XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES II

JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA

MAGNO FEDERICI GOMES

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito de família e das sucessões II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS
Coordenadores: José Sebastião de Oliveira; Magno Federici Gomes. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-701-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

UNISINOS

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES II

Apresentação

O XXVII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado em Porto Alegre/RS, nos dias 14 a 16 de novembro de 2018, foi promovido em parceria com o Programa de Pós-graduação da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), tendo como tema geral: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito.

Este livro é derivado da articulação acadêmica, com o objetivo de transmissão do conhecimento científico, entre o CONPEDI, a UNISINOS e docentes e pesquisadores de diversos Programas de Pós-graduação "stricto sensu" no Brasil e no exterior, com vínculo direto com seus respectivos projetos e Grupos de Pesquisa junto ao CNPQ.

O grupo de trabalho Direito de Família e das Sucessões II teve bastante êxito, tanto pela excelente qualidade dos artigos, quanto pelas discussões empreendidas pelos investigadores presentes. Foram defendidos quatorze trabalhos, efetivamente debatidos e que integram esta obra, a partir dos seguintes eixos temáticos: Família: Origem, Contemporaneidade e Dissolução; Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ): Filiação Socioafetiva e Multiparentalidade; e Tutela Diferenciada dos Interesses de Menores: Proteção Integral.

No primeiro bloco, denominado Família: Origem, Contemporaneidade e Dissolução, iniciaram-se os trabalhos com textos sobre a trajetória da família ao longo dos tempos com a finalidade de se chegar a uma análise da posição atual; a poliafetividade e sua visão jurídica no Brasil; os reflexos da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), que considerou que a união estável e o casamento possuem o mesmo valor jurídico em termos de direito sucessório; e, o procedimento de homologação de sentença estrangeira de divórcio no país.

No segundo eixo, chamado Provimento nº 63/2017 do CNJ: Filiação Socioafetiva e Multiparentalidade, apresentaram-se três artigos científicos, todos sobre o ato administrativo normativo que permitiu o reconhecimento de parentalidade socioafetiva diretamente em serventias extrajudiciais, com a finalidade de regularizar a multiparentalidade; a afronta ao

princípio constitucional da paridade simétrica em tal procedimento pela inexistência de mecanismos de facilitação para suprimento de recusa; e o estado de posse de filho dos múltiplos pais para se caracterizar essa categoria de filiação.

Na derradeira fase temática, que versou sobre a Tutela Diferenciada dos Interesses de Menores: Proteção Integral, expôs-se o papel da família contemporânea quanto às possibilidades e perspectivas de proteção do direito fundamental à privacidade de crianças e adolescentes, diante do cenário da sociedade em rede; a realidade mundial da negligência infantil, que viola tanto a infância espanhola como a brasileira; o desenvolvimento de políticas públicas voltadas para os problemas oriundos das relações familiares; a relação entre alienação parental e direitos da personalidade; e, por fim, as consequências devastadoras da devolução de crianças e adolescentes adotados no Brasil.

Como conclusão, a Coordenação sintetizou os trabalhos do grupo, discutiu temas conexos e sugeriu novos estudos, a partir da leitura atenta dos artigos aqui apresentados, para que novas respostas possam ser apresentadas para os problemas que se multiplicam nesta sociedade de risco líquida.

A finalidade deste livro é demonstrar os estudos, debates conceituais e ensaios teóricos voltados à família, sucessões e ao seu desenvolvimento sustentável, no qual a multidiciplinaridade, em suas várias linhas de pesquisa, serão empregadas para expor os temas e seus respectivos problemas. Objetiva-se, ademais, ampliar as reflexões e discussões sobre a pesquisa realizada sob diversos posicionamentos, posto que as investigações não se encontram totalmente acabadas.

Na oportunidade, os Coordenadores agradecem a todos que contribuíram a esta excelente iniciativa do CONPEDI, principalmente aos autores dos trabalhos que compõem esta coletânea de textos, tanto pela seriedade, quanto pelo comprometimento demonstrado nas investigações realizadas e na redação de trabalhos de ótimo nível.

Os artigos, ora publicados, pretendem fomentar a investigação interdisciplinar com os direitos de família e sucessões. Assim, convida-se o leitor a uma leitura atenta desta obra.

Os Coordenadores:

Prof. Dr. Magno Federici Gomes

Escola Superior Dom Helder Câmara e PUC Minas

Prof. Dr. José Sebastião de Oliveira

Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

CASAMENTO VS. UNIÃO ESTÁVEL: UMA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

MARRIAGE VS. STABLE RELATIONSHIP: LAW & ECONOMICS

Viviane Xavier de Araujo Cruz
Otávio Augusto de Oliveira Cruz Filho

Resumo

Neste trabalho, buscou-se analisar como as pessoas optam pelo casamento ou pela união estável ao constituírem uma família, especialmente após decisão do Supremo Tribunal Federal, de que a união estável e o casamento possuem o mesmo valor jurídico em termos de direito sucessório, último quesito para a total equiparação dos dois institutos. Para isso, utilizou-se a teoria econômica que entende que os indivíduos agem por meio de decisões racionais visando a maximizar seu bem-estar. Verificou-se que não há argumentos jurídicos que façam os indivíduos optarem por um ou outro instituto, mas sim questões sociais, culturais e econômicas que podem influenciá-lo.

Palavras-chave: Análise econômica do direito, Casamento, União estável, Direito de família, Sucessões

Abstract/Resumen/Résumé

In this work, it was analyze how people choose marriage or stable relationship when deciding to start a family, especially after the decision of the Federal Supreme Court, that stable relationship and marriage have the same legal value in terms of inheritance law, last aspect for the total equality of the two institutes. For this, it was used the economic theory that understands that individuals behave through rational decisions aimed at maximizing their well-being. It was found that there are no legal arguments that make individuals choose one or another institute, but social, cultural and economic issues can influence it.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Law & economics, Marriage, Stable relationship, Family law, Inheritance

1. INTRODUÇÃO

Inúmeras são as razões pelas quais as pessoas decidem se casar, ter uma união estável ou permanecerem solteiras. Para tentar entender como são tomadas essas decisões, buscou-se auxílio na Teoria Econômica do Direito.

A análise econômica do casamento e da união estável pressupõe que ambos os institutos resultam de decisões racionais tomadas por indivíduos que pretendem maximizar seu bem-estar, buscando as melhores alternativas e benefícios possíveis. Assim, a análise econômica transcende aspectos monetários e financeiros e é entendida como análise de um bem, em sentido amplo. O enfoque econômico do casamento, ao analisar o processo racional de decisão da formação e dissolução da própria família, demarca um campo novo da análise econômica, a ser aplicado a todo e qualquer comportamento racional do ser humano. 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 mercado ou não".

Tendo-se, pois, a economia como a ciência que estuda como os indivíduos, se comportam para maximizar seu bem-estar em um mundo no qual os recursos são escassos, o presente trabalho abordará a teoria econômica dos institutos do casamento e da união estável, buscando explicar sua operacionalização mediante avaliação dos custos, investimentos, perdas e ganhos.

2. TEORIA ECONÔMICA DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL

A teoria econômica dos institutos provê explicação comportamental dos indivíduos quando optam pela concretização de uma sociedade conjugal seja por meio do casamento ou da união estável. Pressupõe-se que, nesse processo racional, o indivíduo analisa previamente os custos, riscos e benefícios, buscando maximizar a utilidade possivelmente a ser obtida com a união.

Nessa procura da maximização das suas riquezas, os indivíduos avaliam os incentivos, que são determinados fatores que os estimulam ou desencorajam na otimização dos benefícios com o mínimo de custos, ou seja, busca-se eficiência, que é a maximização de ganhos e minimização de custos. (SALAMA, 2008)

2.1 Casamento/união como mercado

O casamento, compreendido a partir de um grupo de utilidades que são entendidas pelos cônjuges como possibilidades de melhora do seu bem-estar, pode ser entendido também como um mercado, no qual indivíduos buscam por parceiros que melhor correspondam às suas expectativas e onde estão inseridos todos os indivíduos capazes de contrair matrimônio, sejam eles solteiros ou não.

Em todo mercado, verificam-se falhas de mercado. Segundo Timm (2012), elas podem ser: a) externalidades (positiva ou negativa); b) assimetrias de informação (geram seleção adversa ou risco moral); c) custos de transação (custos de procura e obtenção de informação; custos de negociação; custos para garantir a execução do contrato); d) racionalidade limitada (homem econômico, racional, maximiza sua satisfação, não tem assimetria de informação não existe); e) abuso de poder econômico (antitruste – condições de mercado: preço e oferta, lei de defesa da concorrência); f) bens públicos.

No caso das uniões, também podem-se notar falhas como assimetrias de informação, especialmente na busca por um novo parceiro, pois um só deixa transparecer as características pessoas que deseja, e o outro não detém todas as informações necessárias para fazer a escolha correta do melhor parceiro; custos de transação, referentes primeiramente a busca pelo parceiro, investimento com a aparência, com saídas, passeios, além dos próprios custos do casamento, como festa e cartório; a racionalidade limitada, inerente a qualquer mercado humano.

No que se refere a externalidades, há um mundo delas nas uniões. Considerando que externalidades são os efeitos colaterais de uma decisão sobre aqueles que não participaram dela, nas uniões, verifica-se uma infinidade de externalidades produzidas, por exemplo, pela família de um dos cônjuges sobre o outro, pela perda de emprego de um dos cônjuges que acaba impactando no outro, ou o próprio divórcio, que causaria externalidades nos filhos.

Já os bens públicos são, em Economia, os bens não-rivais e não-exclusivos. São não-rivais porque seu consumo por uma pessoa não reduz a quantidade disponível desse bem para outros, e são não-exclusivos porque não se pode impedir alguém de ter acesso a eles. Nesse sentido, poderia se entender que, no mercado do casamento, os filhos são bens públicos, já que ambos os pais devem ter acesso a eles e a relação de um não impede ou diminui a relação do outro.

2.2 Teoria da Sinalização e a escolha do parceiro

Michael Spence, criador da Teoria da Sinalização sob a ótica do mercado de trabalho, fala sobre a dificuldade do empregador de obter informações dos candidatos às vagas de emprego, o que lhes obriga a embasar a escolha em características tidas como "pré-requisitos" (como nível de instrução). O autor diferencia as características dos candidatos em de índice (aquelas imutáveis ou involuntárias, como sexo e idade) e de sinais (manipuláveis pelos indivíduos, como currículo e apresentação). Do mesmo modo, o processo de escolha do parceiro é ancorado na interpretação de sinais emitidos pelas partes. Os custos de sinalização, neste sentido, tratam de investimentos em educação, aparência, higiene, saúde física, profissão, vestuário, entre outros que representam para o indivíduo prioridades quanto ao que pretende expor sobre si e quanto ao que poderia vir a ser um facilitador para que encontre parceiros ideais. (BECKER, 1987)

Para Becker (1987), estão nos filhos a explicação para a busca de parceiros a partir de traços genéticos como beleza, inteligência, altura e raça, já que serão provavelmente estes os atributos encontrados na prole, agregando-se maior ou menor valia à família a ser formada (BECKER, 1987). Esses fatores podem estar relacionados também ao status social de se apresentar ao lado de uma pessoa que se considera inteligente ou atrativa.

Pesquisa empírica (U.S DEPARTMENT OF HEALTH, EDUCATION AND WELFARE, 1979) constatou que, ao final dos anos 1970, 40% dos divórcios nos Estados Unidos ocorriam antes do quinto ano de casamento. Isso pode ser explicado pelo fato de que o acúmulo de informações adicionais acerca do cônjuge geralmente se dá nos primeiros anos de casamento.

Para verificar a compatibilidade do parceiro com as características almejadas, os indivíduos, antes de casar, namoram, como um período de experiência. Pessoas que casam muito cedo, segundo Becker (1976), o fazem ou porque são muito otimistas e crêem terem encontrado o parceiro ideal ou são tão pessimistas que concluem que jamais encontrarão um parceiro com todo o potencial desejado.

Assim, nota-se que os custos ínsitos ao mercado de casamento variam de acordo com seu nível de exigência com relação às características almejadas e aptidões relacionadas ao parceiro ideal, ou seja, esses custos são diretamente proporcionais ao grau de exigência de cada indivíduo (BECKER, 1987).

3. PERMANECER OU NÃO PERMANECER SOLTEIRO?

Segundo Becker (1976, p.206), são duas as premissas basilares que orientam a análise econômica do casamento: 1) sendo um ato voluntário, um indivíduo somente se casará se o nível esperado de utilidade obtida a partir da formação da união vier a superar aquela obtida caso permaneça solteiro; 2) presume-se existir um "mercado de casamento", em que homens e mulheres solteiros competem, entre si, na busca do melhor parceiro adequado, dentre as restrições impostas pelas condições mercantis aferidas, sendo esse mercado relativamente equilibrado, já que as preferências dos indivíduos raramente alteram-se em curto período de tempo.

Tendo-se o potencial de maximizar a utilidade como critério para casar-se ou continuar solteiro, leva-se em conta uma análise com relação à produção de filhos, prestígio, patrimônio, lazer, amor, companhia, vida sexual regular, status social e prazer a dois (BECKER, 1976).

Berger e Kellner (1970) apontam para a relevância institucional do casamento na medida em que a realidade do mundo é sustentada no diálogo com pessoas significativas e o casamento ocupa um lugar privilegiado entre as relações significativas validadas pelos adultos. Serve também como proteção contra a anomia do indivíduo, termo desenvolvido por Durkheim (2000), que se refere a um momento em que há um enfraquecimento das normas e o indivíduo se vê privado das referências e dos controles que organizam e limitam seus desejos e aspirações, gerando uma desorganização tal da sociedade que enfraqueceria a integração dos indivíduos que não sabem que normas seguir. Quando os indivíduos vivem uma situação de anomia, condição em que as normas sociais e morais são confundidas, pouco esclarecidas ou simplesmente ausentes, eles perdem o sentimento de pertença ao grupo. Nesse sentido, o casamento teria a função social de construção nômica, ou seja, de criar uma determinada ordem, para que haja um sentido para vida do indivíduo casado.

A relevância do casamento para os indivíduos é discutida historicamente por Foucault (1977), que trata do papel da aliança e da sexualidade a partir do conceito de dispositivos que se articulam em aparelhos e instituições. Para ele, a sexualidade está ligada a dispositivos de poder: num primeiro momento, a sexualidade fez parte de uma técnica de poder centrada na aliança, corroborada por um sistema de fixação e desenvolvimento de parentescos, de transmissão de nomes e bens, de forma a gerar uma estabilidade do corpo social.

Levi-Strauss (1968) também trata do tema aliança ao defini-la como uma das formas de intervenção do grupo sobre bens considerados escassos e essenciais para sua sobrevivência. Essa ideia parece ir ao encontro da teoria econômica do casamento e da teoria do mercado de casamento.

Foucault (1977) explica ainda que, ao mesmo tempo em que o dispositivo sexualidade se alinhou ao de aliança, se diferenciou da lei e se ligou ao próprio corpo, aos prazeres. Assim, o sistema de aliança passa para a ordem da sexualidade e a família, além de manter a homeostase do corpo social, torna-se lugar de afeto, amor e eclosão da sexualidade.

Giddens (1992) mostra que é a ideia de amor romântico, relacionado à autorrealização, que torna o relacionamento conjugal mais valorizado e priorizado que relações sociais e familiares mais amplas. Segundo ele, o amor romântico suscita a questão da intimidade e supõe uma comunicação psíquica de caráter reparador: o outro preenche um vazio que o indivíduo, muitas vezes, sequer reconhece, e o indivíduo fragmentado sente-se inteiro.

Relacionada ao conceito de aliança, sexualidade e construção de família, a ideia de filhos surge como um conceito fundamental dentro do casamento, representando o principal produto familiar. São eles a principal razão para a opção pelo casamento e sua manutenção, segundo Becker (1987).

> A explicação óbvia para o casamento entre homens e mulheres repousa no desejo de ter filhos e na atração emocional existente entre os sexos. Nada distingue mais as famílias casadas de famílias com uma só pessoa ou daquelas com vários 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: tanto o homem quanto a mulher são exigidos para produzir os seus próprios filhos e, talvez, para criá-los (Tradução nossa) (BECKER, 1976).

Segundo Cohen (2002), é majoritária a conclusão entre os economistas estudiosos do casamento que o produto “filhos” é o de maior valia na produção familiar, além de ser um dos principais fatores que fazem com que os indivíduos resolvam manter a sociedade familiar: estudos empíricos revelam que cônjuges com filhos resistem à imediata dissolução do vínculo, cientes do sofrimento que tal conduta pode provocar na vida das crianças.

No entanto, se os filhos são o principal fator que faz com que as pessoas se casem, o Censo de 2010 (IBGE, 2012) mostra que tem havido no Brasil significativa queda de fecundidade. No ano 2000, o número médio de filhos nascidos vivos por mulher ao final de seu período fértil era equivalente a 2,38 filhos, enquanto que, no ano 2010, o número caiu para 1,86 filhos, abaixo da taxa de reposição da população, que é de 2,1. Os dados do IBGE mostram também que esse recuo ocorre, principalmente, entre casais com maior escolaridade e faixa de rendimento.

Cabe destacar, ainda, que a noção de casamento assume posições diferentes entre homens e mulheres. Magalhães (1993) verificou, num grupo de 20 casais da classe média carioca, com idades de 25 a 55 anos, que todas as mulheres por ela entrevistadas, menos uma, definiram casamento como "relação amorosa", enquanto todos os homens do grupo definiram como "constituição de família". Esses resultados explicam, em parte, os dados do *Anuário Estatístico Brasileiro* de 1996, que indicam que, do total de separações judiciais não consensuais encerradas em primeira instância, 71% foram requeridas pelas mulheres (FERÉS-CARNEIRO, 1994,1995). Na literatura internacional, tanto nos Estados Unidos quanto na Europa, verificam-se índices semelhantes (GOTTMAN,1994). Isso porque, para as mulheres, quando a relação conjugal não vai bem, sobretudo na sua vertente amorosa, elas desejam se separar, enquanto os homens, para os quais a ideia de casamento está muito mais relacionada a constituição de família, o fato de a relação amorosa não estar bem não é suficiente para justificar seu fim (FERÉS-CARNEIRO, 1980, 1995).

Sejam lá quais motivos pesam mais quando o indivíduo toma a decisão de unir-se ou casar-se, observa-se, a partir da teoria econômica do direito, que colocando o potencial de maximizar a utilidade como critério para escolha do parceiro ou permanência no 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 (BECKER, 1976). E, assim, seriam duas as condições necessárias para unir-se: a) de que a produção total familiar deverá ser igual ou superior ao somatório das produções individuais das partes; b) de que a produção individual média do cônjuge inserido no casamento deve equiparar-se ou superar o nível de produção individual se solteiro estivesse (BRYANT, 1990).

No entanto, há que se considerar que o casamento pressupõe também custos. Para Bryant (1990), são duas as espécies de custos: os de transação e os de perda. Os primeiros tratam de custos atinentes ao próprio ato do matrimônio, como os custos do

cartório, da festa de casamento, dos advogados caso haja uma consultoria prévia para escolher regime de bens, dentre outros. Já os custos de perda são atinentes aos benefícios abdicados pelas partes em prol do matrimônio, que são os gozados na condição de solteiras. Esses custos, em consonância com a primeira premissa de Becker (1976), justificam por que algumas pessoas escolhem não se casar: consideram o nível de produção individual excedente àquele resultante de união com parceiro(a). Esse tipo de escolha é mais comum entre homens, tendo em vista que, em nossa sociedade, a mulher que não se casa arca com o ônus de ser mal vista, de não ter sido escolhida, pois é comum se pensar que a mulher "deve" se casar.

4. DIFERENÇAS ENTRE CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL

Uma vez que o indivíduo decidiu ter um parceiro, ele deve decidir se irá se casar ou ter uma união estável. A fim de encontrar as razões pelos quais os indivíduos optam por um ou outro modelo, este estudo buscou encontrar diferenças entre os dois institutos de forma a tentar explicar essa escolha racional, ainda que inconsciente.

4.1 O casamento como contrato

Para os economistas, o casamento deve ser analisado como um contrato. A essência do matrimônio está no acordo de vontades realizado entre duas partes que, voluntariamente, assumem obrigações, direitos e privilégios, explícitos ou implícitos, já que seria impossível um instrumento que contemplasse todas as contingências que podem suceder após a celebração do negócio jurídico (SMITH, 2016). Trata, pois, de uma promessa mútua de natureza comportamental.

Para Lliord Cohen, o casamento trata-se 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. (COHEN, 2002)

A caracterização como contrato advém principalmente da assunção de riscos relativos à divisão patrimonial, eventual fixação de pensão alimentícia, regulamentação da guarda dos filhos e regime de visitas, no caso de "rescisão", ou seja, a dissolução do matrimônio pode trazer tanto ônus financeiros e materiais como também emocionais, mormente no que refere ao cuidado dos filhos. Assim, o contrato de casamento provê uma espécie de seguro tanto contra os investimentos empregados quanto contra danos

advindos do rompimento da relação afetiva, mormente no que tange a seus aspectos patrimoniais (BECKER, 1987).

No entanto, Bryant (1990) lembra que o casamento pressupõe também custos: de transação e de perda, como já foi explicado. Com relação aos custos de transação, relativos ao ato matrimonial em si, percebe-se que o reconhecimento jurídico conferido às uniões estáveis representa um redutor desses custos pelo casal na busca de proteção jurídica à sua entidade familiar, já que para se configurar bastam os requisitos de publicidade, continuidade, notoriedade e intenção de constituição de família.

4.2 O casamento enquanto ritual

O enlace contratual do casamento parece resultar em as pessoas tendem a se sentir mais responsáveis e comprometidas. Uniões formadas somente pela coabitação, sem a formalização matrimonial, portanto, são menos duráveis e mais sujeitas ao fracasso, segundo dados empíricos coletados por Morgan (2011). A ausência do contrato parece facilitar que as partes atuem de modo mais negligente ou oportunística quanto à mantença da sociedade afetiva. Isso porque o divórcio é mais onero que o fim de um contrato de namoro.

De forma análoga, psicólogos entendem esse comprometimento como consequência do casamento enquanto ritual. Carter e McGoldrick (1995) desenvolveram a noção de ciclo de vida da família, constituído pelos seguintes estágios, que tendem a ser marcado, em geral, por rituais: (a) os jovens solteiros (a partir do nascimento); (b) o novo casal (a partir do casamento); (c) famílias com filhos pequenos (a partir da gravidez); (d) famílias com filhos adolescentes; (e) o ninho vazio (a partir da saída dos filhos de casa); e, finalmente, (f) famílias no estágio tardio de vida.

Bossard e Boll (1950) explicam que os rituais são poderosos organizadores da vida familiar, mantendo sua estabilidade durante períodos de estresse e transição. Berger e Kellner (1970) descrevem o casamento como um ato dramático, em que duas pessoas, cada qual com um passado diferente, se encontram e se redefinem, passando a construir juntos, por meio do discurso, a realidade subjetiva do mundo e a reconstruir também a realidade passada.

O ritual é uma linguagem social (LEVI-STRAUSS, 1962) que define a maneira certa de agir (BOSSARD & BOLL, 1950) e fornece uma codificação social de experiências (FIRTH, 1973). A experiência ritual se constrói em torno de uma

sequência episódica de eventos pré-determinada e fixa, que pode ser breve e simples ou mais elaborada, mas sempre relacionada a alguma coisa intrinsecamente recompensadora e sempre adequada a um roteiro dramático prescrito tendendo a estimular emoções intensas (BIRD, 1980).

Erik Erikson (1977, 1982) sugere que todo comportamento ritual está enraizado na psique humana. Sua teoria conecta diretamente expressões rituais públicas e de grande porte ao desenvolvimento de rituais do dia a dia do indivíduo, e, embora o ritual público represente um anúncio de mudança de status social de um indivíduo, é por meio das atividades rituais diárias que essa mudança é simbolicamente reforçada.

4.3 O tratamento legislativo do casamento e da união estável

Depois da Constituição Federal de 1988, casamento e união estável são equiparáveis juridicamente em todos os aspectos, a única exceção, retirada mais recentemente, era quanto às sucessões. Para analisar essa questão, cabe revisitarmos antigas legislações visando a traçar uma evolução histórica desses institutos.

A começar pelo Código Civil de 1916, nota-se que a única forma de constituição jurídica da família era o casamento (*justas nupcias*), como explicam os Professores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

> Durante a vigência da Codificação Beviláqua, o casamento assumiu preponderante papel de forma instituidora única da família legítima, que gozava de privilégios distintos. Fora do casamento a família era ilegítima, espúria ou adulterina, e não merecia a proteção do ordenamento jurídico familiarista projetando efeitos, tão somente, no âmbito das relações obrigacionais. (FARIAS & ROSENVALD, 2015, p. 174).

Nesse contexto, constata-se que a união estável, à época tratada como concubinato não tinha amparo legal. Segundo Rodrigues:

> O legislador de 1916 ignora a então chamada família ilegítima, e as raras menções que faz ao concubinato (CC, arts. 248, IV, 1.177 e 1.719, III, etc.) são apenas com o propósito de proteger a família constituída pelo casamento, e nunca como reconhecedoras de uma situação de fato digna de amparo. Talvez a única referência à mancebia, feita pelo Código Civil, sem total hostilidade, a tal situação de fato, seja a do art. 363, I, do Código Civil, que permite ao investigante da paternidade a vitória na demanda, se provar que ao tempo de sua concepção sua mãe estava concubinada com o pretendido pai. (RODRIGUES, 2002, p. 284).

Isso, na verdade, ia contra o próprio o caráter natural da família, que é anterior ao direito positivo, e que se sustenta na vontade das pessoas de constituírem uma família, um fato natural. E, dessa forma, inúmeras famílias "ilegítimas" se formaram à margem do Direito.

Reconhecendo esse equívoco do legislador de 1916, a jurisprudência nacional pouco a pouco passou a reconhecer efeitos aos concubinos, principalmente quanto a questões previdenciárias. Em 1964, o Supremo Tribunal Federal reconheceu efeitos obrigacionais a esta relação jurídica, tida como uma sociedade de fato, editando inclusive duas súmulas, com os seguintes verbetes:

> SÚMULA Nº 380 (DJUSTF 08.05.1964): Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.
>
> SÚMULA Nº 382 (DJUSTF 08.05.1964): A vida em comum sob o mesmo teto, more uxorio, não é indispensável à caracterização do concubinato.

Finalmente, a Constituição Federal de 1988 reconheceu, no artigo 226, parágrafo 3º, a união estável (não mais concubinato) como entidade familiar, dizendo que "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". Assim, a família deixa de ser constituída apenas pelo vínculo jurídico para ser reconhecida pelo ordenamento quando presente o *intuitu familiae*. Nesse sentido, explicam os Professores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

> Ora, seja o casamento, seja a união estável, seja qualquer outro modelo de família, certo é que toda e qualquer entidade familiar está, sempre, fundada na mesma base sólida: o afeto. E não se justifica, por certo, discriminar realidades idênticas – todas lastreadas no amor e na solidariedade recíproca, com vistas à realização plena de seus componentes [...].
>
> Observe-se, inclusive, que tratar de forma discriminatória a união estável implicaria negar o papel promocional da família e, consequentemente, atentar contra a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes. Não é crível, nem admissível, que as pessoas sejam obrigadas a casar somente para adquirir mais direitos. A opção pelo casamento, pela união estável, ou seja lá pelo que for, não pode implicar na aquisição de mais ou menos garantias jurídicas. (FARIAS & ROSENVALD, 2015, p. 316).

No entanto, parte da doutrina, à época, sustentava que tal dispositivo constitucional não era autoaplicável, necessitando de regulamentação infraconstitucional para que produzisse seus efeitos. Assim, foram editadas duas leis para regulamentar a união estável, quais sejam, a Lei nº 8.971/94 e a Lei nº 9.278/96.

A Lei nº 8.971/94 garantiu aos companheiros os direitos a alimentos e à sucessão, praticamente nos mesmos moldes do que fora garantido ao cônjuge pelo Código Civil de 1916. Quanto à sucessão, tanto o companheiro quanto o cônjuge, enquanto não constituíssem nova união, tinham direito ao usufruto de quarta parte dos bens do *de cujus*, se houvesse filhos deste ou comuns, de metade dos bens do *de cujus*, se não houvesse filhos, embora existissem ascendentes, ou à totalidade da herança, na falta de descendentes e ascendentes (art. 2º da Lei nº 8.971/94 e art. 1.611, § 1º, do Código de 1916).

A única diferença entre as duas espécies ocorria no caso de o casamento ter sido realizado sob o regime da comunhão universal, hipótese na qual era garantido ao cônjuge sobrevivente, enquanto vivo e permanecesse viúvo, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que fosse o único bem daquela natureza a inventariar, isso sem prejuízo da participação que lhe cabia na herança, nos termos do art. 1.611, § 2º, do Código Civil de 1916. A Lei nº 9.278/96 veio conferir ao companheiro também o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Já o Código Civil de 2002, ao contrário das leis supracitadas, prejudicou os conviventes de união estável, em especial no Livro do Direito das Sucessões. Em primeiro lugar, nota-se que o direito sucessório do companheiro vem disciplinado nas Disposições Gerais do Livro (art. 1.790), fora do Capítulo da Ordem da Vocação Hereditária, onde é tratado o direito sucessório do cônjuge.

Diferente da Lei nº 9.278/96, o Código não contemplou o companheiro com o direito real de habitação, ao contrário do que ocorre com o cônjuge, que teve seus direitos ampliados pelo Código Civil, assegurando esse direito independente do regime de bens, quando o Código Civil de 1916 o reconhecia apenas no regime da comunhão universal de bens.

Outra diferenciação entre cônjuge e companheiro era que o art. 1.790 afirma que a sua sucessão ocorrerá apenas "quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável", restrição não aplicada na sucessão do cônjuge e sequer encontrada na Lei nº 8.971/94, ou seja, infere-se que, ao contrário do cônjuge, o companheiro herdará

sobre os bens dos quais já é meeiro, não tendo qualquer direito a respeito dos bens privados do *de cujus*, e impossibilitando a escolha do regime de bens a que se refere o art. 1.725 do Código:

> se "as disposições contidas no art. 1.790 impedem que a sucessão dos companheiros se opere de forma diversa do então perfilhado, mesmo que eleito regime diverso da comunhão parcial de bens pelos companheiros, a sucessão se dará invariavelmente em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da relação" (DINIZ, 2008, p. 698).

Em virtude disso, "poderá ocorrer a concorrência do companheiro com o Poder Público, com relação aos bens particulares deixados pelo falecido" (DINIZ, 2008, p. 700), situação que era inaplicável ao cônjuge, ante o teor do art. 1.838.

Outro ponto de diferenciação dizia respeito ao fato de o art. 1.790 não qualificar o companheiro como herdeiro necessário, diferente do que ocorre com o cônjuge, e determinar diferenciação quanto à concorrência sucessória entre o companheiro e os descendentes do falecido. Nos termos do art. 1.790, se o companheiro "concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho", e, "se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles". Enquanto para o cônjuge não há tal distinção, tendo o Código estipulado regra única de que o viúvo terá sempre direito a quinhão igual ao dos descendentes. Situação semelhante é verificada na concorrência sucessória entre o companheiro e os ascendentes do falecido:

> Em concorrência com os ascendentes, do mesmo modo se manifesta a diferença. É que, neste caso, ao cônjuge tocará quota igual à dos ascendentes de primeiro grau ou a metade da herança, se vivos ascendentes de grau superior, ao passo que ao companheiro é reservado tão-só, um terço do patrimônio adquirido onerosamente na constância da união. (DINIZ, 2008, p. 699).

Ainda quanto à análise das concorrências sucessórias, o Código assegura ao cônjuge sempre uma quota não inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer, garantia esta não prevista para o companheiro. Além disso, se o companheiro concorrer, por exemplo, com um parente colateral em 4º grau do falecido (primo), este herdará mais do que o companheiro.

Nenhuma dessas diferenciações é mais válida desde que o STF decidiu, em 10 de maio de 2017, por 7 votos a 3, com repercussão geral, que a união estável e o

casamento possuem o mesmo valor jurídico em termos de direito sucessório, tendo o companheiro os mesmos direitos a heranças que o cônjuge.

Em seu voto, o ministro Luís Roberto Barroso explica que: "No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil de 2002".

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, buscou-se analisar as instituições casamento e união estável como mercado, com base na Análise Econômica do Direito, para entender suas diferenças e o que faz as pessoas optarem por um ou por outro quando desejam se unir.

Assim, considerando que a teoria econômica entende que os indivíduos agem por meio de decisões racionais que visam a maximizar seu bem-estar, buscando as melhores alternativas e benefícios possíveis, identificou-se que, juridicamente, não há argumentos que façam os indivíduos optarem por um ou outro instituto, já que eles são equiparáveis constitucionalmente. No entanto, outras questões como religião, processos psicológicos, necessidade ou vontade de perpassar rituais, filhos, comodidade gastos financeiros, entre outros, podem influenciar na opção por um ou outro.

De todo modo, nota-se uma tendência a desburocratização e desformalização desse tipo de relação, na medida em que as mais altas cortes já entendem que aqueles que simplesmente decidem viver juntos têm os mesmos direitos e obrigações daqueles que formalizam essa vontade. Nesse sentido, o casamento, que é negócio jurídico, passa ter menor custo-benefício, uma vez que possui mais custos de transação e os mesmos benefícios. Já a União Estável, que é mero ato jurídico, passa a ser tendência, pelo menos para aqueles que optam pela comunhão parcial de bens. Para os que optam pela comunhão universal ou separação total de bens, ainda é preciso formalizar um documento, seja em casamento seja em união estável.

Referências:

BECKER, G.S. **The economic approach to human behavior.** Chicago: The University of Chicago, 1976.

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

BERGER, P. & KELLNER, H. Marriage and the construction of reality. In: P. H. Dreiazel. (Org.). **Recent sociology.** New York: The Mac Millow Company, 1970.

BIRD, F. The Contemporary Ritual Milieu. In: BROWNE, R. B. (Ed.). **Rituals and Ceremonies in Popular Culture**. Bowling Green, OH: Bowling Green University Popular Press, 1980, p. 19-35.

BOSSARD, J. H. S.; BOLL, E. S. **Ritual in Family Living**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1950.

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

CARTER, B., & MCGOLDRICK, M. **As mudanças no ciclo de vida familiar** – Uma estrutura para a terapia familiar (2. ed., M. A. V. Veronese, Trad.) Porto Alegre, RS: Artes Médicas, 1995.

COHEN, Lloyd R. Marriage: The long-term contract. In: DNES, Antony W.; WOWTHORN, Robert (edit.). **The Law and Economics of Marriage and Divorce**. Cambridge: Cambridge Press, 2002

DINIZ, Carine Silva. A Salvaguarda dos Direitos dos Cônjuges e dos Companheiros na Perspectiva Civil-Constitucional. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leit (coords.). **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões.** Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008, pp. 689-713.

DURKHEIM, Émilie. **O Suicídio**, Estudo de Sociologia. Trad. Mônica Stahel. São. Paulo: Martins Fontes, 2000.

ERIKSON, E. H. **Toys and Reasons**: Stages in the Ritualization of Experience. New York: W. W. Norton, 1977.

ERIKSON, E. H. **The Life Cycle Completed**. New York: W. W. Norton, 1982.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Famílias, v.6, 7ª Edição.** Rio de Janeiro: Juspodivm, 2015.

FERÉS-CARNEIRO, T. **Psicoterapia de casal**: a relação conjugal e suas repercussões no comportamento dos filhos. *Arquivos Brasileiros de Psicologia*, 32, pp. 51-61, 1980.

FERÉS-CARNEIRO, T. **Diferentes abordagens em terapia de casal**: uma articulação possível ? *Temas em Psicologia*, 2, pp. 53-63, 1994.

FERÉS-CARNEIRO, T. **Casais em terapia**: um estudo sobre a manutenção e a ruptura do casamento. *Jornal Brasileiro de Psiquiatria*, 44, pp. 67-70, 1995.

FOUCAULT, M. **História da sexualidade I**. Rio de Janeiro: Graal, 1977.

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.

GIDDENS, A. **A Transformação da intimidade**: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas. São Paulo: UNESP, 1992.

GOTTMAN, J. M. **Why marriages suceed or fail**. New York: Simon & Schuster, 1954.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Censo Brasileiro de 2010**. Rio de Janeiro: IBGE, 2012.

LEVI-STRAUSS, C. **Les structures élémentaires de la parenté**. Paris: La Haye, 1968.

LEVI-STRAUSS, C. **The Savage Mind**. Chicago: University of Chicago Press, 1962.

MAGALHÃES, A. S. **Individualismo e conjugalidade**: um estudo sobre o casamento contemporâneo. Dissertação de Mestrado. Curso de Pós-graduação em Psicologia Clínica, PUC-Rio. 1993.

MORGAN, S. Philip. Thinking about demographic family differences. In: CARLSON, M. and ENGLAND, P. **Changing Families in and Unequal Society**. Palo Alto, CA: Stanford University Press, 2011.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. v. 6. direito de família. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é "Direito e Economia". *In:* TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito & Economia**. 2ª ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 49-61.

SMITH, Ian. **The Law and Economics of Marriage Contracts.** Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=416650. Acesso em: 28 de abril de 2017

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

TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.