicacao=18/05/2009>. Acesso em: 01 ago. 2012.

o pedido formulado em juízo há que indicar tais elementos, não no intuito do “desfazimento” do vínculo conjugal, já que, para todos os efeitos, tal contrato jamais existiu, mas sim para decreto de sua extinção *ab initio*, mesmo que alguns efeitos venham a ser reconhecidos, consoante já abordado. Nada obsta, todavia, que as partes cumulem pedidos de anulação/anulabilidade e de divórcio, a fim de que o magistrado, ao não acatar os primeiros, possa decretar o divórcio do casamento julgado válido. Gize-se que, declarado nulo o contrato matrimonial, o estado civil das partes retornará ao de solteiro.¹⁶⁴

Também a morte opera a extinção do casamento. Como é cediço, a morte extingue a personalidade jurídica, desfazendo assim, evidentemente, o vínculo conjugal, alterando o estado civil do cônjuge supérstite para o de viúvo.¹⁶⁵

O artigo 1.571, §1º do Código Civil arrola a presunção de morte atribuída ao ausente como causa de dissolução do vínculo conjugal. Algumas observações urgem necessárias. Vejamos que pode agora o cônjuge do ausente optar tanto pelo pedido de divórcio (diretamente, com amparo na Emenda n. 66/2010) para se casar novamente como aguardar o decreto da presunção de morte, o que se opera a partir da conversão da sucessão provisória em definitiva (estando a matéria regulamentada pelos artigos 22 ao 39 do Código Civil). Destarte, vale dizer que a conversão da sucessão provisória em definitiva – quando então a morte passa a ser presumida – rompe o vínculo conjugal por si só, não tendo o consorte sobrevivente que tomar nenhuma medida judicial para habilitar-se a novas núpcias, já que passa a gozar do estado civil de viúvo”.¹⁶⁶

Inácio de Carvalho Neto critica a inércia do legislador civilista ao não prever a hipótese de o ausente retornar, portando o estado de civil de casado em relação a um cônjuge declarado viúvo. Para o autor, uma vez que a presunção de morte trata de uma presunção relativa (*juris tantum*), melhor seria que o legislador não a houvesse arrolado dentre as demais causas de dissolução do vínculo, cabendo ao

¹⁶⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 531.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 526.

¹⁶⁶ CARVALHO NETO, Inácio de Carvalho. Morte presumida como causa de dissolução do casamento. **Revista IOB de Direito de Família**, São Paulo, n. 60, p. 09.

cônjuge interessado que ingressasse com a respectiva ação de divórcio. A seu ver, a medida inibiria soluções jurídicas incongruentes e díspares entre si.¹⁶⁷

A Lei n. 11.441, de 2007, determinou a inclusão do artigo 1.124-A no Código de Processo Civil¹⁶⁸, criando a modalidade de separação e divórcio pela via extrajudicial, mediante lavratura de acordo por escritura pública. Como requisitos, requer-se a inexistência de filhos menores de idade ou incapazes e observância aos requisitos legais quanto aos prazos (exigência última esta superada *ex vi* da Emenda n. 66/2010). O dispositivo prescreve que a escritura não depende de homologação judicial, constituindo título hábil para registro civil e registro de imóveis. Para tal, é obrigatória a assistência de advogado ou defensor público, podendo estes ser comuns ou exclusivos de cada parte.

No que pertine à possibilidade de reconciliação por escritura pública, o artigo 48 da Resolução n. 35 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estabelece a possibilidade de a reconciliação dar-se por escritura pública, independentemente de que a separação tenha sido promovida judicialmente. A escritura de reconciliação deve pautar-se pelas normas contidas na Lei n. 11.441/2007, observando-se, ainda, o que dispõem os artigos 48, 49 e 50 de tal Resolução do CNJ.¹⁶⁹

¹⁶⁷ CARVALHO NETO, Inácio de Carvalho. Morte presumida como causa de dissolução do casamento. **Revista IOB de Direito de Família**, São Paulo, n. 60, p. 10-1.

¹⁶⁸ Art. 1.124-A do CPC: A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

§ 3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei.

¹⁶⁹ Art. 49. Em escritura pública de restabelecimento de sociedade conjugal, o tabelião deve: a) fazer constar que as partes foram orientadas sobre a necessidade de apresentação de seu traslado no registro civil do assento de casamento, para a averbação devida; b) anotar o restabelecimento à margem da escritura pública de separação consensual, quando esta for de sua serventia, ou, quando de outra, comunicar o restabelecimento, para a anotação necessária na serventia competente e c) comunicar o restabelecimento ao juízo da separação judicial, se for o caso.

Art. 50. A sociedade conjugal não pode ser restabelecida com modificações.

Art. 51. A averbação do restabelecimento da sociedade conjugal somente poderá ser efetivada depois da averbação da separação no registro civil, podendo ser simultâneas.

Determina o artigo 155 do Código de Processo Civil que os atos processuais que dizem respeito a casamento, filiação, separação, divórcio, alimentos e guarda de menores tramitam sob segredo de justiça, configurando exceção à regra de publicidade das ações judiciais. As escrituras públicas de separação ou divórcio podem versar sobre disposições que adentram em esferas peculiares e pessoais dos separandos ou divorciandos, não regulando a Lei em voga o conteúdo das escrituras de forma exaustiva, podendo estas amoldar-se a indispensáveis cláusulas de dissolução do contrato conjugal. E justamente tendo isto em vista que se revela imperiosa a vedação de acesso de terceiros ao conteúdo das escrituras, devendo a publicidade quedar-se restrita às partes envolvidas.¹⁷⁰

Refira-se que, ao contrário do que se opera nas ações de separação e divórcio, cujo foro competente é o da residência da mulher (artigo 100, I do CPC), não há competência territorial fixada para a escritura, podendo os cônjuges optar pela escrituração em qualquer Cartório. Convém ressaltar que a Lei de Registros Públicos somente estabelece competência para prática de atos registrares e de averbação, mas não relativamente a atos de escrituração.¹⁷¹

Conforme já salientado, entrou em vigor, na data de 13 de julho de 2010, a Emenda Constitucional n. 66, sugerida pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), através do Deputado Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA), conferindo-se nova redação ao artigo 226, § 6º da Constituição Federal, com a supressão dos requisitos de prévia separação judicial por mais de um ano ou separação fática por mais de dois anos à concessão do divórcio. Passou dito parágrafo do dispositivo a portar a seguinte redação: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

O texto original da Emenda era o seguinte: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei”. Mesmo que pareça insignificante, a supressão da expressão “na forma da lei” representou relevante

¹⁷⁰ ALVES, Jones Figueirêdo. Os celebrantes de escrituras públicas de separação ou de divórcio possuem o direito de o ato notarial ser realizado em segredo de justiça, não se permitindo a terceiro, sem interesse jurídico manifesto, o conhecimento acerca dos seus conteúdos? In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Separação, Divórcio, Partilha e Inventários Extrajudiciais – Questionamentos Sobre a Lei 11.441/2007**. São Paulo: Método, 2007. p. 289.

¹⁷¹ Ibidem, p. 673.

significado jurídico; afinal, caso aprovada a Emenda em sua redação original, estar-se-ia a promover um espaço de liberdade à jurisprudência na interpretação da normativa constitucional, permitindo, conforme afirma Pablo Stolze Gagliano, interpretações equivocadas e retrógradas, na contramão do que pretende a normativa em voga.¹⁷²

Há questionamentos fundamentais, derivados da publicação da Emenda do Divórcio, que provocam ampla dissonância doutrinária: o primeiro repousa na discussão acerca da possibilidade ou vedação de discussão de culpa pela dissolução do matrimônio; o segundo se refere à extinção ou manutenção do instituto da separação.

Com relação ao primeiro, a doutrina majoritária compreende que referida Emenda aboliu a discussão da culpa pelo fim da conjugalidade. Rodrigo da Cunha Pereira aduz que a nova redação conferida ao artigo 226, § 6º da Constituição Federal somente veio a consolidar a evolução doutrinária e jurisprudencial no sentido de eliminar a possibilidade de discussão de culpa pelo fim do matrimônio. Para o autor, “*a pensão alimentícia não pode estar vinculada à culpa, sob pena de se condenar alguém a passar fome ou extrema necessidade*”. Ainda, refere que “*aquilo que o Direito alega como causa, na verdade pode ser consequência*”.¹⁷³

Na visão de José Fernando Simão não se trata de afirmar que a culpa, através da Emenda do Divórcio, tenha desaparecido por completo do ordenamento jurídico. Assevera que poderá a culpa ser debatida em ações próprias para tal, tais como em ação autônoma de alimentos ou em ação de danos morais em relação ao outro cônjuge. Destaca ser premissa fundamental da corrente favorável à extinção da culpa a de que esta somente gera uma inadmissível morosidade processual a colocar-se fim ao vínculo.¹⁷⁴

¹⁷² GAGLIANO, Pablo Stolze. A nova Emenda do Divórcio: primeiras reflexões. In: **Revista Síntese - Direito de Família**, São Paulo, n. 61, p. 90, ago./set. 2010.

¹⁷³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática**. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ ed., 2011. p. 52.

¹⁷⁴ TARTUCE, Flávio. A usucapião especial urbana por abandono de lar conjugal. In: **Revista Síntese - Direito de Família**, São Paulo, n. 71, p. 195, abr./maio 2012.

Na mesma linha, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho pontificam que a linha de pensamento que proscree da seara familista a discussão do elemento subjetivo (culpa ou dolo) afigura-se mais justa, adequada e razoável, a despeito de alguns doutrinadores e julgadores ainda valerem-se da ferramenta de perscrutação da culpa para determinação de certos efeitos colaterais decorrentes do casamento, quais sejam, principalmente, fixação de alimentos e uso do nome.¹⁷⁵

Maria Berenice Dias julga draconiana a discussão da culpa no âmbito da dissolução matrimonial:

A perquirição da causa da separação acabou perdendo prestígio. O fim do casamento passou a ser chancelado independentemente da indicação de um responsável pelo insucesso da relação, seja porque é difícil atribuir a apenas um dos cônjuges a responsabilidade pelo fim do vínculo afetivo, seja porque é absolutamente indevida a intromissão do Estado na intimidade da vida das pessoas. Ao Estado, só cabe dizer amém e dar por findo o casamento.¹⁷⁶

Rolf Madaleno, alinhando-se ao mesmo entendimento, aduz nada mais justificar, na atualidade, a determinação do responsável pelo fracasso do casamento, sendo a derrocada conjugal a consequência de uma conjuntura de fatores.¹⁷⁷

A corrente assente na impossibilidade de discussão de culpa coaduna-se com a majoritária jurisprudência dos tribunais brasileiros, cujos julgados ilustram a evolução do pensamento que redundou na promulgação da Emenda do Divórcio. Exemplo é o acórdão de recurso de apelação julgado em 13.04.2005 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tombado sob o n. 70010615771, de relatoria do Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. No julgado, a tentativa do varão em imputar causa culposa à virago restou considerada como mera “catarse” emocional, simples afã do cônjuge em expungir de si qualquer participação pela falência da relação afetiva, sem que de tal sucedesse qualquer efeito prático.¹⁷⁸

¹⁷⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze. A nova Emenda do Divórcio: primeiras reflexões. In: **Revista Síntese - Direito de Família**, São Paulo, n. 61, p. 588, ago./set. 2010.

¹⁷⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 317.

¹⁷⁷ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 247.

¹⁷⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70010615771**, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, 7ª Câmara Cível. Publicado em 20/04/2005. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 03 set. 2012.

O Recurso Especial de n. 467184/SP, de relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, publicado em 17.02.2003, pode ser visto como um importante precedente da Corte nesse sentido:

(...) Manifestando os cônjuges o propósito de obter do Juiz o decreto de separação, e não provados os motivos que eles apresentaram, mas configurada a insuportabilidade da vida conjugal, parece que a melhor solução é decretar-se a separação do casal, sem imputar a qualquer deles a prática da conduta descrita no art. 5º da Lei 6515, de 26.12.77, deixando de se constituir a sentença um decreto de separação-sanção para ser apenas uma hipótese de separação-remédio.¹⁷⁹

Ainda, faça-se referência ao acórdão de n. 270.393-4/2-00, do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgado em 04/09/2003, de relatoria do Desembargador Carlos Stroppa, no qual restou consolidado que “*A inexistência de amor autoriza a separação, não a imputação de culpa pelos desentendimentos do casal*”.¹⁸⁰

Se antes da publicação da Emenda em análise o repúdio à análise da culpa era uma forte tendência dos tribunais, em âmbito nacional, a partir de sua vigência os julgados amparados na premissa restam ainda mais reiterados, notadamente no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, estando consagrado o entendimento de que a averiguação da culpa revela-se despicienda, não interferindo nos reflexos patrimoniais e econômicos das partes.¹⁸¹

¹⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP. n. 467184/SP**, Relator: Ruy Rosado de Aguiar. Publicado em 17/02/2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200201068117&dt_publicacao=17/02/2003>. Acesso em: 03 set. 2012.

¹⁸⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 270.393-4/2-00**, Relator: Carlos Stroppa, 5ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 04/09/2003. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&sqi=2&ved=0CCMQFjAA&url=http%3A%2F%2Fxa.yimg.com%2Fkq%2Fgroups%2F21722377%2F415982398%2Fname%2FAULA%2B6%2B%2Bsepara%25C3%25A7%25C3%25A3o%2BJudicial.doc&ei=cmd0UN_HBKfD0QH6xoHYAQ&usq=AFQjCNGgOMHnt1u1uoQ1Ae1HBYt9nBHD5A&sig2=6AZBwV9VXmwHJ84QLym82w>. Acesso em: 03 set. 2012.

¹⁸¹ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE **SEPARAÇÃO** LITIGIOSA CUMULADA COM PARTILHA DE BENS E **ALIMENTOS. CULPA PELA SEPARAÇÃO**. Não se perquire acerca da **culpa** na **separação** judicial, porque tal questão não traz nenhum reflexo econômico e/ou patrimonial às partes. REDISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. Existindo sucumbência recíproca, com decaimento de ambas as partes em igual proporção, impõe-se a divisão equânime da sucumbência entre elas. Recurso parcialmente provido. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70025653387**. Relator: Ricardo Raupp Ruschel. Publicado em 29/05/2009).

A despeito de ser esta a corrente majoritária, conforme referido, merecem respeito dissensões doutrinárias em diverso sentido, tal como a abalizada por Regina Beatriz Tavares da Silva. Para a autora, a principal finalidade em aferir-se a culpa diz respeito à influência que há na fixação dos alimentos entre os cônjuges:

É evidente que essa consequência sancionatória da culpa deverá ser mantida sob a égide da EC n. 66/2010, já que a eliminação desse efeito acarretaria situações esdrúxulas, como a de uma mulher violentada em casa pelo marido continuar a sustentá-lo caso seja ela a provedora da família, ou de um homem ter de alimentar plenamente a mulher que o traiu, em benefício até mesmo de seu amante.¹⁸²

Euclides de Oliveira posiciona-se favoravelmente à discussão acerca da culpa quando se está ante litígio relativo a alimentos, uso do nome ou guarda dos filhos, asseverando que, sob tal prisma, urge necessária a investigação para um justo e percuciente julgamento.¹⁸³

Inclina-se pela corrente minoritária também o doutrinador Flávio Tartuce, admitindo, contudo, a mitigação da culpa em algumas hipóteses, tais como quando constatável a culpa recíproca entre os cônjuges ou a dificuldade de sua investigação, o que somente viria a imprimir morosidade em uma ação judicial.¹⁸⁴

Quanto à influência da questão da culpa na permanência do uso do patronímico do cônjuge, refira-se que o próprio Código Civil excepciona a regra de que o cônjuge inocente pode requerer a supressão do patronímico incorporado ao nome do cônjuge culpado, dispondo que, nas hipótese de acarretar evidente prejuízo para identificação, manifesta distinção entre o nome do consorte e dos filhos ou possibilidade de a retirada acarretar-lhe grave dano, reconhecido em decisão judicial, poderá permanecer o cônjuge declarado culpado com o sobrenome do ex-consorte.

¹⁸² DA SILVA, Regina Beatriz Tavares. **A Emenda Constitucional do Divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 56.

¹⁸³ OLIVEIRA, Euclides de. **Separação ou Divórcio? Considerações sobre a EC. 66**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/682>>. Acesso em: 01 set. 2012.

¹⁸⁴ TARTUCE, Flávio. A usucapião especial urbana por abandono de lar conjugal. In: **Revista Síntese - Direito de Família**, São Paulo, n. 71, p. 199, abr./maio 2012.

Todavia, o entendimento prevalecente é o de que, incorporado o sobrenome, passa a constituir-se em um direito de personalidade e fundamental. Assim, em prol do princípio também da dignidade humana, não se pode permitir interpretação jurídica que viole tal direito do indivíduo. Sob esta perspectiva, não se pode permitir que a culpa atribuída a uma das partes gere qualquer conseqüência relativa à permanência ou não do patronímico do ex-parceiro.¹⁸⁵

Cumprе assinalar que a matéria radica ainda em uma terceira vertente, que pugna pela possibilidade de ações de dano moral ancoradas na infração a algum dos deveres matrimoniais. Embora haja jurisprudência e doutrina reconhecendo a hipótese, é bem verdade que a extirpação da culpa do ordenamento jurídico (como tendência) revela-se incoerente com dita natureza de ação.

Um dos primeiros juristas a analisar o impacto da nova Emenda em face dos dispositivos do Código Civil foi Paulo Luiz Netto Lobo. De acordo com o autor, a Emenda fez desaparecer do ordenamento jurídico a separação, que dissolvia unicamente a sociedade conjugal. Assim, com o advento da Emenda, restaria esta absorvida totalmente pela dissolução do vínculo, obtida através do divórcio. Aponta que perdeu sentido o caput do artigo 1.571, que disciplina as hipóteses de dissolução da sociedade conjugal por morte, invalidade do matrimônio, separação e divórcio. Para ele, excluída a separação do arcabouço normativo jurídico, as demais hipóteses passariam a alcançar diretamente a dissolução do vínculo matrimonial, porquanto a morte, invalidação e o divórcio, para o doutrinador, dissolvem o casamento, e, *a fortiori*, a sociedade conjugal.¹⁸⁶

Ainda, defende o jurista que a nova redação conferida ao § 6º do artigo 226 da Constituição Federal importou na revogação dos seguintes dispositivos do Código Civil: caput do artigo 1.571; § 2º do artigo 1.571, que alude ao divórcio por conversão; artigos 1.572 e 1.573, que regulamentam as causas da separação judicial; 1.574 ao 1.576, que dispõem sobre os tipos e efeitos da separação judicial; 1.578, que estabelece a perda do direito do cônjuge considerado culpado ao

¹⁸⁵ TARTUCE, Flávio. A usucapião especial urbana por abandono de lar conjugal. In: **Revista Síntese - Direito de Família**, São Paulo, n. 71, p. 203, abr./maio 2012.

¹⁸⁶ LOBBO, Paulo Luiz Netto. **Divórcio**: alteração constitucional e suas conseqüências. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/629>>. Acesso em: 03 set. 2012.

sobrenome do outro; artigo 1.580, que regulamenta o divórcio por conversão da separação conjugal; artigos 1.702 e 1.704, que dispõem sobre os alimentos devidos de um cônjuge ao outro, em razão de culpa pela separação (de modo que, para o divórcio, a matéria está devidamente regulada no artigo 1.694), e, por fim, revogadas todas as expressões “separação judicial” contidas nas demais normas no Código Civil, mormente quando associadas ao divórcio.¹⁸⁷

Aduz o jurista que a Constituição Federal revoga a legislação infraconstitucional antecedente não compatível com seu texto. Refere que em outros sistemas jurídicos, tais como o de Portugal, admite-se a declaração de inconstitucionalidade em razão de norma constitucional superveniente, ao passo que, no Brasil, somente pode-se falar em inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais posteriores. Assim sendo, entendimento acertado é o de que as normas versantes sobre o instituto da separação restaram revogadas a partir da publicação da Emenda n. 66/2010.¹⁸⁸

Concorda com tal linha de pensamento Pablo Stolze Gagliano, ao inferir da nova redação do dispositivo constitucional sob análise que, tendo-se que a persistência da duplicidade de processos gera desgastes psicológicos necessários às partes envolvidas, bem como gastos judiciais desnecessários, não resta dúvidas de que a nova Emenda suprimiu o instituto da separação, não a recepcionando no ordenamento jurídico. Entrementes, argui que as pessoas já separadas ao tempo da promulgação de dita Emenda não podem ser consideradas “automaticamente” separadas, sob pena de promoção de grave insegurança jurídica e afronta ao ato jurídico perfeito, cabendo aos magistrados das ações de separação judicial em curso oportunizar às partes que se manifestem quanto ao interesse de adaptação do pedido ao novo sistema constitucional, mediante possibilidade de conversão do requerimento em divórcio.¹⁸⁹

¹⁸⁷ LOBBO, Paulo Luiz Netto. **Divórcio**: alteração constitucional e suas consequências. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/629>>. Acesso em: 03 set. 2012.

¹⁸⁸ LOBBO, loc. cit.

¹⁸⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze. A nova Emenda do Divórcio: primeiras reflexões. In: **Revista Síntese - Direito de Família**, São Paulo, n. 61, p. 92, ago./set. 2010.

Posicionamento contrário é sustentado por Luiz Felipe Brasil Santos e Euclides de Oliveira. Para o último, embora na justificativa do projeto da aludida Emenda Constitucional houvesse expressa menção à eliminação da separação do ordenamento jurídico, tal não restou veiculado na Emenda. Para o autor, a despeito de o instituto estar fadado a pouco uso, a persistência da separação é medida que se impõe em um cenário jurídico no qual dissolução da sociedade conjugal e do vínculo são compreensões distintas, cabendo manter-se a faculdade de as partes pleitearem a separação ao invés (ou antes) do divórcio:

(...) tem primazia o regramento novo, da norma constitucional, pela supremacia que lhe é inerente no plano jurídico, o que não significa, porém, a revogação tácita de dispositivos outros, que não dizem respeito ao divórcio, mas, somente, à separação como forma de dissolução da sociedade conjugal.¹⁹⁰

Como toda a mudança no ordenamento jurídico suscita resistência e questionamentos nos sistemas mais conservadores da sociedade, por certo que um entendimento assente e uníssono quanto à supressão ou persistência do instituto da separação demandará algum tempo, sendo ainda expressivas as dissensões doutrinárias no tocante à matéria em apreço. Na seara jurisprudencial, refira-se que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul publicou, recentemente, a Súmula n. 39, a qual dispõe que a Emenda n. 66/2010 tão-somente dispensou os requisitos temporais para a possibilidade de concessão de divórcio direto ou requerimento de conversão de separação em divórcio, não tendo sido o instituto da separação, todavia, banido do ordenamento jurídico até então.

2.2.2 Dos Alimentos entre os Cônjuges

Cabe a abordagem do instituto dos alimentos entre os cônjuges, tendo-se em vista a delimitação do tema do presente estudo. Contudo, far-se-á, necessariamente, referência a demais espécies de pensão alimentícia, a fim de ilustrar-se o alcance da matéria.

¹⁹⁰ OLIVEIRA, Euclides de. **Separação ou Divórcio? Considerações sobre a EC. 66.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/682>>. Acesso em: 01 set. 2012.

No Código Civil de 1916, embora não houvesse específica regulamentação a respeito de alimentos entre os consortes, o dever de mútua assistência era previsto como um dos efeitos do matrimônio, ao mesmo tempo em que ao marido era atribuída a chefia da sociedade conjugal. Veja-se que no sistema anterior, portanto, assim como no direito francês, a obrigação de alimentos entre marido e mulher encontrava-se compreendida unicamente no dever de mútua assistência entre os cônjuges ou mesmo no dever de o marido chefiar a família. Decorria, exclusivamente, do aludido dever de mútua assistência, sem previsão expressa diretamente em lei.¹⁹¹

Modificações substanciais ocorreram no Título que versa sobre os alimentos, componente do atual Código Civil. Nele, a previsão de alimentos entre os cônjuges não advém somente a partir da exegese do dever de mútua assistência, previsto no artigo 1.566, III diploma civil, restando consignado nos artigos 1.568 e 1.694. O primeiro impõe aos consortes, no bojo da sociedade conjugal, que concorram na proporção de seus bens e rendimentos para o sustento da família e educação dos filhos, independentemente do regime de bens. O segundo será objeto de posterior apreciação, adiantando-se que prevê expressamente a possibilidade.

É o dever de mútua assistência o sustentáculo da obrigação alimentar havida entre os cônjuges. Trata de ônus que surge na solenidade do casamento e que persiste, segundo ensinamentos de Maria Berenice Dias, “*mesmo depois de dissolvido o vínculo matrimonial*”.¹⁹² A idéia de assistência mútua repousa tanto nos cuidados que devem ser dispensados ao cônjuge quando enfermo, como também no auxílio econômico que deverá ser prestado quando as circunstâncias o exigirem. Destarte, embora apresentado o dever com conotação de auxílio moral, espiritual e psíquico, contempla noção de obrigação material que deve ser cumprida após a ruptura afetiva das partes, mediante estipulação e pagamento de pensão alimentícia.¹⁹³

¹⁹¹ CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 142-3.

¹⁹² DIAS, Maria Berenice. **Conversando Sobre Alimentos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 38.

¹⁹³ CAHALI, op. cit., p. 144.

Yussef Said Cahali ressalva que, embora a obrigação alimentar entre os cônjuges decorra do dever de mútua assistência, a ele não se encontra diretamente atrelado. Enquanto que este trata de uma obrigação de fazer, a partir da cessação da convivência conjugal transforma-se esta em obrigação de dar: de prestar alimentos em pecúnia ou em espécie.¹⁹⁴

Para Orlando Gomes, alimentos exprimem a noção de somatório de prestações para a satisfação das necessidades vitais de quem não as pode provê-las, podendo ser fornecidos por parentes, cônjuges ou companheiros, entre si.¹⁹⁵

Preleciona Sílvio Rodrigues que, em direito, *“denomina-se alimentos a prestação fornecida a uma pessoa, em dinheiro ou em espécie, para que possa atender às necessidades da vida”*. Aduz que a palavra tem conotação muito mais ampla do que na linguagem vulgar, significando o necessário ao sustento.¹⁹⁶

Caio Mário partilhava da mesma compreensão ao asseverar que, em sentido amplo, o direito insere no vocábulo valor semântico de maior abrangência, estendendo-o além da acepção fisiológica, abarcando tudo o mais necessário à manutenção individual: sustento, habitação, vestuário e tratamento. Refere que assim já se compreendia nas Ordenações (Livro I. Título 88), e assim o sendo também em direito comparado.¹⁹⁷

Verifica-se que o sentido do vocábulo é bastante amplo, congregando a noção de consistir em tudo aquilo necessário para o “viver” e o “viver com dignidade”. A finalidade precípua dos alimentos é atender as necessidades daquele que não pode, por si só, prover o sustento de forma satisfatória à manutenção de sua dignidade como indivíduo.

No que tange à natureza jurídica do direito aos alimentos, a despeito de alguns doutrinadores considerarem-no como direito pessoal extrapatrimonial, e

¹⁹⁴ CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 251.

¹⁹⁵ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 427.

¹⁹⁶ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito de família**. 28. ed. rev. atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 374.

¹⁹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: direito de família**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 527.

outros meramente como direito patrimonial, o entendimento mais acertado, segundo a ótica de Carlos Roberto Gonçalves, é classificá-lo como direito de conteúdo misto: tanto patrimonial como pessoal.¹⁹⁸

A prestação de alimentos pode decorrer de várias fontes, emanando da simples vontade das partes (mediante contrato ou testamento), de ato ilícito ou da própria lei. Com relação à primeira hipótese, os alimentos podem ser avençados entre as partes em ação de separação, divórcio ou dissolução de união estável consensuais – tanto judicial quanto extrajudicialmente -, passando o acordo ostentar natureza alimentícia após a devida homologação. Ainda, pode ser objeto de acordo por instrumento particular, lavrado logo após a separação fática das partes, quando então possui natureza civil de promessa de doação. Ainda, quando decorre de testamento, pode o testador impor a algum herdeiro que forneça alimentos a um legatário, que pode ou não ser parente seu ou do herdeiro.¹⁹⁹

Emanam os alimentos de ato ilícito quando o causador de dano obriga-se a pensionar vítima ou sua família, tal como previsto, por exemplo, no artigo 948, II, do Código Civil. Assim, também a hipótese não encontra guarida nos alimentos devidos por força de relação familiar, e portanto não se lastreando no título de alimentos constante do Livro de Direito de Família do Código Civil.²⁰⁰

Por fim, a prestação de alimentos pode emanar da lei. Assim o sendo, são explicitados no Código Civil, cabendo análise de ligeira diferenciação: alimentos naturais ou necessários (*necessarium vitae*) são aqueles indispensáveis à subsistência do indivíduo, compreendendo despesas com alimentação, vestuário, saúde, habitação, dentre outras, encontrando-se previstos nos artigos 1.694, par 2º, do Código Civil²⁰¹ e 1.704, parágrafo único²⁰², ao versarem sobre valores

¹⁹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 500.

¹⁹⁹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família**. 28. ed. rev. atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 376.

²⁰⁰ Ibidem, p. 376-7.

²⁰¹ Art. 1.694, § 2º, do CCB: Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

²⁰² Art. 1.704, parágrafo único, do CCB: Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência

indispensáveis à subsistência ou sobrevivência; por sua vez, os chamados alimentos civis ou cômputos (*necessarium personae*) tratam daqueles destinados a manter a qualidade de vida do credor, de forma compatível com a condição social das partes envolvidas, preservando, à medida das possibilidades do alimentante, o *status* social do qual gozava o alimentando nos âmbitos intelectual, psíquico e social, alicerçados no artigo 1.694, caput, do Código Civil.²⁰³

Relevante faz-se a distinção entre obrigação e dever de prestar alimentos, portadoras de disparidades significativas. A “obrigação” de prestar alimentos é recíproca, e somente exigível se o credor potencial estiver necessitado e a depender das possibilidades do devedor. O “dever” de sustento da família (artigo 1.566, IV, do Código Civil), por outra banda, comporta o custeio das despesas da prole, sendo as despesas dos menores presumidas e devidas pelos genitores independentemente de observância ao binômio recursos/necessidades, somente ajustando-se a verba alimentar aos ganhos ou possibilidades dos genitores.²⁰⁴

Cumpra a análise de algumas características atinentes aos alimentos, matéria esta que enfrenta poucas divergências doutrinárias. Os alimentos são personalíssimos, destinados especificamente à manutenção da vida com dignidade de determinada pessoa, sendo esta sua característica fundamental, e da qual decorrem as demais. Por serem personalíssimos, são incessíveis, conforme dispõe o artigo 1.707 do Código Civil. Todavia, gize-se que a incedibilidade diz respeito unicamente aos alimentos futuros ou vincendos, podendo os alimentos já vencidos ser objeto de cessão de crédito, já que não se diferenciam estes últimos de um crédito comum.²⁰⁵

São relativamente irrenunciáveis. Entre os parentes em geral, não restam dúvidas de que são irrenunciáveis, cingindo-se a discussão à possibilidade de renúncia de alimentos entre os cônjuges. A jurisprudência inclinava-se pela irrenunciabilidade dos alimentos entre os cônjuges, o que culminou na edição da

²⁰³ Art. 1.704, caput, do CCB: Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial.

²⁰⁴ PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Ação de Alimentos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2007. p. 19.

²⁰⁵ Ibidem, p. 19-20.

Súmula n. 379 do Supremo Tribunal Federal, a qual impunha a impossibilidade de renúncia de alimentos em acordo de desquite. Entrementes, em face da mudança de paradigma, traçado pela Constituição Federal de 1988, a partir do princípio da igualdade entre homem e mulher, tornou necessário ignorar-se dita súmula, passando-se a permitir dita renúncia.

Eis que, então, de forma surpreendente, o artigo 1.707 do Código Civil²⁰⁶ vedou a renúncia aos alimentos, na contramão da maciça jurisprudência da época de sua edição. E isto decorre do tratamento “unificado” que o atual Diploma Civil conferiu ao instituto dos alimentos, pouco diferenciando, em seus dispositivos, os alimentos entre cônjuges ou companheiros daqueles entre parentes em geral. Para Sérgio Gischkow Pereira, *“a interpretação sistemática indica que, havendo completa ruptura do vínculo conjugal e da convivência estável, não há razoabilidade em, mesmo aí, não admitir a renúncia”*.²⁰⁷

Mesma postura é adotada por Carlos Roberto Gonçalves, ao afirmar que aludida Súmula não se aplica aos casais divorciados, mas somente separados, cabendo uma interpretação do dispositivo 1.707 consentânea ao entendimento conferido pela jurisprudência até então. Outrossim, na mesma linha de raciocínio é a didática decisão proferida pelo Desembargador gaúcho Luiz Felipe Brasil Santos, que elucida a notória diferença que há entre “renúncia” e “dispensa” de alimentos: enquanto que a dispensa possibilita o pleito alimentar futuro (caso sobrevenham circunstâncias de fatos inesperados ou naturais que justifiquem a necessidade do pedido), a renúncia impõe a vedação plena de tal possibilidade.²⁰⁸

Conclui-se, assim, que a possibilidade de pleito de alimentos decorrente do rompimento matrimonial encontra seu limite no divórcio das partes, permitida a pretensão somente em relação aos separados judicial ou extrajudicialmente (já que a estes não é permitida a renúncia aos alimentos, mas tão-somente sua dispensa. Aliás, este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, ao decidir

²⁰⁶ Art. 1.707 do CCB: Põe o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.

²⁰⁷ PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Ação de Alimentos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2007. p. 30.

²⁰⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70049777352. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Publicado em: 14/08/2012. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc.>>. Acesso em 10 set. 2012.

que, “*após a homologação do divórcio, não pode o ex-cônjuge pleitear alimentos se deles desistiu expressamente por ocasião do acordo de separação consensual*”.²⁰⁹

São os alimentos imprescritíveis e impenhoráveis. Imprescritível é o direito aos alimentos, e não cada prestação tratada isoladamente. Ainda, são intransacionáveis, o que quer dizer que o direito de obter alimentos não pode ser objeto de transação se não no que se refere a seu valor, época e forma de pagamento. Contudo, discussão tem havido quanto à possibilidade de transação do crédito resultante de alimentos em atraso e quanto à penhora a recair sobre a soma de alimentos provenientes do recebimento de prestações atrasadas, sendo ponderáveis os argumentos a favor da possibilidade.²¹⁰

Os alimentos também são mutáveis (variáveis de acordo com a alteração das possibilidades do pagamento ou necessidades do beneficiário), recíprocos (somente entre parentes, não se aplicando a característica aos alimentos durante a vigência do poder familiar, conforme afirmado), irrestituíveis ou irrepetíveis (somente o sendo em circunstâncias especialíssimas, tais como desconto errado nos contracheques por excessivo, dentre outras), periódicos e irretroativos (não cabendo exigi-los quanto ao período que antecedeu a propositura da ação que os pleiteia). Ainda, são incompensáveis (artigo 1.707 do Código Civil), ressalvados alguns casos constatados na jurisprudência que permitem a compensação a fim de se evitar notório enriquecimento ilícito.²¹¹

A obrigação de alimentos não é solidária, mas sim conjunta, de acordo com o artigo 1.698 do Código Civil. Intentada a ação contra algum dos parentes coobrigados, poderá este chamar à lide os demais coobrigados para integrá-la. Trata de obrigação conjunta, posto que divisível entre os parentes coobrigados.²¹²

²⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag n. 1044922/SP**, Relator: Raul Araújo. Publicado em 22/06/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=ALIMENTOS+CONJUGE+DISPENSA&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 15 set. 2012.

²¹⁰ PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Ação de Alimentos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2007. p. 30-1.

²¹¹ Ibidem, p. 31-3.

²¹² Ibidem, p. 34.

Ainda, os alimentos são transmissíveis aos herdeiros do devedor, como determina o artigo 1.700 do Código Civil, repetindo norma contida no art. 23 da Lei do Divórcio.²¹³ São duas as hipóteses em exame: a primeira é quando o credor de alimentos não é herdeiro do *de cuius*, e a segunda quando este é herdeiro. Em qualquer hipótese, o credor terá direito de exigir dos herdeiros, e no limite da herança (artigo 1.997 do Código Civil), a satisfação de seu crédito, bem como que, até a ultimação da partilha, cumpra o espólio com a obrigação do finado. A controvérsia reside na solução cabível após a homologação da partilha.

Não sendo herdeiro (tal como comumente se dá em relação a ex-cônjuge que receba pensionamento alimentar), entendimento acertado é o de que, como a obrigação não se “transmite”, por ser personalíssima, mas sim grava os bens que entram no patrimônio dos herdeiros, impõe-se necessária a composição de capital, por parte dos herdeiros, para que dele se possa extrair a pensão a ser paga à proporção dos respectivos rendimentos auferidos. Quando herdeiro for, entretanto, os valores pagos ao alimentando com a partilha haverão que ser “debitados” do quinhão atribuível ao herdeiro, sob pena de infração ao direito constitucional de herança dos demais herdeiros (artigo 5º, XXX, da Constituição Federal).²¹⁴

O artigo 1.694, caput, do Código Civil, tratou de unificar o rol dos legitimados a reclamar alimentos, autorizando o pleito por parte dos parentes, cônjuges ou companheiros.²¹⁵ Importante referir que, todavia, a lei se refere ao parentesco consangüíneo, e não por afinidade, nos termos assinalados pelos artigos 1.696 e 1.697 do Diploma Civil, que por sua vez estatuem, respectivamente, que o direito à prestação alimentar é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os descendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros, e que, na falta de ascendentes, a obrigação recairá sobre descendentes, guardada a ordem de sucessão. Na falta destes últimos, recairá sobre colaterais de segundo grau (irmãos).

²¹³ Art. 1.700 do CCB: A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694.

²¹⁴ ZULIANI. Ênio Santarelli. Alimentos. In: **Revista Síntese - Direito de Família**, São Paulo, n. 63, p. 103-4.

²¹⁵ Art. 1.694, caput, do CCB: Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

Estabelecendo o dispositivo legal que a pensão deve ser fixada inclusive para atender às necessidades de sua educação, presumível que a pensão arcada por genitor não-guardião, em relação à prole, subsiste à maioridade, posto que esta não encerra a preparação do jovem ao mercado de trabalho.²¹⁶

Veja-se que, enquanto que o direito anterior somente previa a obrigação dos parentes mais remotos na falta dos mais próximos, a lei atual arrola taxativamente quais os parentes coobrigados. Admite-se, assim, a denominada “obrigação complementar”, posto que, quando o parente mais próximo detém condições limitadas, os mais remotos são chamados a complementar o montante a ser destinado ao necessitado como pensão alimentícia. Comum no dia-a-dia forense é o ingresso de ações de alimentos intentadas em relação aos avós, para que estes venham a complementar o montante alçado aos netos. Maria Aracy Menezes da Costa defende a limitação da obrigação avoenga, sob pena de invasão à própria privacidade dos anciãos:

E nessa equivocada preponderância da necessidade dos netos, mesmo que não vitais, para o supérfluo, para um melhor padrão de vida dos netos – lazer, recreação, passeios, viagens, academia, tênis de marca, balê, judô – resulta que são os avós que fica, sem o seu lazer, sem seus passeios, sem suas águas termais, sem seu cinema, sem seus bailes de terceira idade! E isso é injusto, ilegal e imoral!²¹⁷

Cabe referência ao Enunciado n. 341 da IV Jornada de Direito Civil, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (outubro de 2006), no qual a relação socioafetiva passou a ser reputada, também, como elemento gerador da obrigação alimentar. Dada a complexidade que a temática suscita, e ante precedentes jurisprudenciais nos quais reconhecida a possibilidade de duplo pensionamento alimentício – tanto por parte do genitor biológico quanto por parte do socioafetivo -, a matéria é objeto de posicionamentos díspares por parte de juristas atuantes no Direito de Família.²¹⁸

²¹⁶ CAHALI, Francisco José. Dos Alimentos. In: DIAS, Maria Berenice; MADALENO, Rolf (coord.). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 196-7.

²¹⁷ COSTA, Maria Aracy Menezes da. **Os Limites da Obrigação Alimentar dos Avós**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 157.

²¹⁸ PEREIRA, Sérgio Gisckow. **Ação de Alimentos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2007. p. 38.

No que tange à prestação de alimentos entre os cônjuges, cabíveis algumas considerações. Embora se enumere, dentre os efeitos pessoais do casamento, a obrigatoriedade de os cônjuges concorrerem para o sustento da família (artigo 1.568 do Código Civil), a inovadora regra contida no artigo 1.694 do Código Civil compõe o capítulo que trata dos efeitos patrimoniais, no qual incluído o subtítulo relativo aos alimentos.

Os dispositivos legais que regulamentam diretamente a matéria são os artigos 1.694, 1.702, 1.709 e 1.704 do Código Civil. Na legislação revogada, a obrigação somente poderia nascer para o cônjuge responsável pela dissolução, favorecendo unicamente o inocente (artigo 19 da Lei do Divórcio). Desta forma, o consorte declarado culpado perdia o direito a pleitear pensão alimentícia, independentemente de sua condição de pobreza.²¹⁹

Inovação trazida pelo novel Diploma Civil é a possibilidade de ser fixada a pensão mesmo àquele declarado culpado, havendo meramente uma limitação no valor do pensionamento, que se restringirá às despesas necessárias à subsistência do pedinte (naturais ou necessários), sem considerar-se o *quantum* necessário à manutenção do padrão de vida usufruído na constância do contrato matrimonial (alimentos civis ou cômputos). E distintos são os posicionamentos adotados pela doutrina, havendo juristas defendendo que nem mesmo para fixação da pensão de alimentos a culpa deverá ser vetor influente no sopesamento entre as necessidades do cônjuge necessitado e possibilidades daquele que ostenta melhores condições de vida, conforme já abordado.

Maria Berenice Dias argui que, como no instituto da união estável não há qualquer previsão quanto à aferição da culpa para fixação da pensão, não se pode permitir tratamento distinto ao casamento. Refere que tal discrimine legal fere o princípio da isonomia, sendo mister eliminar-se a culpa, também, para o efeito de fixação de alimentos ao cônjuge.²²⁰

²¹⁹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: direito de família. 28. ed. rev. atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 381.

²²⁰ DIAS, Maria Berenice. **Conversando Sobre Alimentos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 129 p.

Entrementes, a previsão da averiguação da culpa quando da fixação dos alimentos resta prevista no ordenamento jurídico, sendo crível que somente a partir de sua legítima extirpação é que os entendimentos serão assentes, enfim, tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátrias, embora muitos tribunais brasileiros já afastem a discussão da culpa para todo e qualquer fim, tal como se vislumbra na grande maioria dos julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.²²¹

No que diz respeito à necessidade de o cônjuge comprovar não possuir parentes na condição de auxiliá-lo, como requisito elencado ao pleito de alimentos ao ex-consorte, e muito embora a jurisprudência venha ignorando tal exigência legal, oportuna a transcrição das considerações trazidas por Sérgio Gischkow Pereira neste sentido:

Imagine-se uma mulher separada judicialmente, sem aptidão para o trabalho e necessitada de alimentos, mas que tenha pai e mãe vivos, assim como dez irmãos; temos nada mais nada menos do que doze pessoas que poderiam ter condições de prestar alimentos! Precisar a mulher, para conseguir alimentos provisórios, desde logo comprovar que as doze pessoas não têm condições de prestá-los? Afinal, o ônus da prova é de quem alega. Invocando o princípio interpretativo de que as exegeses, em tema alimentar, não devem tender a prejudicar os alimentos, concluo que não deva se reclamar tal prova para fins simplesmente de alimentos provisórios (...) Que pelo menos a exigência probatória seja deslocada para a instrução do processo, o que é interpretação razoável.²²²

²²¹ **Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. **ALIMENTOS**. 1. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE **CULPA** NA SEPARAÇÃO DO CASAL. Esta Corte, há muito, afastou a averiguação da **culpa** pelo fim das relações matrimoniais, mormente quando é o cônjuge que pleiteia **alimentos** que pede o reconhecimento da **culpa**, já que não incidente o art. 1.704 do CCB. 2. Caracterizada a necessidade da virago em receber **alimentos**, pelo fato de estar em idade na qual não conseguirá inserir-se no mercado de trabalho, não possuir qualificação profissional, não gozar de boa saúde, e estar desempregada, condição esta que prevaleceu ao longo dos quase trinta anos de casamento. De outro lado, o varão exerce função de vereador, possuindo, portanto, ganhos fixos. Além disto, fixou, por ocasião da partilha do casal, com uma fábrica de móveis e esquadrias. Desta forma, adequada a fixação dos **alimentos** em valor equivalente a 1/3 dos ganhos líquidos do varão na sua atividade de vereador, excluídas da base de incidência, tão-só, as diárias, que têm natureza indenizatória. **PROVERAM PARCIALMENTE**. UNÂNIME. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70015708647**. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Publicado em 07/12/2006).

²²² PEREIRA, Sérgio Gischkow. A influência da culpa nos alimentos entre cônjuges e na união estável. In: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. **Atualidades do Direito de Família e Sucessões**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2008. p. 442.

A par da classificação dos alimentos em civis e naturais, podem os alimentos entre os cônjuges, especificamente, classificar-se, ainda, como compensatórios ou transitórios, embora não haja expressa previsão legal no ordenamento jurídico acerca destas modalidades.

Cabe aos alimentos compensatórios uma nítida função reparatória, visando a remediar uma situação econômica desfavorável a um dos cônjuges a partir da ruptura afetiva. Embora não haja no ordenamento jurídico dispositivo expresso que o regulamente, poder-se-ia afirmar que a hipótese encontra sustentáculo no parágrafo único do artigo 4º da Lei n. 5.478/1968 (Lei dos Alimentos), o qual prevê que parte da renda líquida do patrimônio em comum dos cônjuges, quando administrado exclusivamente por um destes, ao outro será entregue.²²³

Tal pensionamento visa a indenizar um dos consortes pela experimentada repentina queda do padrão socioeconômico desfrutado no curso matrimonial, visando a reduzir, tanto quanto possível, os nefastos efeitos irrompidos a partir da situação de indigência social derivada da separação. Pode consistir no pagamento de uma prestação única, de prestações vitalícias, temporárias ou mesmo na simples entrega de bens que, a partir da renda gerada, lograrão evitar um considerável desequilíbrio econômico entre os consortes (conforme exemplificado acima), sendo mister ficar claro, contudo, que não há um padrão de regramento a ser seguido, visto que a melhor forma muito dependerá da disparidade constatada entre as partes, das situações econômicas pretéritas ao consórcio, daquilo que as partes deixaram de produzir, dentre demais elementos fáticos a serem averiguados. Rolf Madaleno, versando sobre o assunto, distingue com clareza solar a pensão alimentícia da pensão compensatória, deixando claro sua efetiva funcionalidade:

Enquanto a pensão alimentícia está destinada a cobrir as necessidades vitais do credor de alimentos, inclusive para atender a condição econômica do alimentando, constituindo-se em uma verba indispensável para o sustento, habitação, vestuário e assistência médica do destinatário de alimentos, sendo proporcional aos recursos da pessoa obrigada e às possibilidades do reclamante (CC, art. 1.694, § 1º), em sentido oposto, nos alimentos compensatórios a quantia será determinada em razão do desequilíbrio econômico que

223

GRISARD FILHO, Waldyr. Pensão compensatória: Efeito econômico da ruptura convivencial. In: **Revista Síntese - Direito de Família**, São Paulo, n. 69, p. 117-38, dez./jan. 2012.

sofre um dos cônjuges ou conviventes com a ruptura do vínculo afetivo, e sua finalidade não é a de subsistência, mas a de restaurar, com critério de igualdade, o equilíbrio financeiro vigente entre os consortes ou companheiros por ocasião do divórcio.²²⁴

Os alimentos transitórios, por seu turno, consistem no pagamento de pensionamento alimentar por tempo pré-determinado, destinado a suprir, temporariamente, as necessidades de alimentando desprovido de condições a alçar sua própria manutenção, de modo que se habilite, no interregno estabelecido, a inserir-se devidamente no mercado de trabalho.

O mesmo autor assevera que a projeção dos alimentos transitórios dar-se-á em situações pontuais, sendo sempre fixado um termo final para sua vigência. Situação comum é a fixação em benefício de filho que, por exemplo, vem deliberadamente postergando a conclusão de etapa de ensino, de modo que a pensão de alimentos não lhe estimule o ócio e lhe faça priorizar a obtenção de condições regulares para a labuta. Concernentemente ao tempo de duração, gize-se que varia casuisticamente – podendo ultrapassar até mesmo dez anos -, a depender do intervalo de tempo necessário ao preenchimento dos requisitos necessários pelo alimentando.²²⁵

É modalidade, portanto, que tem como escopo prover a subsistência do cônjuge necessitado até que este obtenha as necessárias ferramentas para reinserção no mercado laboral, atingindo sua autonomia financeira. Após o decurso do tempo pré-determinado, a pensão cessará automaticamente (diferentemente do que se opera com relação aos alimentos compensatórios).²²⁶

Sinteticamente concluindo, enquanto que os alimentos transitórios – como a própria nomenclatura aponta – visam a suprir necessidades temporárias do necessitado (que a partir deles terá condições de “transitar” de uma fase da vida a outra, para que possa suprir suas próprias necessidades), os alimentos

²²⁴ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 958.

²²⁵ Ibidem, p. 950-1.

²²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Coordenadoria de Editoria e Imprensa. **É Possível Fixação de Alimentos Transitórios a Ex-cônjuge**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=98967>. Acesso em: 13 set. 2012.

compensatórios têm o escopo de assegurar a menor discrepância possível entre o padrão socioeconômico dos ex-consortes, podendo a verba perdurar vitaliciamente como por apenas alguns meses, bastando que se comprove judicialmente, para que seja revisada, o porquê da necessidade de sua redução, extinção ou mesmo majoração.

Quanto à forma de arbitramento, os alimentos dividem-se em definitivos, provisionais (ou *ad litem*) e provisórios. Os definitivos são os fixados na sentença em observância ao binômio necessidade-possibilidade, previsto no artigo 1.694, § 2º, do Código Civil. Embora ostentem caráter definitivo, poderão ser revistos ou mesmo exonerados a qualquer tempo, bastando a ocorrência de fatos que modifiquem a base que serviu para arbitramento do *quantum*. Os alimentos provisionais decorrem do artigo 852 do Código de Processo Civil, enquanto que os provisórios do artigo 4º da Lei de Alimentos. Os primeiros têm como escopo garantir ao necessitado condições dignas para manutenção enquanto tramita a ação, fixados diante dos requisitos das medidas cautelares – *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, previstos no artigo 798 do Código de Processo Civil - , enquanto que os provisórios requerem prova pré-constituída de parentesco, casamento ou companheirismo para sua fixação, que se opera *initio litis*. Registre-se que a Lei Maria da Penha, no artigo 22, V, contribuiu para a promoção da igualdade entre tais formas de arbitramento, determinando como forma de medida protetiva a fixação de alimentos “provisórios ou provisionais”.

No que pertine às possíveis ações judiciais versantes sobre a matéria em apreço, afiguram-se como principais: ação de fixação de alimentos, revisional de pensão já fixada, exoneração ou execução da verba alimentar. A Lei de Alimentos, de n. 5.478/1968, foi editada com o fito de promover rito especial para a ação na qual pleiteados os alimentos, de forma mais célere, prática e eficiente. Entrementes, as alterações e acréscimos trazidos ao instituto, principalmente por parte da Lei do Divórcio, Código de Processo Civil, Lei n. 8.560/1992 (que regulamenta a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento) e pelo atual Código Civil, acabaram por ampliar a descentralização da matéria, cujas normas

reguladoras encontram-se esparsas no ordenamento jurídico. Pode o pedido de alimentos ser veiculado por ação autônoma ou mesmo incidentalmente.²²⁷

A decisão que fixa os alimentos traz ínsita a cláusula *rebus sic stantibus*, impondo a possibilidade de alteração do pensionamento sempre que as condições que o determinaram verifiquem-se alteradas. Deveras equivocado é o entendimento aventado por doutrinadores e por parte da jurisprudência no sentido de que, por estarem sujeitas à revisão, as decisões proferidas em ação de alimentos somente fazem coisa julgada formal, e não material, ancorada tal compreensão na interpretação do artigo 15 da Lei dos Alimentos. Nesta senda, calha a transcrição de crítica lançada por Adroaldo Furtado Fabrício, ao enfrentar de forma altamente percuciente a matéria em exame:

As sentenças proferidas em ações de alimentos, como quaisquer outras, referentes ou não a relações jurídicas "continuativas", transitam em julgado e fazem coisa julgada material, ainda que, □ igualmente, como quaisquer outras, possam ter a sua eficácia limitada no tempo, quando fatos supervenientes alterem os dados da equação jurídica nelas traduzida. O disposto no art. 15 da Lei n° 5.478/68, portanto, não pode ser tomado em sua literalidade. O dizer-se aí que a sentença não faz coisa julgada é, tão-somente, um esforço atécnico e mal-inspirado do legislador para pôr em destaque a admissibilidade de outras demandas entre as mesmas partes e pertinentes à mesma obrigação alimentar. Essa interpretação, aliás, não desafina da impressão geral que essa Lei produz, como uma das mais mal-formuladas do nosso ordenamento positivo.²²⁸

Verifica-se acertado o entendimento de que, muito embora a decisão que fixa ou mesmo que altera o *quantum* atribuído aos alimentos seja apta a revisão e alteração, sempre que as circunstâncias fáticas assim o permitirem, faz esta coisa julgada tanto formal quanto material.

A pretensão revisional ou exoneratória de alimentos é lastreada no artigo 471, I, do Código de Processo Civil, ao estatuir que nenhum juiz poderá decidir novamente as questões já decididas, relativamente à mesma lide, salvo se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobrevier modificação de fato ou de direito. No

²²⁷ CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 543-5.

²²⁸ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **A Coisa Julgada nas Ações de Alimentos**. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio\(2\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio(2)%20-formatado.pdf)>. Acesso em: 28 dez. 2012.

Código Civil, dispõe o artigo 1.699 que, constatada alteração da situação financeira do alimentante ou alimentando, poderá o valor ser majorado, reduzido ou mesmo exonerado, devendo o julgador que se atentar às peculiaridades inerentes ao caso concreto. Ainda, no que tange às hipóteses de exoneração específicas entre os cônjuges, o artigo 1.708 do Código Civil arrola as novas núpcias, constituição de união estável ou concubinato como justificativas ao pleito judicial.

A habilitação de uma das partes na condição de “dependente” ou “agregada” junto ao plano de saúde do ex-consorte detém nítido caráter alimentar, conquanto em espécie, e não em pecúnia. Assim, quando houver modificação na situação financeira do titular do plano de saúde, e a manutenção do ex-cônjuge em tal condição passar a gerar custos não mais suportáveis pelo contratante conforme o eram outrora, a jurisprudência tem reconhecido a possibilidade da exoneração da obrigação. Exemplo extraído de decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo foi no sentido de determinar a exoneração quando, em decorrência do nascimento de novos filhos do varão, titular do plano, e ingresso destes na qualidade de dependentes, a virago passou a ser considerada agregada ao contrato de plano de saúde, e não mais como dependente, o que impôs majoração dos custos de forma a ferir o binômio necessidade-proporcionalidade, autorizando, assim, a extinção de dita obrigação ao varão.²²⁹

Ainda, no parágrafo único do artigo 1.708 afirma-se que se o credor praticar procedimento indigno em relação ao devedor também cessará seu direito aos alimentos. Sérgio Gischkow Pereira alega que as hipóteses de indignidade não podem ser tidas como somente aquelas descritas no artigo 1.814 do Código Civil (que dispõem sobre os atos de indignidade praticados pelo herdeiro), mas também por alusão as contidas no artigo 1.962 do mesmo Código, posto que não seria razoável deixar-se de fora condutas tais como ofensa física ou injúria grave praticadas contra o provedor alimentar.

²²⁹ Ementa: EXONERAÇÃO Cláusula no acordo de separação do casal estipulando o pagamento, pelo ex-marido, de plano de saúde para a ex-mulher Modificação, entretanto, da situação financeira do alimentante, que continua a pensionar os filhos provenientes da união Constituição de nova família Inclusão da ex-mulher como agregada Onerosidade excessiva Possibilidade de exoneração Sentença mantida. Recurso não provido. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 9095087-49.2008.8.26.0000**, Relator: Neves Morim. 2ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 15/05/2012).

Impaga, a pensão de alimentos fixada poderá ser objeto de ação executória movida pelo credor tanto mediante a modalidade expropriativa de bens (com base no artigo 732 do Código de Processo Civil, além de admitir o cumprimento de sentença, puro e simples, previsto nos artigos 475-J e seguintes do CPC), como também pela modalidade coercitiva (amparada no artigo 733 do Código de Processo Civil), mediante prisão domiciliar do devedor por prazo de até sessenta dias²³⁰.

Uma completa análise das ações judiciais versantes sobre os alimentos tornaria obrigatório adentrar-se no âmbito do estudo do processo civil, descabendo tratar da matéria, contudo, no presente trabalho.

2.2.3 Das Soluções Jurídicas Patrimoniais e Contratuais

A dissolução do contrato matrimonial culmina, muitas vezes, na dissolução da sociedade patrimonial dos consortes. À divisão do patrimônio conjugal dá-se o nome de partilha de bens, que trata do rateio do conjunto de bens amealhados no curso da sociedade conjugal, sempre em observância ao regime de bens incidente na união. Para a apuração do respectivo quinhão de cada parte, é necessária a distinção entre o ativo e o passivo, bem como da análise de algumas peculiaridades, tal como, à guisa de mero exemplo, a vigência de contratos de financiamento imobiliário cujas prestações permaneçam sendo quitadas por um ou por ambos os consortes após a separação fática, posto que, conforme veremos, tal influi substancialmente na individualização dos respectivos quinhões.²³¹

Quando a acomodação dos bens partilháveis emana de consenso entre as partes, será a partilha realizada pela via amigável, podendo os cônjuges versarem sobre as cláusulas da forma que lhes aprouver, subsumindo-se a modalidade ao artigo 1.575 do Código Civil. Ao contrário, quando as partes adotarem postura beligerante em relação ao rateio patrimonial, o rito procedimental será o estabelecido pelos artigos 982 e seguintes do Código de Processo Civil.

²³⁰ ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 1017-8.

²³¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática**. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ ed., 2011. p. 148.

Nesse cenário, imperiosa faz-se a distinção entre os institutos da comunhão e do condomínio. No seio da sociedade conjugal, os bens comunicáveis angariados são de propriedade de ambos os cônjuges. Não há divisão por “quotas” entre si quando da aquisição dos bens, já que são as partes proprietárias, juntamente, do acervo patrimonial como um todo. A partir da dissolução da sociedade conjugal, entretanto, necessário o reconhecimento da meação de cada parte, a qual consiste no percentual correspondente a cada bem objeto da partilha. A partir de então, sim, poder-se-á falar em condomínio, sendo cada ex-consorte proprietário de uma fração ideal sobre cada bem integrante deste conjunto. Ademais disto, poderão as partes dispor sobre suas respectivas frações ideais, contanto que permitam que o condômino, ex-consorte, exerça seu direito de preferência na hipótese de alienação dos bens, *ex vi* do artigo 504 do Código Civil.²³²

Destarte, enquanto que na constância do contrato matrimonial os bens comunicáveis encontram-se em estado de mancomunhão, com a efetivação da partilha passam estes a estar em condomínio, sujeitos a todas as regras atinentes ao instituto. Todavia, a permanência do patrimônio conjugal em estado de condomínio pode gerar situação de desigualdade entre as partes, posto que, em regra, apenas uma delas exerce o direito que a ambos cabe de uso, gozo e fruição sobre tais bens, porque incompatível o exercício conjunto com a separação fática engendrada. Atentamente a isto, surgiram algumas alternativas para mitigar os nefastos efeitos que advêm nesse contexto, passíveis de acarretar injustiças irreversíveis entre as partes.

Uma delas - já abordada - é a fixação dos alimentos compensatórios, que visam a resgatar a uma das partes, da forma máxima possível, o padrão socioeconômico repentinamente reduzido a partir da separação. Ainda, comum é o ingresso judicial da denominada “ação de cobrança de frutos por uso exclusivo de bem comum” cujo escopo é o recebimento de um valor que represente o equivalente à renda gerada pela respectiva quota-parte do bem sob condomínio. Um exemplo ilustrativo é a ação judicial de cobrança de alugueres pela utilização exclusiva de bem imóvel. Na hipótese, são judicialmente arbitrados alugueres a serem pagos pelo

²³² PARADA, Deise Maria Galvão. Alguns efeitos da separação de fato dos cônjuges. In: **Revista Síntese - Direito de Família**, São Paulo, n. 60, p. 92-95, jun./jul. 2010.

cônjuge não usuário do imóvel sob condomínio, com base no valor de sua hipotética locação imobiliária.²³³

É da dicção do dispositivo 2.017 do atual Código Civil que, além do valor, deve a divisão patrimonial estar atenta às variáveis da natureza e qualidade dos bens, quando de sua divisão. De forma profundamente didática, enfrentou a matéria o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no julgamento do Recurso Especial n. 605.217-MG, de sua relatoria. A decisão determinou à respectiva Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que observasse o padrão de qualidade e a natureza dos bens partilháveis, mediante cotejo das condições daqueles com as necessidades das partes:

Trata de concreção plena do Princípio da igualdade, segundo o qual, na divisão de bens, deve-se considerar não apenas a igualdade formal, ou seja, a equivalência matemática dos quinhões, evitando a necessidade de instituição de condomínio, mas também a igualdade qualitativa e a natureza dos bens partilháveis. (...) Vale dizer, portanto, que a partilha justa é aquela que, sem descuidar do valor dos bens, destina a cada ex-cônjuge todas as classes de bens e direitos, os melhores e os piores, considerando, por exemplo, custos com manutenção, liquidez, potencial de exploração econômica, etc.²³⁴

Outrossim, a ocorrência (comprovada nos autos) da sub-rogação de bens privativos das partes influi sobremaneira na partilha. Na verificação lexical, e de acordo com o *Dicionário Eletrônico Miniaurélio*, sub-rogar significa “pôr em lugar de outrem; substituir”, “assumir ou tomar o lugar de outrem”. No âmbito jurídico da partilha do acervo patrimonial dos cônjuges, há referência ao instituto nos artigos 1.659, II e 1.668, I, ambos do Código Civil. O primeiro, relativo à comunhão parcial, impõe que os bens sub-rogados àqueles que os cônjuges possuírem ao casar (bens particulares), os recebidos por doação e por herança são excluídos da comunhão. O

²³³ Partilha de bens. Regime da comunhão parcial. Repartição dos bens móveis e imóveis adquiridos na constância do casamento. Pagamento por aluguel, pelo réu, ante a ocupação exclusiva de um dos imóveis. Necessidade. Despesas com automóveis e reformas nos imóveis que devem ser divididas entre as partes. Sentença parcialmente reformada nesse sentido. Recurso parcialmente provido (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 9095087-49.2008.8.26.0000**, Relator: Neves Morim. 2ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 15/05/2012).

²³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 605.217-MG**, Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 18/11/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200302054784&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 20 set. 2012.

segundo determina o mesmo com relação ao regime da comunhão universal de bens, excluindo da partilha os bens sub-rogados àqueles doados ou herdados pelas partes com cláusula de incomunicabilidade, porém não contemplando os bens de propriedade exclusiva das partes na época do conúbio – sob os quais, portanto, não poderá ser declarada a sub-rogação.

Trata a sub-rogação, pois, da “transformação” do patrimônio privativo das partes em bens havidos na constância da sociedade conjugal. Assim, para que seja permitida a exclusão de tais bens do acervo em comum (quando vislumbradas as hipóteses acima arroladas), deverá ser sua ocorrência comprovada em juízo sempre que o consorte não a reconheça espontaneamente. Embora a conceituação do instituto não gere polêmica, o mesmo não ocorre relativamente à definição da qualidade da prova para seu reconhecimento e eficácia, sendo díspares os posicionamentos encontrados na jurisprudência pátria. Vale lembrar que, por se tratar o instituto de exceção à regra de comunicabilidade patrimonial, deverá ser interpretado restritivamente, ou seja, somente naquelas hipóteses previstas no ordenamento jurídico.

Enquanto que, alguns julgadores, mais rigorosos quanto à prova da sub-rogação, exigem que sua ocorrência conste expressamente consignada no próprio título aquisitivo do bem²³⁵, outros reconhecem que o conjunto de razoáveis indícios ou demais documentos atestando a sub-rogação²³⁶ são suficientes para o reconhecimento jurídico de sua ocorrência; afinal, inexistindo na lei a obrigatoriedade de inscrição de cláusula no título demonstrativo, estar-se-ia, a partir desta desmedida exigência, a ferir o cânone constitucional do artigo 5º, II, cuja

²³⁵ No regime da comunhão parcial, não se comunicam os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares, nos termos do inciso II, do artigo 1.659 (antigo 269), do Código Civil. Todavia, para que se aplique este dispositivo, é necessário que o cônjuge ressalve essa sub-rogação no título aquisitivo e prove que de fato um bem substitui outro. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70021242987**, Relator: Claudir Fidelis Faccenda. Julgado em 11/10/2007).

²³⁶ Partilha, Os bens imóveis adquiridos comprovadamente por sub-rogação pela companheira não entram na comunhão. É válida a manifestação de vontade contida em documento assinado pelo companheiro, onde ele reconhece que um imóvel adquirido durante a vigência da união estável pertence com exclusividade à companheira. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70017548405**, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, julgado em 21/12/2006).

preleção é a de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.²³⁷

Mais adequado revela-se o entendimento de que o exame de prova deverá amoldar-se às peculiaridades ínsitas a cada caso, podendo o julgador valer-se não apenas da prova documental, como, por exemplo, também da prova testemunhal, sempre que os elementos contidos nos autos sugerirem tal medida.

Cabe a abordagem de alguns aspectos relevantes no âmbito do Sistema Financeiro Imobiliário (SFI), operados no momento da partilha. Conforme afirmado, de acordo com o artigo 22 da Lei n. 9.514 de 1997, o devedor (fiduciante) contrata com o credor (fiduciário) a propriedade resolúvel da coisa imóvel. Trata a propriedade resolúvel de modalidade especial de condomínio, regulada pelos artigos 1.359 e 1.360 do Código Civil, como exceção ao princípio geral do *semel dominus, semper dominus* (uma vez dono, sempre dono). Em tal situação, há sempre um proprietário atual e um proprietário diferido. Ressalva Silvio Venosa que, no curso da fruição do proprietário resolúvel, não se pode impingir uma atitude passiva, de mero “expectador”, ao proprietário diferido, já que, muito embora não possa turbar o exercício da propriedade por parte do proprietário atual, pode exigir-lhe caução ou optar por outra medida acautelatória caso vislumbre desídia em tal exercício.²³⁸

Note-se que o proprietário resolúvel, portanto, exerce os poderes de pleno proprietário: usar, gozar e dispor da coisa, havendo indisponibilidade somente quando no ato constitutivo houver cláusula de inalienabilidade. Nesta seara, a problemática surge quando um casal que opta pela separação ou divórcio celebrou um contrato de financiamento de bem imóvel. Vejamos assim que, se por um lado o parágrafo único da Lei n. 8.004 de 1990 (que dispõe sobre o Sistema Financeiro da Habitação) determina que a formalização de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão relativas a imóvel financiado no âmbito do SFH somente dar-se-á mediante a interveniência obrigatória da instituição financiadora, por outro,

²³⁷ MALHEIROS FILHO, Fernando. A sub-rogação no regime da comunhão parcial de bens. In: PEREIRA, Sérgio Gischkow; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (coord.). **Direito Contemporâneo de Família e das Sucessões (Estudos em Homenagem aos 20 anos de Docência do Professor Rolf Madaleno)**. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 63-73.

²³⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 410.

aplicando-se o Código de Defesa do Consumidor (artigo 6º V)²³⁹, forçoso afirmar que o divórcio, tal como a morte de um dos consortes, trata de fato superveniente à celebração do negócio jurídico, capaz, assim, de alterar a capacidade financeira do cônjuge que pretenda dar continuidade ao contrato, o que autoriza sua revisão.²⁴⁰

Constatada a quebra da base objetiva do negócio jurídico, de seu equilíbrio intrínseco, observando-se, ainda, o princípio do planejamento familiar (apregoadado pelo artigo 226, § 7º da Constituição Federal de 1988), razoável é a compreensão de que impende a revisão do contrato de financiamento, com o fito de que as prestações mensais ajustem-se à realidade orçamentária do consorte que permaneceu em sua posse, e que, decorrentemente, passou a arcar com todas suas despesas e custos de manutenção.²⁴¹

Ressalve-se que na hipótese em apreço somente restarão partilhados os direitos e ações dos quais as partes são titulares em virtude da celebração de dita espécie de contrato, tendo em vista seu exercício da propriedade meramente resolúvel, cabendo o mesmo entendimento em relação a demais hipóteses em que não se averigúe a propriedade plena, como se procede, por exemplo, quando celebrado contrato de promessa de compra e venda, a partir do qual os promitentes compradores passam a dispor de direitos e ações sobre o bem imóvel identificado na avença.

Nesse contexto, vale referir que o montante correspondente à meação de cada parte será balizado por cálculo da respectiva meação, a qual possui limite, quanto ao reconhecimento, na data da efetiva separação de fato das partes, quando então imposto termo final à comunicabilidade patrimonial, consoante asseverado supra. Ou seja, caso uma das partes persista arcando, exclusivamente, com

²³⁹ Art. 6º, V, do CDC: São direitos básicos do consumidor: (...) V- a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

²⁴⁰ CRUZ, Eduardo Felix da. **Os Efeitos do Divórcio Perante os Contratos de Financiamento Habitacional**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17572/os-efeitos-do-divorcio-perante-os-contratos-de-financiamento-habitacional>>. Acesso em: 24 set. 2012.

²⁴¹ (...) 4- Merece prosperar o pedido de limitação do encargo mensal em 30% (trinta por cento) sobre a renda de (omissis), tendo em vista a homologação do divórcio entre as partes inicialmente devedoras, onde a mutuária assumiu, exclusivamente, a obrigação pelo pagamento das prestações mensais do financiamento do imóvel (...). (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Apelação Cível n. 199951010009571**, Relator: Raldênio Bonifácio Costa. Julgado em 07/10/2008).

prestações de financiamento após a ruptura fática, a ela caberá a totalidade dos direitos e ações quitados desde então, reconhecendo-se, é claro, a meação do ex-consorte sobre aquilo quitado no curso do contrato de casamento.

Nesse contexto, não raras, ainda, ações judiciais que buscam a partilha de bens edificados pelos cônjuges em terreno pertencente a terceiro. A dinâmica da formação e transformação dos núcleos familiares da atualidade provoca a necessidade de soluções que reduzam o impacto financeiro na vida de um casal. E é nesse cenário que contratos de comodato são corriqueiramente celebrados, quando um casal, por exemplo, passa a habitar imóvel de progenitores ou demais parentes. Com o crescimento da família, um mesmo bem passa a ser objeto de sucessivas melhorias e construções, valorizando-se às expensas dos comodatários.

Ocorre que tais bens não podem ser incluídos na partilha, já que se constituem em benfeitorias engendradas em bem sob propriedade de um terceiro. O impasse tem sido resolvido, junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a partir da possibilidade de ao menos reconhecer-se a existência de tais benfeitorias, ou seja, a partilha dos direitos sobre a futura indenização (a ser paga pelo proprietário do bem) resultante das construções empreendidas, havendo precedentes jurisprudenciais em tal sentido²⁴². Afinal, sendo o proprietário parte estranha em uma ação na qual a finalidade precípua é o decreto da dissolução do vínculo conjugal, sub-rogam-se os cônjuges, assim, nos direitos e ações em relação ao dono do terreno. A medida emprega celeridade na concreção do direito das partes em verem-se devidamente reembolsadas de valores despedidos na formação do patrimônio familiar, ao mesmo tempo em que veda a aferição da matéria no bojo de uma partilha conjugal.

²⁴²

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PARTILHA DE BENS. DIVISÃO DE CONSTRUÇÃO ERGUIDA DE BOA-FÉ EM IMÓVEL DE TERCEIRO. IMPOSSIBILIDADE DE VENDA E PARTILHA DO IMÓVEL. ART. 1.255 DO CCB. DIREITO À INDENIZAÇÃO. A construção erguida em terreno pertencente ao pai de um dos companheiros não permite a partilha do bem, por envolver imóvel de terceiro. Erigida a acessão de boa-fé, as partes podem partilhar apenas os direitos sobre a construção, resolvendo-se a partilha na via indenizatória. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70035700467**, Relator: André Luiz Planella Villarinho. Julgado em 11/08/2012). APELAÇÃO CÍVEL. PARTILHA DE BENS. Comprovado que as partes, durante o matrimônio, construíram uma casa sobre terreno pertencente a terceiro, cabível a divisão da acessão intelectual, conforme avaliação efetuada judicialmente. Partilha que se resolve na via indenizatória. Manutenção da sentença. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70043896158**, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Julgado em 13/07/2011).

Ainda, no que tange, especificamente, à partilha de bens adquiridos em casamento sob o regime da comunhão parcial ou universal de bens, a partir de valores oriundos do saque do Fundo de Garantia por tempo de serviço (FGTS) e/ou do recebimento de indenização por ação trabalhista, algumas considerações não que ser feitas, dado que a matéria suscita consideráveis divergências jurisprudenciais. A começar, vale lembrar que, de acordo com o artigo 2.039 do Diploma Civil, o regime de bens nos casamentos celebrados sob vigência do Código Civil anterior é aquele por ele estabelecido. Ocorre que, enquanto que o respectivo artigo 271, relativo ao regime da comunhão parcial, impunha a comunhão dos frutos civis do trabalho dos consortes, o artigo 269, paradoxalmente, excluía da comunhão aqueles mesmos bens excluídos no regime da comunhão universal, dentre os quais se encontram justamente, também, os frutos civis do trabalho de cada cônjuge.

No julgamento do recurso especial de n. 848.660-RS esclareceu-se que a interpretação dos dispositivos deve se operar de forma restritiva. Asseverou-se, em síntese, que a incomunicabilidade deve se proceder somente no que pertine ao *direito* ao recebimento dos frutos civis do trabalho (ou seja, quando ainda depositados em conta vinculada). Assim sendo, a partir do momento em que *sacados, recebidos ou utilizados* para a compra de determinados bens, os valores consistentes do FGTS do cônjuge inserem-se no patrimônio comum. Oportuna faz-se a transcrição das assertivas aventadas no corpo do voto proferido pelo relator, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que bem esposam ou traduzem o entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça:

De fato, os proventos de trabalho configuram os aquestos patrimoniais comuns por excelência, sendo que a incomunicabilidade, não somente deles mas também dos bens com ele adquiridos, como pretende o recorrente, levaria à inusitada conclusão de que, no regime da comunhão parcial de bens, o patrimônio em comum estaria restrito aos frutos dos bens particulares, às doações realizadas ao casal e aos bens adquiridos por fato eventual, o que, a toda evidência, vai de encontro à natureza e à finalidade do instituto.²⁴³

²⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 848.660-RS**, Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 03/05/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=200600982512&data=13/5/2011>. Acesso em: 24 set. 2012.

A identificação da celeuma reside, substancialmente, na conceituação da natureza jurídica do FGTS. Segundo Maurício Godinho Delgado, este “(...) *consiste em recolhimentos pecuniários mensais, em conta bancária vinculada em nome do trabalhador, conforme parâmetro de cálculo estipulado legalmente, podendo ser sacado pelo obreiro em situações tipificadas pela ordem jurídica(...)*”.²⁴⁴ Trata, pois, de uma espécie de poupança forçada em proveito do empregado, que visa a reparar despedida injusta praticada pelo empregador. O depósito (equivalente a 7% da remuneração do empregado) representa uma “vitória” pessoal do trabalhador, uma conquista sua que integra seu patrimônio desde que iniciados os sucessivos e mensais depósitos.

Na linha do mesmo entendimento assente no Superior Tribunal de Justiça (no sentido de que os valores, quando recebidos ou incorporados ao patrimônio perdem a natureza de incomunicabilidade), há julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconhecem que, a despeito da natureza originária de provento pessoal do trabalho atribuída ao FGTS, a verba perde tal caráter a partir do saque, quando então passa a integrar o monte partilhável do casal.²⁴⁵ Por outra banda, há decisões proferidas pelo mesmo Tribunal que são contrárias ao entendimento, pugnano pela exclusão de patrimônio originado do FGTS, tal como quando, por exemplo, não são

²⁴⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008. p. 1268.
²⁴⁵ Ementa: APELAÇÃO CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. UTILIZAÇÃO DE FGTS. Os valores sacados do FGTS de um dos consortes e utilizados pelo casal para a aquisição de imóvel integram a comunhão, porquanto perdem o caráter de provento pessoal. precedentes desta corte. Não comprovado o direito do recorrente, ônus que incumbia ao recorrente. Inteligência dos art. 333, inciso II, do CPC. APELAÇÃO DESPROVIDA (Apelação Cível Nº 70045600178, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 15/06/2012); Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO. CASAMENTO PELO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. PARTILHA DE VALORES RECEBIDOS QUANDO DA RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO E SACADOS DO FGTS PARA A AQUISIÇÃO DE IMÓVEL PARA A FAMÍLIA. O imóvel adquirido na vigência do casamento mediante o emprego dos valores recebidos pelo cônjuge a título de rescisão trabalhista e do saque da conta de FGTS integra a partilha. (...) NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70046345880, Relator: Alzir Felipe Schmitz. Julgado em 17/05/2012).

“sacados” ou recebidos, mas somente entregues para a compra de determinado bem imóvel.²⁴⁶

Com efeito, o entendimento correto é o prevalecente. Ora, não se pode conceber a idéia de que os valores provenientes do FGTS são incomunicáveis *ad eternum*. Tal como os créditos salariais, a incomunicabilidade deve limitar-se ao direito de recebimento, mas não àqueles bens adquiridos com os recursos advinentes destas fontes. A partir do momento em que sacados, recebidos e/ou utilizados, perdem a natureza indenizatória, passando a compor o patrimônio comum.

No que pertine à indenização trabalhista, o mesmo raciocínio se aplica, majoritariamente, na jurisprudência brasileira, ou seja, de que a verba se comunica ao acervo partilhável do casal. Exemplos disto são julgamentos dos recursos especiais de n. 646529/SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, e n. 421801/RS, sob relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Em ambos os casos, o posicionamento adotado pela Corte foi no sentido de reconhecer a meação do cônjuge sobre a indenização correspondente a direitos adquiridos ou pleiteados durante a constância da sociedade conjugal, devendo haver exclusão, contudo, daquelas nascidas ou pleiteadas após a separação fática do casal. Também no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul verifica-se dissonância de entendimento,

²⁴⁶ Ementa: AÇÃO DE SEPARAÇÃO LITIGIOSA. PARTILHA DE BENS. REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS COMUNICAÇÃO DOS AQUÊSTOS. PROVA. IMÓVEL ADQUIRIDO COM O USO DO FGTS. 1. Se o regime de bens do casamento era o da separação obrigatória, comunicam-se os bens adquiridos a título oneroso durante a convivência conjugal, sendo descabido questionar qual a contribuição do cônjuge para aquisição do patrimônio comum. Súmula nº 377 do STF. 2. O FGTS constitui "provento do trabalho pessoal" e não se comunica entre os cônjuges, ex vi do art. 1.659, inc. VI, do Código Civil, e quando o pagamento do imóvel é feito mediante expressa entrega do próprio FGTS, opera-se, de forma inequívoca, a sub-rogação, devendo esse ser abatido do valor do imóvel. 3. Não restando comprovado que o veículo que o varão possuía antes de iniciar a relação tenha sido dado em pagamento daquele adquirido na constância do casamento, imperiosa a partilha igualitária desse bem, pois a sub-rogação é exceção à regra da comunicabilidade e, para ser admitida, deve ficar cabalmente demonstrada. Recursos desprovidos. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70045731734**, Sétima Câmara Cível, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 13/06/2012).

com distintos julgamentos direcionados à mesma temática²⁴⁷, cabendo referir que posicionamentos díspares também se apresentam em demais tribunais de justiça do país, tal como no Tribunal de Justiça de São Paulo.²⁴⁸

Ainda, refira-se que também há heterogeneidade de decisões relativas à partilha (reconhecimento de meação) do numerário objeto de depósito em caderneta de poupança em nome de uma das partes, já que, enquanto para alguns os valores não perdem a natureza de proventos do trabalho pessoal, para outros passam a compor o patrimônio em comum desde o momento em que efetuado o respectivo

²⁴⁷ Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE SOBREPARTILHA. VERBAS DECORRENTES DE RECLAMATÓRIA **TRABALHISTA**. MEAÇÃO. ARTIGO 1.659 DO CÓDIGO CIVIL. DESCABIMENTO. Os créditos trabalhistas do requerido excluem-se da comunhão dos bens adquiridos na constância do casamento, nos termos do inc. VI do art. 1.659 do CC. No caso, ainda que as partes tenham casado pelo regime da comunhão universal de bens, os créditos trabalhistas excluem-se da **partilha**, por que considerados frutos civis do trabalho do separando e, assim, comunicáveis. Assim, os valores percebidos por ambos os cônjuges em razão das atividades profissionais não integram o patrimônio comum do casal, por ser individual o esforço despendido para percebê-los, razão pela qual não são incluídos na **partilha**, não tendo a apelada direito à meação. APELAÇÃO PROVIDA. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70043118439**, Relator: Roberto Carvalho Fraga Julgado em 17/10/2012).

Ementa: UNIÃO ESTÁVEL. **PARTILHA** DE BENS. IMÓVEL ADQUIRIDO COM VALORES PROVENIENTES DE RECLAMATÓRIA **TRABALHISTA**. BENFEITORIAS REALIZADAS EM IMÓVEL PERTENCENTE À VIRAGO. AUSÊNCIA DE PROVA. 1. Comprovada a união estável, devem ser partilhados de forma igualitária todos os bens adquiridos a título oneroso na constância da vida em comum, pouco importando qual tenha sido a colaboração prestada individualmente pelos conviventes. Inteligência do art. 1.725 do CCB. 2. Se os valores da reclamatória **trabalhista** foram sacados e depositados em conta bancária, passaram a integrar o patrimônio do casal, sendo irrelevante o destino dado, isto é, se foram consumidos pelo casal ou se serviram para aquisição de bens, não se operando a sub-rogação, motivo pelo qual devem compor a **partilha**. 3. Descabe o pedido de indenização por benfeitorias realizadas em imóvel de propriedade da virago, quando o autor não comprovou ter realizado acréscimos patrimoniais no bem. Recurso provido em parte (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70038531604**, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves Julgado em 26/10/2011).

²⁴⁸ Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE DIREITO À MEAÇÃO CUMULADA COM COBRANÇA. I.- Partilha de verba atinente à indenização trabalhista do recorrido. Afastamento. Fruto civil do trabalho. Verba que não se comunica com a apelante para fins de partilha. Exclusão mantida. Aplicação do disposto no artigo 1659, inciso VI, do Código Civil. II.- Precedentes desta Câmara. SENTENÇA REFORMADA. APELO PROVIDO (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0006519-17.2011.8.26.0483**, Terceira Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Donegá Morandini, Julgado em 17/04/2012).

Ementa: SOBREPARTILHA Regime da comunhão parcial Indenização trabalhista Verba que integra o patrimônio comum e partilhável se o período aquisitivo se deu na constância do casamento, ainda que recebida após a separação do casal Sentença reformada ? Pedido acolhido, determinando-se a sobrepartilha da verba indenizatória recebida na proporção de 50% para a autora Inversão do ônus da sucumbência Recurso provido para esse fim. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0100421-57.2007.8.26.0000**, Décima Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de SP, Relator: João Carlos Saletti, Julgado em 19/06/2012).

depósito, embora o último entendimento melhor harmonize-se com o hodierno ordenamento jurídico.²⁴⁹

Nessa mesma conjuntura de análise, necessário tecer-se observações relativas aos reflexos da constituição de sociedades empresárias por parte dos cônjuges na divisão do patrimônio conjugal. Em relação às sociedades anônimas (SA) e às empresas individuais, a efetivação da partilha afigura-se menos complexa, já que, enquanto que as ações titularizadas são transmissíveis, no segundo caso o patrimônio de pessoa física e jurídica, em regra, se confundem – salvo na hipótese de tratar-se de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), criada pela Lei n. 12.441 de 2011 -.²⁵⁰

Maior complexidade envolve as sociedades limitadas, nas quais há sócios (terceiros) envolvidos. Se um dos consortes for sócio de sociedade de pessoas, havendo dissolução da sociedade conjugal poderá o outro cônjuge receber parte das ações mediante concordância dos demais sócios, quando então ingressará na empresa na qualidade de sócio. Sem tal anuência, esclarece Maria Helena Diniz que se formará uma “sub-sociedade” entre ex-marido e ex-mulher, regida pelas normas de condomínio. Sendo a sociedade de capital, no entanto, o outro dela não participará, porém receberá metade das quotas ou ações adquiridas na constância da sociedade conjugal.²⁵¹

²⁴⁹ Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE **SEPARAÇÃO** CONVERTIDA EM DIVÓRCIO. ALIMENTOS. FIXAÇÃO EM SALÁRIO MÍNIMO. Não há vedação a que os alimentos sejam fixados em salários mínimos, se o alimentante não dispõe de renda certa que possibilite o desconto em folha de pagamento. Conclusão nº 38 do Centro de Estudos do TJRGS. **PARTILHA**. As contas bancárias, **poupança**, fundos de investimento e eventuais ações existentes por ocasião da **separação** de fato do casal, devem ser partilhadas, tendo sido o casamento celebrado sob o regime da comunhão parcial de bens. A elevação do capital social da empresa da qual é sócio um dos cônjuges, ocorrida na vigência do casamento, integra a **partilha**, porque representa acréscimo patrimonial. APELAÇÃO DESPROVIDA. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70041203563**, Relator: André Luiz Planella Villarinho Julgado em 24/08/2011).

²⁵⁰ FREITAS, Douglas Phillips. Partilha e sucessão das quotas empresariais. In: FREIRAS, Douglas Phillips; BARBOSA, Eduardo Lemos (coord.). **Direito de Família nas Questões Empresariais**. p. 57.

²⁵¹ DINIZ, Maria Helena. Impacto do regime matrimonial de bens nas relações empresariais. 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. 277.

Embora a sistemática pareça simples, a dificuldade reside na apuração do valor equivalente à participação societária do cônjuge na época da separação de fato do casal. Para sua apuração, ao cônjuge não sócio (como legítimo interessado) é permitida a investigação patrimonial da empresa, a partir de acesso a dados bancários, declarações de imposto de renda, livros e documentos relativos ao balanço patrimonial (*ex vi* do artigo 382 do Código de Processo Civil), dentre demais medidas a serem autorizadas e determinadas judicialmente.²⁵²

Por entrarem na comunhão os frutos dos bens comuns ou particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do contrato matrimonial (artigos 1660, V e 1.669 do Código Civil), e tendo-se em vista que os rendimentos do capital dos empresários enquadram-se em tal categoria, impõe-se o reconhecimento da meação do consorte relativamente aos dividendos oriundos do capital empregado. Ainda, ocorrendo crescimento patrimonial da empresa no decurso do contrato matrimonial, também o cônjuge fará jus à tal partilha, sendo imperiosa a realização de perícia contábil com o fito de apurar qual o efetivo crescimento operado.²⁵³

O artigo 50 do Código Civil²⁵⁴ trouxe para a órbita jurídica positiva a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. O fundamento legal calca-se na repressão à manipulação da pessoa jurídica nos casos de abuso de direito e de fraude, sempre que perpetradas sob o manto de uma sociedade empresária. No Direito de Família, a espécie é aplicada em diversas hipóteses, tais como no âmbito dos alimentos e da apuração da meação dos consortes, posto que, segundo Rolf Madaleno, *“a aquisição de bens próprios do casamento em nome direto de uma*

²⁵² FREITAS, Douglas Phillips. Partilha e sucessão das quotas empresariais. In: FREIRAS, Douglas Phillips; BARBOSA, Eduardo Lemos (coord.). **Direito de Família nas Questões Empresariais**. p. 64.

²⁵³ Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. SUB-ROGAÇÃO NÃO DEMONSTRADA, IMPONDO A PARTILHA DOS BENS ARROLADOS. **CRESCIMENTO PATRIMONIAL** DA EMPRESA JURÍDICA QUE DEMANDA A REALIZAÇÃO DE PERÍCIA, PLEITEADA EM TEMPO OPORTUNO. PRELIMINARES REJEITADAS E RECURSO PROVIDO, EM PARTE. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 70025548355**, Sétima Câmara Cível, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 19/11/2008).

²⁵⁴ Artigo 50 do CCB: Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

empresa, ou até mesmo maliciosa transferência dos primitivos bens matrimoniais para o acervo social vinha e segue servindo de regra a propósitos manifestamente abusivos (...).²⁵⁵

Desta forma, quando o cônjuge empresário gerencia os bens fraudulentamente colocados em nome da empresa, liberado da outorga uxória ou marital, a transferência de sua participação para outro sócio (*presta nome*), antes da separação fática, é medida que lhe resguarda de ver tais bens partilhados, já que a estes é conferida roupagem de ato jurídico lícito e perfeito. Nesse contexto, cabe ao cônjuge lesado de sua meação ingressar com a respectiva ação no intuito de, lançando mão da *disregard doctrine*, no sentido inverso de sua clássica formulação—cuja permissão compreendia sua aplicação unicamente no patrimônio da empresa, e não o do sócio—, descortinar as manobras arquitetadas pelo consorte na ardilosa tentativa de exclusão de bens comuns do acervo conjugal, perpetradas na mais pura afronta ao princípio da boa-fé objetiva inerente ao contrato matrimonial, e assim, decorrentemente, recuperando os aportes desviados do casamento ou união estável.²⁵⁶

É na falência de uma sociedade conjugal, com o advento do término da *affectio maritalis*, que os efeitos patrimoniais do casamento passam a ser alvo de real atenção por parte dos partícipes. O presente capítulo procurou arrolar algumas das principais alternativas cabíveis nas soluções dos impasses travados em tal contexto, ressaltando-se que, por serem inúmeras as possibilidades a serem evocadas e incomensuráveis as possíveis peculiaridades ínsitas a cada caso concreto, caberá aos juristas a utilização de ferramentas viáveis na persecução da equidade da partilha de bens conjugais, momento mais significativo na irradiação dos efeitos patrimoniais emergentes da dissolução do contrato matrimonial.

²⁵⁵ MADALENO, Rolf. **A Desconsideração Judicial da Pessoa Jurídica e da Interposta Pessoa Física no Direito de Família e no Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 170.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 93-7.

3 ANÁLISE ECONÔMICA DO VÍNCULO CONJUGAL

O terceiro capítulo objetiva promover uma análise econômica do contrato matrimonial e de sua dissolução, enfatizando seus aspectos patrimoniais de forma correlata, na medida do possível, ao segundo capítulo do trabalho. Assim, institutos já analisados serão ora abordados sob o prisma da Ciência do Direito e Economia. Para tanto, será destacada a relevância da Teoria da Sinalização na escolha do parceiro conjugal e do regime de bens matrimonial, bem como abordados os critérios que servem de parâmetro à dita escolha por parte dos agentes sob uma ótica da *Law and Economics*. Após, discorrer-se-á sobre a teoria econômica do divórcio, cujo intuito será esclarecer quando e por quê o divórcio constitui-se em solução eficiente à solução de problemas enfrentados pelos consortes, atentando-se aos principais efeitos da assimetria informativa neste contexto.

3.1 TEORIA ECONÔMICA DO CASAMENTO E DA ESCOLHA DO REGIME DE BENS

A família, sob o aspecto instrumental, é o ambiente que propicia o desenvolvimento e estabilidade dos indivíduos. A compreensão de seu processo de formação, transformação e dissolução é subsidiada pelo ferramental da Análise Econômica do Direito, bem como pela moderna teoria econômica da família. A abordagem econômica do casamento, como um novo campo de estudo da economia, evidencia e ilustra a aplicabilidade desta ciência a toda e qualquer esfera do comportamento humano²⁵⁷, resultando o matrimônio, afinal, de uma escolha racional tomada por indivíduos que procuram, dentre aqueles disponíveis no mercado de casamento, o parceiro que melhor venha a maximizar sua utilidade, enfrentando, para tal, as restrições inerentes ao mercado no qual inseridos. Na presente seção, serão analisados o processo de funcionamento do denominado “mercado de casamento”, o enquadramento do casamento como contrato, sob a ótica econômica, a Teoria da Sinalização – como ferramenta a compreender-se o fenômeno de escolha dos parceiros e do regime de bens -, e, por fim, uma

²⁵⁷ McKENZIE, Richard B.; TULLOCK, Gordon. **La Nueva Frontera de La Economia**. Madrid: Espasa-Calpe, 1980. 386 p.

abordagem da escolha e alteração dos regimes matrimoniais sob a perspectiva da *Law and Economics*.

3.1.1 Existência e Operacionalização do Mercado Matrimonial

Foi no início dos anos 1970, tendo como precursor o economista Gary Becker, que se passou a analisar a família sob a perspectiva da economia, como mais uma ferramenta aplicável à análise de seu processo de formação e dissolução. Becker²⁵⁸ afirma que a teoria econômica deve contemplar o estudo de todo comportamento humano direcionado à obtenção de recursos escassos, não cingindo-se, unicamente, a aspectos de natureza monetária. De acordo com o autor, aplicação da teoria econômica ao casamento e divórcio contribui para a explicação de fenômenos tais como taxas de nascimento e de crescimento populacional, participação das mulheres no mercado de trabalho, diferença de salários entre consortes e companheiros e análise de rendimentos da população, dentre demais questões afetas ao desenvolvimento piramidal e estrutural de uma sociedade.²⁵⁹

Para Becker, duas são as premissas das quais se deve partir para a análise econômica do casamento: *i)* como ato voluntário que é, um indivíduo somente virá a se casar se o nível esperado de utilidade obtida a partir da formação da união vier a superar aquela operada caso permaneça solteiro; *ii)* verificando-se que homens e mulheres solteiros competem, entre si, na busca do parceiro adequado, detectável é a existência do chamado “mercado de casamento”, no qual cada indivíduo busca o melhor cônjuge, enfrentando, para tanto, as restrições inerentes ao mercado matrimonial. Ademais, a análise econômica da família parte também da premissa de que as preferências dos indivíduos raramente alteram-se em curto período de tempo, caracterizando-se o mercado matrimonial como relativamente equilibrado no que tange às preferências nele manifestadas, o que vem, assim, a facilitar seu estudo sob o enfoque econômico.²⁶⁰

²⁵⁸ BECKER, Gary Stanley. **The Economic Approach to Human Behavior**. Chicago: The University Of Chicago, 1976. 294 p.

²⁵⁹ Ibidem, p. 205.

²⁶⁰ Ibidem, p. 206.

A primeira das premissas acima justifica, por exemplo, o porquê da preferência por parte de alguns em jamais se casar²⁶¹. 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 partícipes neste contexto específico, quais sejam, custos de transação e custos de perda. Os primeiros tratam de custos atinentes ao próprio ato do matrimônio, tais como custos com o procedimento de habilitação matrimonial das partes em cartório, custos com a cerimônia, com honorários de advogados que venham a prestar prévia consultoria, dentre outros mais vinculados à prática da celebração do ato matrimonial em si. Paralelamente, custos de perda são atinentes aos benefícios abdicados pelas partes em prol do matrimônio (tais como aqueles gozados na condição de solteiras, e que variam entre os indivíduos de acordo com seus costumes e valores).²⁶²

²⁶¹ Registre-se que, no Brasil, em 2010, foram registrados 977 620 casamentos, havendo um incremento de 4,5% no total de registros de casamentos em relação ao ano de 2009. Desse total, 958 253 foram de cônjuges de 15 anos ou mais de idade e ocorridos e registrados no ano de referência da pesquisa. Esse resultado fez com que a taxa de nupcialidade legal se elevasse em relação ao ano de 2009, atingindo o valor de 6,6 casamentos para 1 000 habitantes de 15 anos ou mais de idade (BRASIL, **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística** – **IBGE**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2010/rc2010.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

²⁶² BRYANT, W. Keith. **The Economic Organization of the Household**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. p. 220.

Os custos relativos à tomada de decisão, à perda de independência, de oportunidade (posto que, a partir da escolha racional pelo matrimônio, oportunidades são perdidas) e respectivos ao próprio risco assumido de não se obter os bens e serviços que satisfaçam a preferência dos cônjuges na constância matrimonial são exemplos de custos de perda, a serem sopesados aos benefícios esperados com a união.²⁶³

Nesta perspectiva, veja-se que o reconhecimento jurídico conferido às uniões informais representa um redutor de custos de transação arcados por parte de um casal na busca de proteção jurídica à sua entidade familiar, afinal, enquanto que ao matrimônio é indispensável a observância das formalidades de habilitação ao ato (as quais impõem custos monetários aos nubentes), para a caracterização de uma união estável basta a presença dos requisitos de publicidade, continuidade, notoriedade e intenção de constituição de família (segundo a legislação brasileira em vigor). Ratificando tal compreensão, vejamos que, no Brasil, o Censo 2010 apurou expressivo aumento nas uniões consensuais em uma década (de 28,6% para 36,4%). Ainda, restou contabilizada redução no número de casamentos, de 49,4% a 42,9%, do ano 2000 ao ano de 2010. Os dados apontados demonstram a preferência, por parte da população, em não se casar devido aos custos de transação ínsitos à celebração do contrato matrimonial.²⁶⁴

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

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

²⁶³ BALNINOTTO NETO, Giácomo. A Teoria Econômica do Casamento e do Divórcio. In: **Revista da Faculdade de Ciências Econômicas – UFRGS – Análise Econômica**, Porto Alegre/RS, n. 18, p. 125-41, set. 1992.

²⁶⁴ Informações disponíveis em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2018>. Acesso em: 03 nov. 2012.

produtos de maior ou menor valia na sociedade ante uma análise da qualidade e quantidade da produção obtida.²⁶⁵

É de majoritária conclusão, por parte dos economistas estudiosos de tais interações, que trata a formação da prole de umas principais características do casamento. Ocorre que os filhos são dotados de particularidades e peculiaridades que os tornam tamanhamente valiosos²⁶⁶. Dentre tais características, sobressaem-se as de serem um “investimento de longo prazo”. Exemplifiquemos: na juventude, são os genitores que arcam com a alimentação, educação, vestuário e despesas, em geral, da prole. Na velhice, entretanto, as necessidades especiais dos pais são pelos filhos supridas, na consagração do princípio da reciprocidade e solidariedade familiar.

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

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

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

²⁶⁵ BECKER, Gary Stanley. **The Economic Approach to Human Behavior**. Chicago: The University Of Chicago, 1976. p. 207-8.

²⁶⁶ COHEN, Lloyd R. “Marriage: The long-term contract”. In: DNES, Antony W.; WOTHORN, Robert (edit.). **The Law and Economics of Marriage and Divorce**. Cambridge: Cambridge Press, 2002. p. 10-34.

necessários para produzir os seus próprios filhos e, talvez, para criá-los.²⁶⁷ [Tradução nossa].

No Brasil, dados estatísticos apurados pelo Censo 2010 - concedidos pelo site do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)-, revelam significativa queda de fecundidade. Enquanto que no ano 2000 o número médio de filhos nascidos vivos por mulher ao final de seu período fértil era equivalente a 2,38 filhos, no ano 2010 o número apurado foi 1,86 filhos, abaixo da taxa de reposição da população, que é de 2,1 – o que acelera o envelhecimento médio dos brasileiros.²⁶⁸

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

De acordo com Posner, a abordagem da “economia de escalas”²⁶⁹ revela-se aplicável à noção da produção familiar como um todo. Justifica a asserção exemplificando que, enquanto que, na família tradicional a tarefa especializada do homem era a de manter-se ativo no mercado laboral, cabia à mulher dedicar sua atenção ao desenvolvimento e cuidados com os produtos oriundos desta interação, o que somente tornava-se possível a partir dos recursos angariados pelo marido, imprescindíveis para a manutenção do lar, produção das refeições,

²⁶⁷ 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. 210²⁶⁷

²⁶⁸ Informações disponíveis em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2125&id_pagina=1>. Acesso em: 07 nov. 2012.

²⁶⁹ Economia de escala é aquela que organiza o processo produtivo visando à máxima utilização dos fatores produtivos envolvidos no processo, procurando como resultado baixos custos de produção e o incremento de bens e serviços. Tal noção, aplicada à produção familiar, é também abordada por McKENZIE e TULLOCK em: McKENZIE, Richard B.; TULLOCK, Gordon. **La Nueva Frontera de La Economía**. Madrid: Espasa-Calpe, 1980. p. 146.

cuidado com a prole, dentre o desenvolvimento de demais “mercadorias” familiares. Assim, segundo a concepção do autor, a especialização dos cônjuges em determinadas tarefas atuava como elemento redutor dos custos de produção de mercadorias essenciais para determinada família, já que a cada um cabia a responsabilidade por específicas tarefas no seio familiar.²⁷⁰

Giácomo Balbinotto explica que, enquanto que a produção de mercado é o tempo gasto no mercado de trabalho, ganhando-se um salário que pode ser usado na compra de bens de mercado (como, cita como exemplo, um almoço no restaurante), trata a produção doméstica (*Home Production*) do tempo gasto em casa, quando os agentes utilizam bens de mercado para produção do produto final. Refere que o maior problema atinente à unidade familiar é alocar, de forma ótima, o tempo dispendido no mercado de trabalho e na produção familiar, de modo a dividir as funções de produção de acordo com as habilidades dos membros da família.²⁷¹

Conclui-se, assim, que uma produção familiar eficiente requer especialização em distintas tarefas por parte de seus membros, de acordo com suas efetivas aptidões e habilidades. Os ganhos (benefícios) oriundos de tal organização em sub-tarefas específicas serão diretamente proporcionais à qualidade de suas interações e integração, citando-se, como exemplos, alocação de tempo em atividades tais como trabalho, cuidados com o lar e com a prole.²⁷² Portanto, quanto mais eficiente a produção familiar, maior será o nível de utilidade resultante matrimônio, dado que maior o excedente de produção (benefícios a serem entre todos divididos).

3.1.2 Uma Análise Econômica do Casamento como Contrato

No segundo capítulo do trabalho (especificamente, no item 2.1.1), foram traçadas considerações acerca da natureza jurídica do casamento como um contrato, como uma instituição e como uma figura híbrida, apresentando-se

²⁷⁰ POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 17th edition. New York: 2007. p. 143-4.

²⁷¹ BALBINOTTO, Giácomo. **Notas de Aula**. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/eco02268/funcao-producao-familiar.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2013.

²⁷² CIGNO, Alessandro. **Economics of the Family**. New York: Oxford University press, 1991. p. 40

argumentos a favor e contra cada qual de tais assertivas. Todavia, verificou-se ser mais adequada sua classificação como um contrato específico de Direito de Família, com todas as peculiaridades que envolvem a espécie.

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

(...) uma promessa de assumir riscos e pagar indenizações. Ou seja, cada parte assume o risco de que seu amor por seu cônjuge venha a terminar. Se isso acontecer, elas aceitam a responsabilidade legal pelas possíveis perdas.²⁷³ [Tradução nossa].

A essência do matrimônio está no acordo de vontades realizado entre duas partes que, voluntariamente, assumem obrigações, direitos e privilégios, os quais poderão estar explícitos ou mesmo implícitos ao ato, tendo em vista a impossibilidade de o instrumento contemplar previsão de todas as contingências passíveis de se sucederem após a celebração do negócio jurídico.²⁷⁴

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

Ian Smith expõe argumentos aventados por críticos contra a visão contratual conferida ao matrimônio. Segundo ele, uma destas vertentes aduz que, ao considerar-se o casamento como um contrato, estar-se-ia a advogar por seu caráter puramente econômico, como se meramente uma “troca de mercadorias” entre dois

²⁷³ (...) a promise to assume risk and pay damages. That is, each part is promising the other that they will assume the risk that their love for their spouse dissolves. If that should happen, they accept legal responsibility for the loss to their spouse. - COHEN, Lloyd R. “Marriage: The long-term contract”. In: DNES, Antony W.; WOTHORN, Robert (edit.). **The Law and Economics of Marriage and Divorce**. Cambridge: Cambridge Press, 2002. p. 11.

²⁷⁴ 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.

indivíduos fosse, em detrimento da consagração de valores tais como amor, intimidade, comprometimento e confiança entre o casal.²⁷⁵

Uma segunda linha teórica prega que da concepção contratual decorre a possibilidade de execução forçada de promessas tais como exclusividade sexual, comprometimento e suporte mútuo entre um casal, execução esta que viria a subverter a ideia de casamento para a sociedade, contrária à imposição estatal do cumprimento dos deveres conjugais. Uma terceira vertente, ainda, segundo o autor, sugere que os custos atribuídos ao Estado na verificação do (des)cumprimento contratual são em extremo exacerbados, já que é praticamente inviável o monitoramento da performance conjugal no cotidiano, razão pela qual a feição contratual, sob tal perspectiva, também não mereceria prosperar.²⁷⁶

Conforme restará logo aprofundado, a extirpação da discussão da culpa como um pré-requisito à concessão do divórcio – dentre todos os referidos benefícios trazidos – reduziu os custos inerentes à dissolução do vínculo conjugal. Assim sendo, recentes mudanças no Direito de Família acabaram por também reduzir os incentivos às partes a investirem em produtos que serão mais facilmente “desvalorizados”, porquanto o divórcio é hoje mais aceito e de facilitado acesso por parte da sociedade. Desta forma, a ausência de uma visão contratual do casamento, viria a acirrar a possibilidade de práticas oportunistas perpetradas pelas partes, que então ver-se-iam mais livres e descomprometidas para atuarem da forma que bem lhes aprouvesse.²⁷⁷

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

Uma área fértil em exemplos contratuais muito sugestivos é a do casamento e dos acordos pré-nupciais, embora obviamente nessas

²⁷⁵ 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.

²⁷⁶ SMITH, loc. cit.

²⁷⁷ 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.

áreas os juízos otimizadoros da abordagem econômica devam ser temperados pela consideração de diversas peculiaridades. Na prática, a perspectiva da Law and Economics sobre as relações familiares tem contribuído muito para realçar a respectiva base contratual, em momentos de constituição e de dissolução de alguns dos seus vínculos componentes (não sendo propriamente surpreendente as semelhanças com muitos outros arranjos contratuais).²⁷⁸

Para o mesmo autor, referidas peculiaridades são atribuíveis a modificações jurídicas e sociológicas, verificando-se a partir delas o peso das normas sociais em torno dos institutos familiares. Afirma, todavia, que há valores matrimoniais impassíveis de redução ao figurino contratual sem que se desvirtue sua natureza, razão pela qual, a seu ver, a concepção relacional do contrato de casamento atua como verdadeiro remédio para redução da distância entre a teoria do contrato e as relações familiares, ao passo que esta privilegia *“antes a vida evolutiva das partes dentro de uma mini-sociedade normativa, como precisamente pode-se considerar-se ser o caso com uma família”*.²⁷⁹

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

Em uma acepção ampla, trata o contrato relacional daquele no qual a preservação da relação é tida como o primordial objetivo das partes. Difere-se do contrato “discreto”, “transacional” ou “pontual”, na medida em que os contratantes têm, neste, ciência de que a incompletude das cláusulas contratuais são sanáveis a partir de formas alternativas de conciliação de interesses, seja aquelas que emergem no próprio desenvolvimento da relação, seja as emergentes do quadro das normas sociais. É que o paradigma relacional menospreza estipulações contratuais explícitas, sugerindo que estas devem ser paulatina e positivamente substituídas pela interação que resulta dos jogos repetidos no âmago do contrato (no presente enfoque, na sociedade matrimonial) e do alcance das normas sociais, apontando-se

²⁷⁸ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Lisboa: Almedina, 2007. p. 1012.

²⁷⁹ Ibidem, p. 1013.

para a relevância da cooperação assente em elos de solidariedade e de reciprocidade.²⁸⁰

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

Robert Leckey ressalta os *insights* ofertados pela teoria relacional à interpretação de regras jurídicas, exemplificando a noção a partir da fixação de pensão entre ex-cônjuges pelas cortes americanas. Refere que, neste momento, as cortes costumam calcular a extensão da dependência e o nível do suporte econômico necessário a partir da duração da união e das reais interações vislumbradas entre os consortes. Assim, visível a incidência do paradigma relacional na via prática, tal como, neste exemplo, no momento da estimação do valor a ser fixado como pensão de alimentos.²⁸¹

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

²⁸⁰ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Lisboa: Almedina, 2007. p. 397.

²⁸¹ LECKEY, Robert. Relational contract and other models of marriage. **HeinOnline – 40 Osgoode Hall L.J.** 1 2002.

eventuais danos), não são eficientemente governados pela teoria clássica dos contratos.²⁸²

Aduz também o autor que contratos complexos quanto a obrigações e repletos de investimentos específicos somente podem ser regulamentados de forma eficiente se as partes adotarem uma real consciência de cooperação, a partir da qual a utilidade resultante da postura adotada por cada uma será diretamente proporcional à da outra, em uma relação oposta ao que denomina de “contratos discretos”, evitados de prevalência de caráter competitivo.²⁸³

Luciano Timm sustenta que o princípio da boa-fé objetiva, como *standard* de comportamento, tem como escopo preservar as expectativas legítimas das partes. Para ele, o princípio “*ajuda as partes a evitar dispêndios com contratos pormenorizados, na medida em que pode completar as cláusulas do contrato de acordo com os usos do local e com os costumes das partes*”²⁸⁴, contribuindo, assim, na correção das falhas de mercado, em especial as relacionadas à assimetria de informações.

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

A teoria econômica do matrimônio somente vem a confirmar que a classificação do casamento como um contrato é a que mais revela-se consentânea à

²⁸² MACNEIL, Ian. **The Relational Theory of Contract**: selected works of Ian MacNeil – Edited by David Campbell. London: Sweet and Maxwell, 2001. p. 16.

²⁸³ Ibidem, p. 21.

²⁸⁴ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 173.

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

3.1.3 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.²⁸⁵ Portanto, muitas são as contribuições da ciência econômica para uma apurada análise do processo de formação da sociedade conjugal.

Michael Spence²⁸⁶ consagrou a Teoria da Sinalização sob a ótica do mercado de trabalho ao sustentar que as informações atinentes aos candidatos às vagas de emprego dificilmente chegam ao conhecimento do empregador com facilidade, o que lhes obriga a embasar a escolha em características tidas como “pré-requisitos” (como, por exemplo, nível de instrução ou educação visado), hábeis a sinalizar quais os atributos presentes no candidato são aqueles por si valorizados. Refere o autor que algumas características inerentes aos candidatos a vagas de emprego são imutáveis, involuntárias – tais como raça, sexo e idade - , enquanto que outras são manipuláveis pelos indivíduos – tais como educação, currículo, apresentação- , atribuindo às primeiras a nomenclatura de índices e às segundas a de sinais.²⁸⁷

²⁸⁵ 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. 90, jan./jun. 1998.

²⁸⁶ 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

²⁸⁷ SPENCE, Michael. Job Market Signaling. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 87, Issue 3, p. 357, ago. 1973.

Para a teoria econômica, a análise da sinalização é de maior relevância, já que sinais emitidos pelos indivíduos são ajustáveis e amoldáveis, alterando-se de acordo com específicos investimentos em custos de sinalização. A escolha em investir nos almejados sinais intenta maximizar a utilidade esperada, já que o emitente ver-se-á ostentando, no mercado desejado, características que lhe convém por alguma razão específica. Segundo Spence, uma dinâmica sinalizadora equilibrada é aquela na qual as crenças desenvolvidas pelos partícipes relativamente aos sinais indicadores das características (no exemplo, relativamente à produtividade dos candidatos) são confirmadas. E tal, decorrentemente, induz as partes a investirem em tais espécies de sinais, como um verdadeiro ciclo.²⁸⁸

A escolha, por parte dos indivíduos, dos adequados sinais, em certo tipo de mercado, é resultante de um processo gradual de observância àqueles que efetivamente logrem distinguir portadores de certas habilidades, características, expectativas e personalidade daqueles que não as possuem, o que gerará a credibilidade necessária à sinalização em cada contexto. Neste sentido, Molho, utilizando-se também do mercado laboral como exemplo a ilustrar a teoria da sinalização (alicerçado no pioneiro trabalho desenvolvido por Michael Spence), vejamos as assertivas de Molho:

Por que nem todos os candidatos a emprego investem em educação no mesmo nível, a fim de receberem todas as ofertas de emprego bem pagas? A resposta a esta pergunta, e a razão pela qual a educação como um sinal pode "funcionar", encontra-se na premissa de que há custos envolvidos na sinalização que são maiores para os candidatos baixa capacidade. (Isso pode ser porque é mais difícil, em algum sentido, para as pessoas baixa capacidade "atingirem o nível" adequado na educação, por exemplo). Como resultado, os candidatos de baixa capacidade podem ser dissuadidos de investir na educação (...). A presença de diferenças nos custos de sinalização para os trabalhadores de distintas qualidades dá credibilidade ao sinal da "educação". Assim, pode a sinalização servir para gerar informações para os empregadores, como um processo endógeno do mercado.²⁸⁹ [Tradução nossa].

²⁸⁸ SPENCE, Michael. Job Market Signaling. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 87, Issue 3, p. 362, ago. 1973.

²⁸⁹ 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.

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

O processo de escolha do parceiro adequado não é aleatório, mas sim ancorado na interpretação de sinais emitidos pelas partes com um mesmo objetivo, qual seja: maximização de sua utilidade e renda. Os custos de sinalização, neste âmbito, tratam de investimentos em educação, aparência, higiene, saúde física, profissão (incremento de currículo), beleza, vestuário, viagens, bons restaurantes, dentre alternativas outras que efetivamente reflitam as prioridades do indivíduo quanto àquilo que pretende expor sobre si, bem como um facilitador para que também encontre os parceiros a si ideais no mercado do casamento. Tais sinais hão que portar credibilidade quanto à imagem que se intenta projetar no mercado conjugal, de modo que creia, o emitente, que a interpretação surtirá o resultado perseguido: agregar como candidatos às núpcias os parceiros que valorizem tais características devidamente sinalizadas.²⁹⁰

Nos tempos atuais, perfis em redes sociais (tal como o *facebook*) podem ser interpretados como sinais emitidos pelos participantes quanto a traços seus que pretendem exteriorizar ou mesmo ocultar, e a partir de onde, em contrapartida, os usuários encontram informações julgadas relevantes por possíveis companheiros. Entretanto, haja vista tratem de sinal de baixo custo e de temerária fidedignidade, preferível que sejam testados na via prática, sob pena de agregarem assimetria informativa a uma relação originada no âmbito puramente virtual.

Estudos empíricos desenvolvidos nos Estados Unidos, no início da década de 1970, apuraram ser diretamente proporcional a relação existente

²⁹⁰ BECKER, Gary Stanley. **Tratado Sobre La Familia**. Madrid: Alianza, 1987. p. 287.

entre o índice salarial do marido com o grau de educação da esposa, levando à conclusão de que o nível de instrução da esposa consiste em sinal expressivamente positivo a ser ofertado no mercado matrimonial, valorizando-a substancialmente em cotejo às demais partícipes. Outrossim, trabalhos realizados no mesmo país revelaram que, quanto maior a diferença salarial entre marido e mulher, maiores as chances de prosperidade do enlace conjugal. No mesmo sentido, Becker reputa tratarem as características genéticas de sinais de máxima relevância, já que, sendo os filhos o produto de maior valia de uma sociedade conjugal, traços tais como raça, inteligência, altura e beleza despertam maior certeza quanto a possíveis atributos presentes na prole, o que, decorrentemente majora a utilidade obtida pela relação perscrutada.²⁹¹

Nesta perspectiva, Pery Shikida desenvolveu estudo de caráter eminentemente exploratório, alicerçado em informações fornecidas por anúncios feitos no Jornal Folha de São Paulo (intitulados “homem procura mulher” e “mulher procura homem”) no período compreendido entre 05/01/1997 e 30/03/1997. O trabalho aponta ser maior o anseio masculino em informar à sua provável parceira sua formação profissional e situação financeira. Ainda, que a mulher, mais do que o homem, demanda do provável parceiro situações profissionais e financeiras definidas. Concernentemente à faixa etária, cor da pele e estado civil, evidenciou-se que as mulheres geralmente preferem homem de idade igual ou superior à sua, enquanto que, os homens geralmente preferem mulheres mais novas. Ainda, no que se refere à idade, o estudo apontou maior concentração nos casos de faixa etária compreendida entre 31 a 39 anos, bem como maior propensão dos solteiros a declararem seu estado civil. Relativamente à cor da pele, aferiu-se que morenos e brancos, e morenas e brancas, foram, dentre os que optaram por declarar a cor da pele, os que mais apareceram.²⁹²

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

²⁹¹ BECKER, Gary Stanley. **Tratado Sobre La Familia**. Madrid: Alianza, 1987. p. 226.

²⁹² 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.

a dois sejam empregados, a fim de que se evite eventual complicação futura de assimetria informativa, originada na fase pré-contratual. Pode-se afirmar que quando maior o dispêndio de tempo (custo) junto ao parceiro, mais facilmente averiguar-se-á a compatibilidade de suas características com aquelas almejadas. A conjuntura de todas as espécies de traços buscados no companheiro são o parâmetro para se aferir a capacidade de este somar utilidade à produção já existente ou, a longo prazo, reduzi-la. É justamente o potencial de maximizar o elemento empregado na busca como o principal norteador na busca do parceiro conjugal.²⁹³

Segundo 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.²⁹⁴

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

Maiores serão os custos que os cônjuges estarão dispostos a incorrer na seleção quanto maior for o grau de exigência do indivíduo. Quanto maiores suas expectativas, mais investimentos despenderão, à proporção de seu interesse na celeridade do processo de escolha do cônjuge ideal(izado). Ainda, o mesmo se aplica no que tange à persistência de emprego de custos marginais de busca, na vigência do contrato matrimonial, por terceiro que eventualmente venha a

²⁹³ POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 17th edition. New York: 2007. p. 147.

²⁹⁴ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Lisboa: Almedina, 2007. p. 282.

maximizar de forma majorada seu bem-estar, revelando-se a medida uma realidade escolhida por muitos parceiros afetivos.²⁹⁵

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.²⁹⁶

Vale referir que, hodiernamente, e na maioria das sociedades, não mais a sinalização de tais características depende exclusivamente de um contrato matrimonial, presente que é forma menos onerosa na consecução do objetivo de sinalizarem-se as mesmas características inerentes ao matrimônio: convivência *more uxório* presente em uma união estável, informalmente constituída.

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

3.1.4 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

²⁹⁵ BECKER, Gary Stanley. **The Economic Approach to Human Behavior**. Chicago: The University of Chicago, 1976. p. 244.

²⁹⁶ ROWTHORN, Robert. Marriage as a signal. In: DNES, Antony W.; WORTHORN, Robert (edit.). **The Law and Economics of Marriage and Divorce**. Cambridge: Cambridge Press, 2002. p. 132-57.

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 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.²⁹⁷

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.²⁹⁸

Para Margulies – mediador especializado em divórcio dos Estados Unidos -, dentre os grandes percalços enfrentados pelas partes no momento da escolha do regime encontram-se as proposições emocionais que este propaga em um relacionamento afetivo, passíveis de afetar o matrimônio de forma a mesmo impedi-lo de ser concretizado. Para ilustrar suas convicções, o especialista narra um caso 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

²⁹⁷ 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.

²⁹⁸ MARGULIES, Sam. The Psychology of Prenuptial Agreements. **HeinOnline – 31 J. Psychiatry & L.** 2003. p. 415.

via a relação deteriorar-se ante a vulnerabilidade emocional que lhe tomava conta, sentindo-se desprotegida e injustiçada. No caso em questão, as cláusulas formuladas pelo varão (tais como a que impunha a separação total dos bens adquiridos no curso conjugal e a que manifesta a renúncia da virago em receber alimentos na eventualidade do divórcio) foram interpretadas pela noiva como uma mensagem de “falta de credibilidade” do noivo na comunhão, de modo que, somente após inúmeras e desgastantes brigas e tratativas, obtiveram um acordo.²⁹⁹

Embora seja verdade que o “amor romântico” possa não ser sinônimo de formulação de um contrato antenupcial, ignorar a alternativa pode acarretar prejuízos irreparáveis às partes, notadamente quando este não atenda da melhor forma os interesses patrimoniais envolvidos. E, nesse contexto, muito a Teoria da Sinalização tem a esclarecer.

Irrefutável que as tratativas negociais de natureza patrimonial que antecedem o matrimônio propiciam compreensões recíprocas às partes quanto à personalidade e expectativas dos companheiros. Assim, enquanto que a psicologia atrela-se aos sentimentos despertados nas partes a partir da discussão quanto regime a ser eleito, a análise econômica investiga o conjunto de fatores que, somados, fazem com que os indivíduos 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, já que a discussão quanto aos investimentos a serem empregados na vigência do contrato de casamento acaba por esclarecer importantes traços de personalidade do parceiro, tais como se

²⁹⁹ MARGULIES, Sam. The Psychology of Prenuptial Agreements. **HeinOnline – 31 J. Psychiatry & L.** 2003. p. 415.

este é “generoso”, “egoísta” ou demais características que derradeiramente acabariam a ser reveladas na fase do divórcio, ou mesmo no curso do matrimônio.³⁰⁰

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

Para Michael Simon, ainda além de clarear reais interesses e aproximar (ou distanciar) os nubentes, *“em um mundo legalmente perfeito, as pessoas analisariam seus contratos antenupciais a cada cinco anos e verificariam se seria ou não necessário ajustá-lo”*.³⁰¹ Atentemos que, no Brasil, toda e qualquer tomada de decisão por alteração do regime de bens matrimonial vigente necessita, imperiosamente, perpassar pelo crivo jurisdicional, mediante pedido a ser fundamentado ao juiz. Desta forma, sucessivas revisões no contrato antenupcial, realizadas em curtos períodos de tempo, deparar-se-iam com entraves junto ao Poder Judiciário, cujas ações tramitam de 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

³⁰⁰ SION, Michael. **Money And Marriage: How to Choose a Financially Compatible Spouse**. Disponível em: <<http://www.aier.org/sites/default/files/publications/EB201012.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2012.

³⁰¹ SION, loc. cit.

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.³⁰²

Vejamos que, no Brasil, as soluções cabíveis às hipóteses acima seriam, genericamente, a estipulação do regime de separação de bens aos casais “profissionais” e àqueles detidos na preocupação quanto aos débitos do consorte. No que tange aos casais nos quais uma das partes custeia a formação profissional do parceiro, interessante seria que versasse o pacto acerca de tal realidade, prevendo, assim, uma espécie de “indenização” associada à renda do ex-estudante, porém que se reduzisse de forma proporcional à durabilidade do enlace conjugal.

Em um segundo grupo, encontra-se o perfil de casais mais velhos ou que estejam em um segundo casamento. 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.³⁰³

No Brasil, o primeiro caso seria hipótese de eleição de regime de separação convencional de bens, mesmo que as partes maiores de 70 anos de idade (a partir de quando o regime de bens é arbitrariamente o da separação obrigatória de bens), haja vista a existência de Súmula (de n. 377) que prevê, mesmo assim, a

³⁰² 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.

³⁰³ HAUPT, loc.cit.

comunicabilidade daqueles bens adquiridos na constância matrimonial. Já aos casais em segundas núpcias e cautelosos, com intuito de proteger o patrimônio amealhado até então, e ainda aquele que virá a se transformar, a eleição de um regime “misto” seria alternativa hábil a promover os cuidados desejados, de modo que o envolvimento patrimonial das partes condicionasse-se à extensão e consistência da união.

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

Várias preocupações, fruto de um casamento 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.³⁰⁴ [Tradução nossa].

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

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

³⁰⁴ 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.

observância à realidade patrimonial dos indivíduos, ou seja, em suas reais necessidades e pretensões de gestão patrimonial.

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 cogitadas no momento do acordo.³⁰⁵

Dois são os principais fenômenos atribuídos à pouca utilização do instrumento antenupcial nos Estados Unidos, quais sejam: pouco valor atribuído ao pacto (decorrente da ignorância quanto às suas funcionalidades) e subestimação, pelos agentes, da real probabilidade do divórcio.³⁰⁶

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

Restou claro, ainda, em dita pesquisa, que a inclinação dos indivíduos a serem otimistas (no sentido da crença de o divórcio dificilmente ocorrerá) é fator que proscree a curiosidade pelo conhecimento da relevância jurídica do instrumento, vindo a perpetuar a ignorância quanto à sua eficácia e possíveis benefícios.³⁰⁷

Por fim, a crença de que o instrumento irradia sinais negativos quanto às perspectivas de êxito da relação dificulta uma consideração acerca de seus

³⁰⁵ CANTWELL, William P. Premarital Contracting: Why and When. **HeinOnline – 8 J. Am. Acad. Matrimonial Law.** 1992, p. 45.

³⁰⁶ 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.

³⁰⁷ MAHAR, loc. cit.

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 que um dos nubentes, observando as proposições do companheiro, reforça a crença nos sinais de primeira-ordem.³⁰⁸

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

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

3.2 ANÁLISE ECONÔMICA DA DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL

A presente seção iniciará com uma abordagem dos principais problemas causados pela assimetria informativa no contrato matrimonial, quais sejam estes: seleção adversa e risco moral. Partindo-se da premissa de que o divórcio somente se opera quando os custos atinentes à relação superam os benefícios dela oriundos, imperativa a análise de tal dinâmica para a compreensão, ao final, dos incentivos do Direito e da aplicabilidade do Teorema de Coase no cenário da dissolução do matrimônio.

³⁰⁸ 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.

3.2.1 Considerações Acerca da Assimetria Informativa no Contrato

Matrimonial: seleção adversa e *moral hazard*

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 promovidos por Fernando Araújo:

(...) os avanços da Economia da Informação e o crescente reconhecimento de que os custos de obtenção da informação não são despiciendos 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.³⁰⁹

Constitui-se a assimetria informativa, segundo Fernando Araújo, 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.³¹⁰

No contrato matrimonial, a falta de simetria 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 recolhimento de 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 valores dos parceiros envolvidos, que podem, voluntariamente, optar por não revelarem informações relativas ao seu patrimônio individual e rendimentos mensais.

³⁰⁹ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Lisboa: Almedina, 2007. p. 281.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 283.

A revelação de informações a partir de atos praticados pelos nubentes pode ser interpretada como fidedignos sinais acerca daquilo que intentam revelar. Muito embora a assinatura de um pacto antenupcial que verse detalhadamente acerca das soluções a serem atribuídas a inúmeras contingências no advento do divórcio possa ser, quiçá, o melhor exemplo a ilustrar uma ampla partilha de informações entre as partes contratantes, há outros exemplos hábeis a fazê-lo.

Cite-se, nesse contexto, por exemplo, o convite de um dos cônjuges para a abertura de uma conta-bancária conjunta. A manutenção de um investimento conjunto como a caderneta de poupança, em que ambas as partes podem livremente ter acesso aos valores ali depositados e proceder em saques a qualquer tempo, culmina em uma permanente partilha de informações quanto às finanças conjugais, porquanto não caberá a apenas um dos consortes a administração e manejo do *quantum* ali depositado, que fica disponível a ambos.

Ainda, o mesmo raciocínio aplica-se aos contratos de financiamento imobiliário que tenham por base a anunciada (e comprovada) renda do casal, assim como a declaração conjunta de imposto de renda (mesmo que o interesse primordial seja o gozo de benefícios fiscais). Enfim, todo e qualquer ato que logre partilhar informações que sejam reputadas como relevantes pelas partes atua como um “reduzidor dos custos de monitoramento” do contrato conjugal, prezando pela harmonia da relação conjugal.

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.

Trata a seleção adversa de 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".³¹¹

Vejamos que no contrato matrimonial 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 eleição do regime matrimonial.

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 atuação. 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 verdadeira (e declarada) assimetria informativa, cabendo ao principal, assim, fazer inferências acerca da atuação do agente a partir da observância de sua conduta³¹²

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 próprios interesses 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 porque ela sugere que há alguma “miopia” na gestão do recurso comum que é a confiança

³¹¹ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Lisboa: Almedina, 2007. p. 285.

³¹² MOLHO, Ian. **The Economics of Information – Lying and Cheating in Markets and Organizations**. USA: Blackwell Publishers, 1997. p. 119.

recíproca das partes no cumprimento pontual das suas obrigações e no acatamento estrito das estipulações contratuais.³¹³

A despeito de gozarem os cônjuges de constitucional igualdade de direitos e deveres no seio da sociedade conjugal, não raro verifica-se uma visível segmentação de tarefas. Na família tradicional, enquanto que ao varão cabe manter-se laboralmente ativo, angariando recursos para a sociedade, à virago incumbe diligenciar nos cuidados com a prole e com o lar.

Mesmo que tal divisão não ocorra de forma tamanhamente nítida entre os consortes, a própria rotina conjugal exige determinadas divisões de tarefas, as quais podem perfeitamente desaguar na problemática da assimetria informativa e, assim, possivelmente, no risco moral. Oportuno exemplo é o das mulheres que abdicam de suas carreiras para dedicarem-se exclusivamente aos cuidados com os filhos, desconhecedoras 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 comunicá-las à parceira, lucrando, assim, a partir da desnecessidade de contratação de profissionais tais como babá e cozinheira (tarefas estas assumidas pela virago).

Ainda, 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.

Neste viés, os efeitos da assimetria informativa podem afetar a produção da sociedade conjugal como um todo, 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 ressarcir-los sobre o seu investimento realizado. Assim, existem incentivos para investir em

³¹³ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Lisboa: Almedina, 2007. p. 288.

menos do que a quantidade ideal de específico capital conjugal. Esses incentivos podem ser afetados pelas restrições impostas por diferentes da lei do divórcio.³¹⁴ [Tradução nossa].

Em tal contexto, até mesmo o pacto antenupcial (cujo intento, a rigor, é o de prover simetria informativa ao contrato matrimonial) pode representar mais um favorável “artifício” ao cônjuge imbuído de má-fé, ao fazer este com que o outro consorte assine-o mesmo sem os necessários esclarecimentos quanto a seus efeitos jurídicos, relevância e conteúdo de cláusulas.

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.

3.2.2 O Divórcio como Escolha: dialética entre custos e benefícios

Partindo-se da premissa já abordada, desenvolvida por Gary Becker, de que as pessoas casam se – e somente se – o nível de utilidade esperada exceder aquela em permanecer-se solteiro, assume-se que o divórcio somente ocorrerá quando a expectativa de sua utilidade - ou a de casar-se com um terceiro - superar a de permanecer-se em conúbio com o atual consorte.³¹⁵

O incentivo ao divórcio é inversamente proporcional ao volume de específicos investimentos engendrados no curso do contrato matrimonial, e, uma vez que os investimentos tendem a majorar-se no decorrer do casamento, os incentivos à separação reduzem-se paulatinamente, ano a ano. Por outra banda, maior será o benefício esperado a obter-se com o divórcio quanto maior for a convicção do

³¹⁴ 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.

³¹⁵ 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. 138.

indivíduo no sentido de que o casamento amparou-se em equivocadas ou distorcidas informações relativas ao companheiro.³¹⁶

E para Becker, tal convicção resulta do emprego de custos marginais de busca por informações relativas ao consorte e/ou a terceiros, potenciais parceiros, ainda inseridos no mercado matrimonial. Assim, quanto mais incompatível tenha sido a escolha com as características almejadas no parceiro, maior será a probabilidade de o divórcio vir a ocorrer, posto que maiores serão os custos a serem enfrentados para se permanecer em uma união a partir de qual a utilidade obtida é inferior àquela planejada outrora (de acordo com a expectativa frustrada) ou passível de obter-se individualmente.³¹⁷

A permanência em uma união com tais características representa um aumento dos custos de perda de oportunidade, já que o indivíduo, assim, abstém-se de buscar maximizar sua utilidade. Entretanto, quando tais custos alçam-se a patamar superior do que os benefícios advindos do contrato matrimonial, o divórcio torna-se alternativa-remédio à reversão do quadro instaurado. Ainda, a mesma situação acarreta custos de natureza emocional na vida das partes – ou daquela que suporta, sozinha, custos de permanência na união -, já que os parceiros deixam de efetivar uma verdadeira comunhão de vidas, juntos tão-somente com o fito de dar continuidade a um contrato já maculado em sua essência.

Ainda, observa-se que indivíduos mais exigentes tendenciam a um processo de permanente busca de informações por traços de parceiros disponíveis no mercado do casamento, estejam ou não ainda casados, notadamente quanto precários os investimentos realizados no curso do matrimônio (o que vale dizer que isso ocorre, a rigor, nos primeiros anos da vida conjugal).³¹⁸

³¹⁶ BECKER, Gary Stanley. **The Economic Approach to Human Behavior**. Chicago: The University Of Chicago, 1976. p. 244.

³¹⁷ BECKER, loc. cit.

³¹⁸ Idem. **Tratado Sobre La Familia**. Madrid: Alianza, 1987. p. 290.

No que tange às principais causas atreladas ao fim de uma sociedade conjugal, segundo Becker³¹⁹, analisemo-nas. Como recorrente, tem-se a transferência de um dos cônjuges para localidade diversa, em decorrência de oportunidade de emprego ou de estudos. Ante tal necessidade, haverá, por vezes, abrupta redução nas vantagens (benefícios) em permanecer-se casado, dado o distanciamento afetivo e a cessação do verdadeiro compartilhamento de vidas.

Ingressos monetários por parte das mulheres também atuam como propulsores ao divórcio, porquanto reduzem - segundo evidências empíricas não apenas dos Estados Unidos, como de diversos outros países - o instinto maternal feminino, fazendo com que as mulheres optem por não ser mães ou então por um reduzido número de filhos, o que representa a precariedade do investimento mais específico característico da sociedade conjugal, qual seja, justamente, a produção de prole. Por outro lado - e paradoxalmente -, ingressos de recursos monetários por parte dos homens tornam-nos mais satisfeitos com o enlace matrimonial, majorando a ganância de permanecerem casados.

Casais formados por indivíduos portadores de diferentes níveis de educação, idade, de religião ou de raças geralmente comportam-se como se aceitassem incorrer em uma maior probabilidade de divórcio: tanto seus ingressos monetários como nível de fecundidade são mais baixos do que os da média social. Aponta Becker, ainda, que a razão para a formação de tais “casamentos mistos” deriva da crença, por parte de tais indivíduos, de que não virão a estar em situação melhor caso persistam na busca por um possível cônjuge, ou ainda por razões outras, tais como gravidez não planejada ou temor de completa desvalorização no mercado matrimonial em virtude da já avançada idade para nele figurar adequadamente.³²⁰

Muito embora a presença de filhos fortifique o vínculo formado entre os consortes, reduzindo as chances da dissolução contratual, é verdade também que, por outro lado, sua presença pode vir a posteriormente constituir-se em um

³¹⁹ BECKER, Gary Stanley. **Tratado Sobre La Familia**. Madrid: Alianza, 1987. p. 300.

³²⁰ *Ibidem*, p. 301.

significativo custo de reinserção no mercado de casamento, a ser arcado por aquele genitor que desempenha o papel de guardião dos menores. John Ermisch afirma que a mulher, por possuir vantagem comparativa na produção familiar³²¹, é alvo, no mercado de trabalho, de menores ofertas e condições salariais³²².

Para o mesmo autor, tendo em vista que casamento e carreira são investimentos que requerem significativo comprometimento de tempo, seus respectivos incrementos revelam-se incompatíveis entre si, de modo que a atratividade sexual feminina é inversamente proporcional à educação e *status* profissional da mulher.³²³

O divórcio resulta, portanto, da ausência de recursos suficientes (tempo, energia e esforço emocional) e de comprometimento com o matrimônio. Para McKenzie e Tullock, tal pode ser reflexo tanto da falta de avaliação das partes quanto aos necessários investimentos conjugais ou mesmo da constatação de que os benefícios advindos da relação não compensam a permanência do dispêndio de recursos na vigência de dito contrato.³²⁴

São as preferências, costumes, religião e peculiares características dos contratantes que ditam qual o nível satisfatório de utilidade resultante do casamento, formulando compreensões acerca do que para si representam “custos” e “benefícios” matrimoniais.

Nesse contexto, nota-se que o afeto entre os consortes possui também uma dimensão econômica, sendo sua intensidade sopesada no momento da escolha racional pelo divórcio. Um indivíduo afirma “amar” o outro quando o nível de satisfação obtido na relação compatibiliza-se ou transcende suas expectativas. Desta forma, quanto maior é o amor pelo consorte, menor a

³²¹ Para melhor compreensão da conceituação de “vantagem comparativa” no seio da sociedade conjugal, veja SZUCHMAN, Paula; ANDRESON, Jenny. **Spousonomics – Use a Economia para Lidar Melhor com seus Relacionamentos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 3.

³²² ERMISCH, John F. **An Economic Analysis of The Family**. United Kingdom: Princeton, University Press, 2003. p. 184.

³²³ Ibidem, p. 21.

³²⁴ MCKENZIE, Richard B.; TULLOCK, Gordon. **La Nueva Frontera de La Economia**. Madrid: Espasa-Calpe, 1980. p. 141.

inclinação das partes ao divórcio, posto que inseridas em um matrimônio eficiente. Ora, é verdade que muitos casais unem-se sem qualquer elemento afetivo presente na relação. Contudo, ignorar a variável econômica do amor pode levar à equivocada compreensão de que a análise econômica desconsidera as implicações do amor entre os contratantes das núpcias, porquanto trata tal sentimento, expressivamente, de um dos benefícios do casamento.³²⁵

A noção de custos e benefícios atribuídos ao casamento são conceitos significativamente casuísticos, variando de acordo com as idiossincrasias dos agentes, muito embora haja uma relativa padronização quanto à compreensão de tais noções, tal como, conforme analisado, no que diz respeito aos custos femininos a serem enfrentados na fase pós-divórcio, conforme ora abordado.

3.2.3 A Aplicabilidade do Teorema de Coase na Dissolução do Casamento

A *Law and Economics* desempenha relevante papel na explicação do comportamento dos indivíduos, buscando prever como as pessoas reagem às leis. A economia, assim, “proporcionou uma teoria científica pra prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento”, de acordo com Cooter e Ulen.³²⁶ Vejamos, pois, como tal se aplica em relação às normas atinentes ao divórcio.

Quanto mais clara for a legislação e mais disseminados os entendimentos jurisprudenciais, de forma mais eficaz poderão os agentes gerenciar seus comportamentos durante o casamento, visando à consecução de seus interesses e maximização de seu bem-estar. Cite-se, como exemplo, que mulheres esclarecidas acerca de suas (difíceis) condições de reinserção no mercado laboral, após o rompimento da relação, geralmente envidam esforços para não abandonar o trabalho em prol de uma exclusiva dedicação aos filhos. Ao revés, dispendem mais

³²⁵ MCKENZIE, Richard B.; TULLOCK, Gordon. **La Nueva Frontera de La Economia**. Madrid: Espasa-Calpe, 1980. p. 153.

³²⁶ COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 26.

tempo no aprimoramento de suas profissões, contando com babás e outras formas alternativas de apoio nos cuidados diários com a prole.³²⁷

Impõe-se, assim, não apenas a necessidade de conhecimento dos custos a serem enfrentados na fase pós-divórcio, como também – e quiçá principalmente – da forma como o Direito é aplicado, posto que tal compreensão pode vir a modificar a forma como os cônjuges alocam seu tempo e prioridades na vigência do contrato matrimonial.

Cada jurisdição estatal prevê as modalidades da dissolução do conúbio, tais como, por exemplo, se necessário ou não a imputação de “culpa” a um dos cônjuges pelo término da relação, se possível somente mediante pedido conjunto formulado pelas partes (divórcio consensual), ou se nem mesmo possível o requerimento, de modo que o matrimônio seja indissolúvel para todo e qualquer fim. Tendo em vista que o enfoque do presente trabalho é o Direito Brasileiro, somente este será analisado a título de concessão de exemplos ilustrativos.

No Brasil, e na maior parte dos países do mundo, não há mais que se imputar culpa ao consorte pela infração de algum dos já elencados (analisados no primeiro capítulo) deveres matrimoniais. Repise-se que a jurisprudência pátria há muito tempo vem refutando tal necessidade, a despeito de a legislação ainda exigir a atribuição da culpa como requisito a ser observado. Ainda, a partir da publicação da Emenda Constitucional n. 66 de 2010, não mais as partes têm de requerer a separação como requisito para que possam, posteriormente, vindicar o divórcio. Basta, portanto, que qualquer delas ingresse com ação judicial em relação ao consorte, postulando o decreto do divórcio.³²⁸

Sob o presente enfoque, forçosa faz-se a conclusão de que, no Brasil, tanto a dispensa da exigência da culpa atribuída a uma das partes como condição ao requerimento do divórcio, como também a possibilidade de

³²⁷ MNOOKIN, Robert H. Divorce. In **The New Palgrave Dictionary Of Law and Economics**. Newman, Peter (Edited by).1 – A-D. New York: Grove's Dictionaries, 1998. p. 643.ia a.

³²⁸ Vide item 2.2.1.

obtenção do divórcio sem a prévia (e antes exigida) etapa da separação, reduziram os custos atribuídos ao ato, notadamente no que diz respeito ao custo de tempo gasto com o processo (tendo-se que não necessária a separação) bem como em relação aos custos de natureza emocional suportados pelos indivíduos, principalmente quando tinham de “demonstrar” a um terceiro (juiz) qual parte infringiu algum dos subjetivos deveres atribuídos pela legislação civil aos consortes (o que, na prática, já se revelava tarefa desgastante inclusive à máquina judiciária).

Outrossim, também a possibilidade de requerimento de divórcio consensual em Tabelionato de Notas, como novidade trazida pela Lei n. 11.441 de 2007³²⁹, culminou na redução de custos de caráter financeiro e temporal aos nubentes, que hoje podem obter o divórcio por mera escritura pública, sem terem de se submeter aos ritos processuais de praxe.

Dados coletados pelo IBGE, na última pesquisa realizada, vão ao encontro das conclusões ora esposadas, no sentido de que as mencionadas alterações legislativas afetaram, sobremaneira, os incentivos ao divórcio: registra o órgão que o número de divórcios no Brasil, em 2011, alçou o patamar de 351.153, representando um crescimento de 45,6% em relação a 2010, (cujo número de divórcios registrados foi o de 241.122), fazendo com que a taxa de divórcios atingisse o maior valor desde 1984. Tal evolução do número de divórcios é atribuída, pelo IBGE, à Emenda Constitucional n. 66 de 2010, a partir de quando cessada a exigência da prévia separação.³³⁰

Martin Zelder alerta para o fato de que a permissão do divórcio unilateral sem culpa pode ser ineficiente do ponto de vista econômico nas hipóteses em que os benefícios da parte que postula o divórcio são inferiores aos custos gerados à parte que não o deseja. Em sua visão, verdadeiramente eficiente seria que apenas divórcios consensuais fossem aceitos por parte dos

³²⁹ Vide item 2.2.1.

³³⁰ BRASIL, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2294&id_pagina=1>. Acesso em 20/12/2012.

ordenamentos jurídicos, posto que o bem-estar de ambos os partícipes seria, a rigor, objeto de análise quando das tratativas do acordo.³³¹

No mesmo sentido, John Ermish afirma que, enquanto que um sistema jurídico que somente aceita o divórcio unilateral acaba criando um cenário muito mais propício para a dissolução das núpcias, aquele que admite unicamente a via consensual preza pela eficiente alocação dos recursos conjugais, vindo a, maximizar a utilidade de ambas as partes.³³²

Opinião oposta é aventada por Lloyd Cohen, ao afirmar que o grande problema atribuído à possibilidade de apenas divórcios consensuais serem viabilizados pelo ordenamento jurídico seria a criação de incentivos, à parte que deseja o divórcio, à “dilapidação” do patrimônio conjugal, o que acabaria por reduzir o valor da sociedade matrimonial em si, e, conseqüentemente, fazer com que a anuência à dissolução, por parte do outro consorte, fosse obtida por um preço muito baixo. Em outras palavras, tal viabilizaria a ocorrência de práticas oportunistas no seio do contrato conjugal.³³³

Para o mesmo autor, a própria indissolubilidade matrimonial traria muito mais benefícios do que custos às partes: a um, porque seria exterminada a possibilidade de divórcios ineficientes; a dois, porque tal criaria incentivos às partes para que escolhessem adequadamente seus parceiros, fazendo com que sinalizassem suas reais características e buscassem amparar sua escolha no maior número de informações possíveis acerca do parceiro, reduzindo a assimetria informativa presente no contrato.³³⁴

No Brasil, gize-se que, muito embora o ordenamento jurídico reconheça a possibilidade de dissolução consensual do matrimônio, também admite ações judiciais litigiosas.

³³¹ ZELDER, Martin. Inefficient Dissolutions As a Consequence of Public Goods: The Case of No-Fault Divorce. **HeinOnline** – 22 J. Legal Stud. 503,1993.

³³² ERMISCH, John F. **An Economic Analysis of The Family**. United Kingdom: Princeton, University Press, 2003. p. 189.

³³³ COHEN, Lloyd R. “Marriage: The long-term contract”. In: DNES, Antony W.; WOTHORN, Robert (edit.). **The Law and Economics of Marriage and Divorce**. Cambridge: Cambridge Press, 2002. p. 31.

³³⁴ Ibidem, p. 32.

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.³³⁵

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 são exitosas. Nesse sentido, “*as circunstâncias especiais que definem os limites do direito são especificadas numa proposição notável chamada de Teorema de Coase*”.³³⁶

Para uma adequada compreensão do Teorema de Coase, necessário, primeiramente, uma breve compreensão acerca do conceito de “custos de transação”. Ditos custos tratam de todos aqueles correspondentes aos três passos de uma transação, quais sejam: custos de busca para a realização do negócio jurídico, custos próprios da negociação e custos de cumprimento do que foi negociado.³³⁷ 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*

³³⁵ COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 99.

³³⁶ COOTER, loc. cit.

³³⁷ Ibidem, p. 105.

*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.*³³⁸

Refira-se 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 divórcio é litigiosa e não resolvida numa conciliação. Nessas circunstâncias, os advogados podem facilitar as negociações se interpondo entre partes hostis.³³⁹

Desta forma, pode-se concluir que os custos de transação serão mais baixos quanto menor a 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 espíritos 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. Assim, sugere o Teorema Normativo de Coase que uma estruturação clara da lei é capaz de remover os impedimentos aos acordos privados, impondo ao

³³⁸ COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 102-3.

³³⁹ *Ibidem*, p. 106.

Estado essa tarefa a fim de que se reduzam os custos transacionais, “lubrificando” o intercâmbio entre as informações das partes.³⁴⁰

Neste molde, uma clara 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 consorte, passando a agir imbuído de má-fé.

Outro exemplo é a forma como a pensão de alimentos pode ser fixada 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 matrimônio, equívocos estes passíveis de serem evitados a partir da redação de textos de lei mais claros e concisos.

Neste contexto, a prática da mediação familiar - como forma alternativa na resolução de conflitos, ao lado da arbitragem e da conciliação – pode ser interpretada como aplicação concreta do Teorema Normativo de Coase, ao passo que sua recepção, por parte do ordenamento jurídico, confere uma possível redução dos custos de transação atinentes à negociação privada. Sendo sua principal finalidade fazer com que as próprias partes componham em benefício mútuo, à base de muito diálogo e permanente processo de troca de informações, inequívoca a redução dos custos de transação, posto que a hostilidade presente na relação contratual tende a reduzir-se de forma bastante significativa, a ponto de permitir a redação de um acordo que beneficie ambas as partes.³⁴¹

Vejamos, portanto, que a estruturação de leis que interagem nas soluções conferidas ao divórcio, bem como sua interpretação e aplicação por parte dos

³⁴⁰ COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 111.

³⁴¹ EVARTS, Richards W. **Comparative Costs and Benefits of Divorce Adjudication and Mediation**. Disponível em: <http://www.researchgate.net/publication/230211332_Comparative_costs_and_benefits_of_divorce_adjudication_and_mediation>. Acesso em: 10 maio 2012.

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 desordenação 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.

4 SÍNTESE CONCLUSIVA

A classificação do matrimônio como um contrato *sui generis*, especial de direito de família, é a mais adequada em relação à sua natureza jurídica, reconhecendo tanto a concreção do princípio da autonomia privada (posto que somente se constitui a partir de um acordo de vontades) quanto sua faceta institucional, já que às normas de ordem pública cabe sua regulamentação específica e a imposição de deveres matrimoniais a serem observados pelos contratantes. Neste viés, a tentativa de conceituação do matrimônio como um contrato, de acordo com a dogmática jurídica, bem como a aplicação dos princípios contratuais à espécie, contribuiu para uma mais clara elucidação dos elementos pactuais nele presentes (a despeito, frise-se, da dissonância doutrinária acerca de sua natureza jurídica).

O presente trabalho buscou focar-se, de forma interdisciplinar – sob as concepções jurídica e econômica -, nos aspectos patrimoniais do casamento: seja naqueles atinentes à fase que antecede o conúbio (pacto antenupcial e eleição do regime de bens), seja na fase subsequente à sua dissolução, quando então necessário promover-se a destinação dos bens e recursos amealhados na constância conjugal, atentando-se, sempre, às peculiaridades ínsitas a cada união e ao regime patrimonial em vigência.

Para fins de esclarecimento acerca de onde os aspectos patrimoniais destacam-se neste contexto, foi necessário discorrer-se, inicialmente, acerca dos contratos tipicamente celebrados pelos consortes no curso da união e das soluções a eles aplicáveis pelo Judiciário brasileiro no advento do divórcio, excluindo-se, da análise, questões relativas à guarda de menores e que dela derivam – o que promoveria uma indesejada ampliação do objeto do presente estudo.

Neste cenário, a aplicação do ferramental da Análise Econômica do Direito revelou-se um método extremamente útil à compreensão dos fenômenos da escolha do consorte, do regime de bens, dos benefícios e custos empregados na vigência do contrato de casamento e das circunstâncias que sugerem a sua dissolução.

Desta forma, inegável que, na perspectiva econômica, a visão contratual do matrimônio fez-se novamente presente; afinal, segundo tal teoria, o casamento é uma explícita e formal promessa de assunção de riscos, demandando, por isso, proteção jurídica aos investimentos específicos engendrados em sua vigência.

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

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 e do divórcio 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. E ficou claro, neste sentido, que a bibliografia específica acerca do tema é ainda escassa no Brasil, principalmente quando comparada ao acervo bibliográfico existente referentemente à *Law and Economics* em geral, em âmbito mundial.

As teorias econômicas abordadas na aplicação da análise econômica do contrato matrimonial foram, principalmente, a Teoria da Sinalização e a Teoria da Assimetria de Informações. Em relação à primeira, verificou-se que esta 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 matrimonial; ainda, tal abordagem justifica que a inutilização do pacto antenupcial por parte de muitos casais associa-se à uma interpretação pessimista, no sentido de que este projeta sinais negativos na sociedade acerca da união, notadamente quando o regime é o da separação convencional de bens. Também, tal pode decorrer da ignorância quanto à operacionalidade e possível extensão do pacto antenupcial, passível de contemplar disposições que não apenas circunscritas

à eleição de um regime pré-determinado de bens (tal como ocorre na formulação de um regime misto), ou, ainda, da propensão dos indivíduos a serem otimistas, crendo não incorrerem no risco de virem a se divorciar.

No que diz respeito à Teoria da Assimetria de Informações, a abordagem da seleção adversa e do risco moral são de especial relevo no presente contexto, como as falhas que principalmente derivam do incompleto ou distorcido acúmulo de informações acerca do consorte. Ainda, verificou-se que os investimentos em produtos matrimoniais específicos são diretamente proporcionais ao maior número de informações partilhadas entre as partes, já que isto gera credibilidade na relação contratual, majorando e estimulando a crescente cooperação entre as partes.

Neste sentido, a proposição de que o casamento trata de um contrato relacional é coerente à uma análise sob uma perspectiva pragmática, mais voltada à relação contratual evolutiva das partes do que a soluções judiciais calcadas no direito positivo. Assim, a abordagem relacional, ancorada nas interações repetidas entre os contratantes e no aprofundamento de sua cooperação, propicia condições mais eficientes para a solução de conflitos, já que assentado o contrato (nesta perspectiva) em elos de solidariedade e de reciprocidade, tendo em vista a incompletude característica do contrato de casamento.

Um dos grandes contributos gerados a partir da análise econômica do contrato matrimonial trata da possibilidade da aplicação do Teorema de Coase na fase de sua dissolução, que se opera, a rigor, quando os custos atribuídos à manutenção da relação ultrapassam os benefícios dela originados. Desta forma, ao propor o Teorema que, na hipótese de as partes virem a negociar entre si de forma exitosa, o resultado eficiente será alcançado, independentemente da regra de direito, estar-se-ia a assumir que os custos de transação para a consecução de um acordo de divórcio consensual podem ser endógenos ao próprio ordenamento jurídico (e não apenas exógenos, como quando relativos à hostilidade presente na relação contratual), sugerindo-se, assim, que as normas jurídicas sejam alocadas de forma clara e objetiva, para que se reduzam os custos de transação que advêm do desconhecimento e nebulosidade das normas jurídicas.

A presente abordagem interdisciplinar evidenciou, portanto, alguns dos benefícios da aplicação da Análise Econômica do Direito por parte dos operadores do Direito, especificamente, na seara jusfamilista. Inicialmente, verificou-se que a compreensão do casamento como um contrato é a mais consonante com a análise de seus aspectos patrimoniais, principalmente no que diz respeito à análise ofertada pela *Law and Economics*.

A abordagem econômica, portanto, serve como instrumental que provê uma explicação comportamental à escolha racional dos indivíduos pelo casamento, regime de bens a ser aplicado e pelo divórcio como uma escolha intelectual, a partir da análise das variáveis de custos e benefícios atribuídos a cada instituto. Nesta senda, a análise conta com dados coletados por pesquisas empíricas que logrem revelar os principais perfis de grupos que lançam mão de distintas opções patrimoniais, justificando, ainda, o porquê do aumento do número de divórcios no Brasil, sempre a promover um diálogo entre os fatos averiguados na sociedade e as normas jurídicas em vigência.

Ainda, por viabilizar o estudo da forma como os agentes reagem às normas jurídicas, prevendo, assim, os efeitos das sanções legais sobre o comportamento humano, a abordagem é capaz de sugerir modificações legislativas sempre que estas vierem a permitir o aumento de soluções eficientes em dado contexto, tal como se opera em relação à legislação divorcista.

Assim, tendo-se em vista que o divórcio surge em contexto no qual os custos para manter a união superam os benefícios que dela advêm, este se dá, pois, comumente, em momento no qual os ânimos das partes estão em descompasso, apresentando estas comportamento beligerante e hostil. Sob tal prisma, citou-se a mediação familiar como um exemplo de solução hábil a promover maior harmonia entre os divorciandos, com a finalidade precípua de fazê-los chegar a um acordo por livre e espontânea vontade, de modo que considerem as necessidades e anseios recíprocos, prezando pela consecução de uma comunhão eficiente de interesses.

Esta dissertação contou com escassa bibliografia brasileira referente à temática específica da análise econômica do casamento e do divórcio, bem como com ausência de um expressivo volume de trabalhos estrangeiros atinentes à matéria, o que indica ser uma área ainda pouco explorada no Brasil e no mundo. Assim, espera-se que seja o presente trabalho considerado uma pequena porém útil contribuição para o desenvolvimento de futuras pesquisas nesta área, ilustrando, assim, a possibilidade da aplicação da Análise Econômica do Direito a áreas até pouco tempo atrás inimaginadas, tal como se opera em relação ao contrato de casamento.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo. Comentários à Lei da Alienação Parental – Lei nº 12.318, de 26 de Agosto de 2010. **Revista Síntese – Direito de Família**, Porto Alegre, n. 62, p. 07-17, out./nov. 2010.

ALMEIDA, Silmara Juny Chinelatto e (org.). **Direito de Família no Novo Milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo**. São Paulo: Atlas, 2010.

ALVES, Jones Figueirêdo. Os celebrantes de escrituras públicas de separação ou de divórcio possuem o direito de o ato notarial ser realizado em segredo de justiça, não se permitindo a terceiro, sem interesse jurídico manifesto, o conhecimento acerca dos seus conteúdos? In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Separação, Divórcio, Partilha e Inventários Extrajudiciais – Questionamentos Sobre a Lei 11.441/2007**. São Paulo: Método, 2007. p. 285-90.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Lisboa: Almedina, 2007. 1340 p.

ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 1440 p.

ASSIS, Zamira de; RIBEIRO, Weslley Carlos. A base principiológica do Melhor Interesse da Criança: apontamentos para análise da (im)propriedade da expressão “guarda de filhos” quando do rompimento da conjugalidade dos genitores. In: **Revista Síntese - Direito de Família**, São Paulo, n. 71, p. 74-97, abr./maio 2012.

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

_____. **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.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Família**. 5. ed. Campinas: Millennium, 2002. 320 p.

BRAGANHOLLO, Beatriz Helena. Casamento civil: regime de bens e seus reflexos patrimoniais e sucessórios. **Revista do CEJ**, Brasília, DF, n. 34, p. 27-34, set. 2006.

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

BRASIL. **Código Civil**. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, 2002.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasil, 1990.

_____. **Código Civil de 1916**. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916.

_____. **Código de Processo Civil**. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Brasília, 1973.

_____. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2294&id_pagina=1>. Acesso em: 20 dez. 2012.

_____. **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.

_____. **Medida Provisória n. 2.177-44**, de 24 de agosto de 2001. Brasília, 2001.

_____. **Decreto-Lei n. 3.200**, de 19 de abril de 1941. Brasília, 1941.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988.

_____. **Lei do Divórcio**. Lei n. nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Brasília, 1977.

_____. **Lei n. 7.841**, de 18 de outubro de 1989. Brasília, 1989.

_____. **Lei n. 9.656**, de 03 de junho de 1998. Brasília, 1998.

_____. **Estatuto da Mulher Casada**. Lei n. 4.121, de 1962. Brasília, 1962.

_____. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Brasília, 1990.

_____. **Lei n. 11.804**, de 05 de novembro de 2008. Brasília, 2008.

_____. **Lei n. 10.741**, de 01 de outubro de 2003. Brasília, 2003.

_____. **Lei n. 8.036**, de 11 de maio de 1990. Brasília, 1990.

_____. **Lei nº 12.318**, de 26 do agosto de 2010. Brasília, 2010.

_____. **Lei n. 4.380**, de 21 de agosto de 1964. Brasília, 1964.

_____. **Lei n. 8.004**, de 14 de março de 1990. Brasília, 1990.

_____. **Lei n. 9.515**, de 20 de novembro de 1997. Brasília, 1997.

_____. **Lei n. 8.971**, de 29 de dezembro de 1994. Brasília, 1994.

_____. **Lei n. 5.478**, de 25 de julho de 1968. Brasília, 1968.

_____. **Lei n. 6.216**, de 30 de junho de 1975. Brasília, 1975.

_____. **Lei n. 9.278**, de 10 de maio de 1996. Brasília, 1996.

_____. **Lei de Introdução ao Código Civil**. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Brasília, 1942.

_____. Superior Tribunal Federal. **Súmula n. 379**, de 12 de maio de 1964. Brasília, 1964.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 377**, de 12 de maio de 1964. Brasília, 1964.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 305**, de 13 de dezembro de 1963. Brasília, 1963.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 69108/PR**. Relator: Nilson Naves. Publicado em 16,11,1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&dt_publicacao=27/03/2000&num_registro=199500327295>. Acesso em: 21 jun. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RESP. n. 467184/SP**. Relator: Ruy Rosado de Aguiar. Publicado em 17/02/2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200201068117&dt_publicacao=17/02/2003>. Acesso em: 03 set. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 69108/PR**. Relator: Nilson Naves. Publicado em 16,11,1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&dt_publicacao=27/03/2000&num_registro=199500327295>. Acesso em: 21 jun. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 132-RJ**. Relator: Ayres Britto. Publicado em 05/05/2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf>>. Acesso em: 13 jun. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº. 4.277/DF**. Relator: Ayres Britto. Publicado em 05/05/2011. Disponível em: <<http://www.expressodanoticia.com.br/docs/VotHomoSTFADI4277CM.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RESP. n. 1.183.378/RS**. Relator: Luis Felipe Salomão. Publicado em 04/10/2011. Disponível em:
<http://www.stj.gov.br/porta1_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=2249>.
Acesso em: 13 jun. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 555.771/SP**. Relator: Luis Felipe Salomão. Publicado em 18.05.2009. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200300876307&dt_publicacao=18/05/2009>. Acesso em: 01 ago. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RESP n. 69108/PR**. Relator: Ministro Nilson Naves. Publicado em 16/11/1999. Disponível em:
<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8329241/recurso-especial-resp-69108-pr-1995-0032729-5-stj>>. Acesso em: 20 jul. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 132-RJ**. Relator: Ayres Britto. Publicado em 05/05/2011. Disponível em:
<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf>>. Acesso em: 13 jun. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RESP n. 701.872/DF**. Relator: Fernando Gonçalves. Publicado em 12/12/2005. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200401612267&dt_publicacao=01/02/2006>. Acesso em: 10 set. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RESP 1159242/SP**. Relatora: Nancy Andrighi. Publicado em 10/05/2012. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=201201079216&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 13 set. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RESP 1298576/RJ**. Relator: Luis Felipe Salomão. Publicado em 06/09/2012. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201103061740&dt_publicacao=06/09/2012>. Acesso em: 13 set. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag n. 1044922/SP**. Relator: Raul Araújo. Publicado em 22/06/2010. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=ALIMENTOS+CONJUGE+DISPENS&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 15 set. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 848.660-RS**, Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 03/05/2011. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=200600982512&data=13/5/2011>. Acesso em: 24 set. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Coordenadoria de Editoria e Imprensa. **É Possível Fixação de Alimentos Transitórios a Ex-cônjuge**. Disponível em:
<http://www.stj.gov.br/porta1_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=98967>. Acesso em: 13 set. 2012.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Apelação Cível n. 199951010009571**, Relator: Raldênio Bonifácio Costa. Julgado em 07/10/2008.

Disponível em:

<<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CD AQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.universojus.com.br%2Fjurisprudencias%2Fs%2Fportar-arma-de-fogo-de-fabricacao caseira%2Fpage%3A58&ei=EdWPUISBOeS90QG5iYDIBg&usg=AFQjCNF-Cc7mv-a9feYFyJit3VjHq6B4Lw&sig2=PQsYfDhVc3XD3NlylTR4UA>>. Acesso em: 21 set. 2012.

BRYANT, W. Keith. **The Economic Organization of the Household**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. 276 p.

CAHALI, Francisco José. Dos Alimentos. In: DIAS, Maria Berenice; MADALENO, Rolf (coord.). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 193-203.

CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 848 p.

_____. **Separações Conjugais e Divórcio**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 1086 p.

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

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano Moral no Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2012. 261 p.

CARDOSO, Fabiana Domingues, **Regime de Bens e Pacto Antenupcial**. São Paulo: Método, 2010. 294 p.

CARDOSO, Oscar Valente. A prisão civil do devedor de alimentos e o Pacto San Jose da Costa Rica. In: **Revista Síntese - Direito de Família**, São Paulo, n. 58, p. 127-33, fev./mar. 2010.

CARVALHO NETO, Inácio de. Morte presumida como causa de dissolução do casamento. In: **Revista Síntese - Direito de Família**, São Paulo, n. 60, p. 07-11 jun./jul. 2010.

_____. O contrato de separação e divórcio consensuais em face da Lei 11.441/2007. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernanda Novaes; TARTUCE, Flávio. **Direito Contratual – Temas Atuais**. São Paulo: Método, 2007. p. 657-82.

CIGNO, Alessandro. **Economics of the Family**. New York: Oxford University Press, 1991. 212 p.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, Família, Sucessões**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 348 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.

COSTA, Maria Aracy Menezes da. **Os Limites da Obrigação Alimentar dos Avós**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. 175 p.

CRUZ, Eduardo Felix Da. **Os Efeitos do Divórcio Perante os Contratos de Financiamento Habitacional**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17572/os-efeitos-do-divorcio-perante-os-contratos-de-financiamento-habitacional>>. Acesso em: 24 set. 2012.

DA GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. A função Social da Família e a jurisprudência brasileira. In: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (coord.). **Atualidades do Direito de Família e Sucessões**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2008. p. 115-37.

DA LUZ, Valdemar P. **Dissolução do Casamento – Separação e Divórcio Judicial e Extrajudicial (Dissolução por Escritura Pública) – Lei nº 11.441, de 04.01.07**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. 165 p.

DA SILVA, Regina Beatriz Tavares. **A Emenda Constitucional do Divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2012. 126 p.
DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008. 1478 p.

DIAS, Maria Berenice. **Alienação Parental – Um Abuso invisível**. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em: 12 set. 2012.

_____. **Conversando sobre Alimentos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 129 p.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 677 p.

_____. Da separação e do divórcio. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 61-82.

_____. **A Lei Maria da Penha na Justiça – A Efetividade da Lei 11.340/2006 de Combate à Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 284 p.

DINIZ, Maria Helena. Impacto do regime matrimonial de bens nas relações empresariais. 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. 273-84.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 791 p.

_____. **Comentários ao Código Civil**: parte especial: disposições finais e transitórias (arts. 2.028 a 2.046). São Paulo: Saraiva, 2003. 650 p.

DOWDING, Sally. Self-determination or Judicial Imposition? Translating the Theory into Practise. In: MILES, Jo; PROBERT, Rebecca. **Sharing Lives, Dividing Assets - An Inter-Disciplinary Study**. Oxford: Hart Publishing, 2009, p. 207-26.

DUTRA, Homero Alvenis. A incomunicabilidade dos proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge nos regimes de comunhão. In: **Revista Síntese - Direito de Família**, São Paulo, n. 58, p. 75-96, fev./mar. 2010.

EFING, Antônio Carlos. **Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 703 p.

ERMISCH, JOHN F. **An Economic Analysis of The Family**. United Kingdom: Princeton, University Press, 2003. 271 p.

EVARTS, Richards W. **Comparative Costs and Benefits of Divorce Adjudication and Mediation**. Disponível em:

<http://www.researchgate.net/publication/230211332_Comparative_costs_and_benefits_of_divorce_adjudication_and_mediation>. Acesso em: 10 maio 2012.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **A Coisa Julgada nas Ações de Alimentos**.

Disponível em:

<[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio\(2\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio(2)%20-formatado.pdf)>. Acesso em: 28 dez. 2012.

FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Novo Código Civil, Volume XVIII**: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 301 p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. 727 p.

_____. 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.

FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. A Síndrome da Alienação Parental (SAP) sob a perspectiva dos regimes de guarda de menores. In: **Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – RIDB**.

Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/RIDB_001_0245_0279.pdf>. Acesso em: 10 set. 2012.

FREITAS, Douglas Phillips. Partilha e sucessão das quotas empresariais. In: FREIRAS, Douglas Phillips; BARBOSA, Eduardo Lemos (coord.). **Direito de Família nas Questões Empresariais**. p. 57-68.

FRIEDMAN, David D. **Price Theory**. Chicago: South-Western Publishing Co., 1986, 549 p.

GAGLIANO, PabloStolze. A nova Emenda do Divórcio: primeiras reflexões. In: **Revista Síntese - Direito de Família**, São Paulo, n. 61, p. 86-99, ago./set. 2010.

_____; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 773 p.

GALATI, Laercio. Modificação do regime de bens entre os cônjuges. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 23, p. 234-42, jul./set. 2005.

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

GIORGIS, José Carlos Teixeira. Notas sobre a Guarda Compartilhada. **Revista Síntese – Direito de Família**, Porto Alegre, n. 61, p. 64-99, ago./set. 2010.

GIRGIS, Sherif; GEORGE, Robert P.; ANDRESON, Ryan T. **What is Marriage?** Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1722155>. Acesso em: 03 nov. 2012.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 474 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2011. 728 p.

GRISARD FILHO, Waldyr. Famílias reconstituídas: novas relações depois das separações: parentesco e autoridade parental. **Revista IOB de Direito de Família**, São Paulo, v. 9, n. 47, p. 30-45, abr./maio 2008.

_____. **O Contrato de Doação – Análise Crítica do Atual Sistema Jurídico e Seus Efeitos no Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2008. 194 p.

_____. Pensão compensatória: Efeito econômico da ruptura convivencial. In: **Revista Síntese - Direito de Família**, São Paulo, n. 69, p. 117-38, dez./jan. 2012.

GROSSBARD, Shoshana. **How “Chicagoan” are Gary Becker’s Economic Models of Marriage?** Disponível em: <http://ideas.repec.org/p/ces/ceswps/_2637.html>. Acesso em: 31 out. 2012.

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.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. Obrigação alimentar – a polêmica em torno do art. 1.698 do Código Civil. Divisibilidade e solidariedade. O Estatuto do Idoso. In: **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 112, p. 07-17, jul. 2011.

LANGOSKI, Deisemara Turatti. Direito de Visitas X Direito de Convivência. In: **Revista Síntese - Direito de Família**, São Paulo, n. 70, p. 107-15, fev./mar. 2012.

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

LOBBO, Paulo Luiz Netto. **Divórcio**: alteração constitucional e suas consequências. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/629>>. Acesso em: 03 set. 2012.

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

MADALENO, Rolf Hanssen. A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos de regime de bens, **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v. 13, n. 25, p. 5-32, dez. 2011/jan. 2012.

_____. Separação extrajudicial e fraude. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Separação, Divórcio, Partilha e Inventários Extrajudiciais – Questionamentos Sobre a Lei 11.441/2007**. São Paulo: Método, 2007. p. 239-51.

_____. **A Desconsideração Judicial da Pessoa Jurídica e da Interposta Pessoa Física no Direito de Família e no Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 369 p.

_____. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 1211 p.

_____. O direito adquirido e o regime de bens. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 348, p. 27-52, out. 2006.

_____. A execução de alimentos e o cumprimento de sentença. In: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. **Atualidades do Direito de Família e Sucessões**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2008. p. 409-34.

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.

MALHEIROS FILHO, Fernando. A sub-rogação no regime da comunhão parcial de bens. In: PEREIRA, Sérgio Gischkow; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (coord.). **Direito Contemporâneo de Família e das Sucessões (Estudos em Homenagem aos 20 anos de Docência do Professor Rolf Madaleno)**. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 63-73.

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

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos Bancários em tempos pós-modernos – primeiras reflexões. In: **Revista dos Tribunais on line**. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81815000001396e0274436844f973&docguid=l308954e0f25611dfab6f01000000000&hitguid=l308954e0f25611dfab6f010000000000&spos=12&epos=12&td=4000&context=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 15 ago. 2012.

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

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 258 p.

_____. **Teoria do Fato Jurídico: plano da validade**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 280 p.

MERRILL, Jacqueline Pfeffer. **An Economist's View of Marriage**. Disponível em: <<http://link.springer.com/article/10.1007/s12115-010-9316-4?no-access=true>>. Acesso em: 05 nov. 2012.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 7. Campinas: Bookseller, 2000. 592 p.

_____. _____. Tomo 8. Campinas: Bookseller, 2000. 530 p.

_____. _____. Tomo 46. Campinas: Bookseller, 2006. 751 p.

MNOOKIN, Robert H. Divorce. In: NEWMAN, Peter (Edited by). **The New Palgrave Dictionary Of Law and Economics**. New York: Grove's Dictionaries, 1998. p. 639-44.

MOLHO, Ian. **The Economics of Information – Lying and Cheating in Markets and Organizations**. USA: Blackwell Publishers, 1997. 262 p.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva. 368 p.

_____; MALUF, Alberto Dabus; DA SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Curso de Direito Civil 5: direito das obrigações, 2ª parte**. São Paulo: Saraiva, 2010. 641 p.

MOREIRA, Cíntia Lopes. Apontamentos sobre o pacto antenupcial. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 31, n. 65, p. 30-8, jul./dez. 2008.

MOTTA, Carlos Dias. **Direito Matrimonial e seus Princípios Jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 432 p.

MURRAY, Melissa. **Marriage as Punishment**. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1952311>. Acesso em: 03 nov. 2012.

_____. **Ação de Alimentos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. 127 p.

_____. A influência da culpa nos alimentos entre cônjuges e na união estável. In: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. **Atualidades do Direito de Família e Sucessões**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2008. p. 435-46.

REALE JÚNIOR, Miguel; COSTA, Judith Hofmeister Martins. Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial (parecer). **Revista Trimestral de Direito Civil: RTCD**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, p. 205-28, out. 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70042401083**. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, 8ª Câmara Cível. Publicado em 04/08/2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 25 jul. 2012.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70045731734**. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Publicado em: 13/06/2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 05 jan. 2013.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70015708647**. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Publicado em 07/12/2006. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 13 set. 2012.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70025653387**. Relator: Ricardo Raupp Ruschel. Publicado em 29/05/2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 03 set. 2012.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70027032440**. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, 5ª Câmara Cível. Publicado em 16/02/2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 25 jul. 2012.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70049777352**. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Publicado em: 14/08/2012. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em 10 set. 2012.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70010615771**. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, 7ª Câmara Cível. Publicado em 20/04/2005. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 03 set. 2012.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n 70041203563**, Relator: André Luiz Planella Villarinho Julgado em 24/08/2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 25 set. 2012.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70017548405**, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, julgado em 21/12/2006. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 20 set. 2012.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70021242987**, Relator: Claudir Fidelis Faccenda. Julgado em 11/10/2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 20 set. 2012.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70035583145**, Relator: André Luiz Planella Villarinho. Julgado em 20/10/2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 23 set. 2012.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70035700467**, Relator: André Luiz Planella Villarinho. Julgado em 11/08/2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 23 set. 2012.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70038531604**, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves Julgado em 26/10/2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 23 set. 2012.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70043118439**, Relator: Roberto Carvalho Fraga Julgado em 17/10/2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 23 set. 2012.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70043896158**, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Julgado em 13/07/2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 23 set. 2012.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70045600178**, Relator: Roberto Carvalho Fraga. Julgado em 15/06/2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 23 set. 2012.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70046345880**, Relator: Alzir Felipe Schmitz. Julgado em 17/05/2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 23 set. 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 1436 p.

_____. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 944 p.

ROBLES, Tatiana. **Mediação e Direito de Família**. São Paulo: Ícone, 2009. 121 p.

RODRIGUES, Décio Luiz José. **Planos de Saúde**. São Paulo: Ícone, 2008. 136 p.

RODRIGUES, Felipe Leonardo. **Dos Regimes de Bens e a Possibilidade de Celebrar o Regime Híbrido no Pacto Antenupcial**. Disponível em: <<http://tabellios.blogspot.com.br/2008/10/dos-regimes-de-bens-e-possibilidade-de.html>>. Acesso em: 15 ago. 2012.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família**. 28. ed. rev. atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004. 433 p.

RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito – Uma Introdução**. Coimbra: Almedina, 2007. 243 p.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Eficácia do regime de bens no casamento e na união estável. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 34, n. 70, p. 417-48, jan./jun. 2011.

ROMITA, Arion Sayão. Os aquestos no regime da separação obrigatória de bens. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 84, p. 79-91, jul./set. 2010.

ROSA, Conrado Paulino da. Obrigação alimentar nas relações homoafetivas. In: **Revista Síntese - Direito de Família**, São Paulo, n. 70, p. 51-77, fev./mar. 2012.

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

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 270.393-4/2-00**. Relator: Carlos Stroppa, 5ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 04/09/2003. Disponível em:

<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&sqj=2&ved=0CCMQFjAA&url=http%3A%2F%2Fxa.yimg.com%2Fkq%2Fgroups%2F21722377%2F415982398%2Fname%2FAULA%2B6%2B%2Bsepara%25C3%25A7%25C3%25A3o%2BJudicial.doc&ei=cmd0UN_HBKfD0QH6xoHYAQ&usg=AFQjCNGgOMHnt1u1uoQ1Ae1HBYt9nBHD5A&sig2=6AZBWv9VXmwHJ84QLym82w>. Acesso em: 03 set. 2012.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0006519-17.2011.8.26.0483**, Terceira Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Donegá Morandini, Julgado em 17/04/2012. Disponível em:

<<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5844933&v1Captcha=MNdar>>. Acesso em: 23 set. 2012.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0100421-57.2007.8.26.0000**, Décima Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de SP, Relator: João Carlos Saletti, Julgado em 19/06/2012). Disponível em:

<<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5979238>>. Acesso em: 10 jul. 2012.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0120465-97.2007.8.26.0000**, Oitava Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Luiz Ambra, Julgado em 29/09/2011. Disponível em:

<<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5444866>>. Acesso em: 23 set. 2012.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 9095087-49.2008.8.26.0000**, Relator: Neves Morim. 2ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 15/05/2012. Disponível em:

<<https://esaj.tj.sp.jus.br/cpo/sg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RMZO0U0DL0000>>. Acesso em: 20 set. 2012.

SEBASTIÃO, Jurandir. O regime de bens de participação final nos aquestos (art. - 1672 a art-1686 do código civil de 2002). **Adv: Seleções Jurídicas**, São Paulo, coad, p. 1-5, nov. 2004.

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.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. 176 p.

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

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

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

STAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Economic dos Contratos. In ZYLBERSZTAJN, Decio; STAJN, Rachel (org.). **Direito e Economia – Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 102-36.

SZUCHMAN, Paula; ANDRESON, Jenny. **Spousonomics – Use a economia para lidar melhor com seus relacionamentos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. 262 p.

TARTUCE, Flávio. A usucapião especial urbana por abandono de lar conjugal. In: **Revista Síntese - Direito de Família**, São Paulo, n. 71, p. 16-8, abr./maio 2012.

_____; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil – Direito de Família**. 7. ed. São Paulo: Método, 2012. 540 p.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. “Guarda Compartilhada Decretada pelo Juízo sem o Consenso dos Pais”. In: PEREIRA, Sérgio Gischkow; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (coord.). **Direito Contemporâneo de Família e das Sucessões (Estudos em Homenagem aos 20 anos de Docência do Professor Rolf Madaleno)**. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 127-44.

TIMM, Luciano Benetti. A prestação de serviços bancários via internet (home banking) e a proteção do consumidor. In: **Revista dos Tribunais on line**. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81816000001396e45b2423230f3d2&docguid=ld3cbfc402d4111e0baf30000855dd350&hitguid=ld3cbfc402d4111e0baf30000855dd350&spos=3&epos=3&td=1759&context=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 15 ago. 2012.

_____ ; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 158-79.

TOMASI, César; MARIN, Jeferson. Aspectos controvertidos da Lei de Alimentos Gravídicos (Lei n. 11.804/2008). In: **Revista Síntese - Direito de Família**, São Paulo, n. 68, p. 93-109, out./nov. 2011.

TUSA, Gabriele. Contratos Bancários. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (coord.). **Direito Civil – Direito Patrimonial – Direito Existencial – Estudos em Homenagem à Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka**. São Paulo: Método, 2006. p. 297-325.

ULEN, Thomas S. **Rational Choice Theory in Law and Economics**. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/0710book.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Contratos Afetivos: o temor do amor. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 8, n. 44, p. 82-4, set./out. 2011.

_____. **Direito Civil**: direito de família. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 512 p.

_____. **Direito Civil**: direitos reais. São Paulo: Atlas, 2011. 464 p.

VIEIRA, Cláudia Stein. “Da guarda dos filhos: considerações acerca da guarda compartilhada”. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (org.). **Direito Civil, Direito Patrimonial, Direito Existencial – Estudos em Homenagem à Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka**. São Paulo: Método, 2006. p. 831-42.

WALD, Arnaldo. **O Novo Direito de Família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 712 p.

WOLF, Karin. O regime de separação de bens e a prova do esforço comum na aquisição do patrimônio (jurisprudência comentada). **Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 52-77, dez. 2007.

ZELDER, Martin. Inefficient Dissolutions As a Consequence of Public Goods: The Case of No-Fault Divorce. **HeinOnline – 22 J.**, Legal Stud., p. 503, 1993.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Alimentos. In: **Revista Síntese - Direito de Família**, São Paulo, n. 63, p. 93-126, dez./jan. 2011.

WOWTHORN, Robert (edit.). **The Law and Economics of Marriage and Divorce**. Cambridge: Cambridge Press, 2002. p. 10-34.