

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

— MIGUEL REALE e JUDITH MARTINS-COSTA

I. Dos pressupostos culturais do fenômeno sucessório e de sua interpretação. A) O culturalismo como base teórica do Código Civil. B) A sucessão como continuidade da personalidade do morto: dados antropológicos e históricos. II. A hermenêutica civil-constitucional do art. 1.829, I, do Código Civil. A) A imprescindibilidade da atividade hermenêutica e ultrapassagem do brocardo *in claris fit interpretatio*. B) Critérios para a interpretação do art. 1.829, I, do Código Civil. III. Síntese conclusiva e resposta aos quesitos propostos.

DIREITO CIVIL. Sucessões. Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Pacto Antenupcial de Separação Total de Bens e de Frutos. Código Civil, art. 1.829, inciso I. Interpretação. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial.

Parecer oferecido aos Doutores Sebastião Ferreira e Ricardo da Cunha Ferreira

CONSULTA

Os ilustres Colegas, Doutores SEBASTIÃO FERREIRA e RICARDO DA CUNHA FERREIRA dão-nos a honra de encaminhar Consulta redigida nos seguintes termos:

"Trata-se de processo de INVENTÁRIO, Autos n. (...), em trâmite na Comarca de (...), dos bens deixados por E.B.T.

O de cujus casou-se TRÊS VEZES.

Do primeiro casamento, com a Sr.^a S.H.T, teve dois filhos: M.T (inventariante) e C. T. Em segundas núpcias com a Sr.^a M. A. S., com quem viveu cerca de 10 (dez) anos, teve seus outros dois filhos: S. S. T, 17 anos; e A. S. T, de 12 anos de idade.

Seu último casamento ocorreu recentemente em 06 de junho de 2003, quando se

casou com M. V. não sem antes firmar pacto ANTI-NUPUCIAL, em que expressamente fixaram o regime de SEPARAÇÃO DE BENS.

Embora evidente, é primordial observar que, quando casou pela terceira vez, E.B.T. JÁ TINHA FORMADO TODO O SEU PATRIMÔNIO, azeiteado através de uma vida de muito trabalho. Igualmente preponderante é o fato de que a Sr.ª M. V., além de igualmente já separada judicialmente, possuía patrimônio próprio quando do casamento com o de cujus, razão pela qual optaram pelo regime de separação.

E.B.T. faleceu em (...), tendo o casamento, portanto, durado pouco mais de um ano. Todavia, através da petição de fls., a Sr.ª M. V. requereu — a condição de herdeira e participação na divisão dos bens deixados pelo falecimento do pai dos herdeiros. Sustenta seu pedido em sua interpretação do art. 1.829, inc. I do Código Civil, concluindo que o regime de bens adotado (separação de bens e de frutos), não a afasta da vocação hereditária, por força do instituto da *concorrência sucessória*, previsto no referido dispositivo.

Obviamente, os herdeiros manifestaram-se contrários ao pedido (fls. 262/291), por entenderem incabível a pretensão da Sr.ª M. V.

O PRINCIPAL FUNDAMENTO DESSE POSICIONAMENTO ESTÁ AMPARADO EM ENTENDIMENTO DO PROF. DR. MIGUEL REALE, exposto em sua obra *Estudos Preliminares do Código Civil* (São Paulo: RT, 2003, págs. 63 e ss.), onde a questão é enfrentada e resolvida de forma magistral.

Contudo, para surpresa dos herdeiros, a manifestação do Ministério Público (fls., e posteriormente às fls.), ocorrida em virtude da existência de herdeiros menores, foi flagrantemente equivocada, para se dizer o mínimo, chegando a Sr.ª Promotora ao ponto de alegar que o desfecho do caso restringe-se à aplicação literal da lei.

Desse modo, considerando todos os elementos propostos, bem como a polêmica que gravita em torno da redação do art. 1.829, inciso I do Novo Código Civil;

Considerando ainda o entendimento já manifestado pelo Prof. Dr. MIGUEL REALE sobre a matéria, proferido do alto de sua ímpar envergadura intelectual e moral, tido com razão como um dos maiores juristas brasileiros e portador da legitimidade exclusiva de ter sido autor do Anteprojeto do Novo Código, além de Presidente da Comissão Elaboradora e Revisora;

Temos a honra de encaminhar a cópia na íntegra dos Autos n.º (...), em curso perante o r. Juízo de Direito da Comarca de (...), para que, arriado nas questões fáticas ali consignadas, solicite a Vossas Senhorias a elaboração de PARECER quanto ao caso relatado, contemplando os seguintes

QUESTÕES

1) Qual o sentido e alcance do regime de SEPARAÇÃO DE BENS (CC, art. 1.687), e por que existe conflito entre a natureza jurídica desse regime e o pedido da Sr.ª M. V. no caso vertente?

2) É possível afirmar que existe uma inexistência na redação do inciso I do art. 1.829 do NCC?

3) Estão corretas as assertivas propostas às fls. 317/327 dos Autos? Para o adequado desfecho da lide, basta a aplicação literal do inciso I do art. 1.829 do NCC?

4) No caso concreto, a Sr.ª M. V. casada sob regime de separação total de bens e de frutos, cujo matrimônio perdurou por quinze meses, sem que nenhum bem tenha sido adquirido na constância da convivência comum, tem direito a herança em concorrência com os descendentes?"

Respondemos em separado.

PARECER

A matéria tratada nesse parecer é exclusivamente de Direito, importando a hermenêutica a ser conferida à regra do art. 1.829, inciso I, do Código Civil. Assim sendo, voltaremos nossa atenção, primeiramente, para os pressupostos da interpretação em matéria sucessória (Primeira Parte) e, em segundo lugar, para as diretrizes da interpretação dos negócios jurídicos sucessórios no Código Civil (Segunda Parte), finalizando, já em chave conclusiva, com a nossa proposição hermenêutica e a resposta pontual aos quesitos (Terceira Parte).

I Parte — Dos pressupostos culturais do fenômeno sucessório e de sua interpretação.

Os princípios e regras do Código Civil de 2002 estão embasados numa concepção culturalista da experiência jurídica (A). Ter presente essa concepção é fundamental para aclarar os pressupostos culturais dos princípios e regras de Direito sucessório (B).

A) O culturalismo como base do Código Civil

1. Como reiteradamente tivemos oportunidade de esclarecer, o Código Civil ora vigente não pode ser compreendido com abstração dos paradigmas culturais que conduziram à

o fenômeno sucessório como a *continuação em outrem de uma relação jurídica* que cessou para o respectivo sujeito, isto é, como a projeção, no tempo, da personalidade do morto.

Esse é um dado cultural que se pode verdadeiramente como “invariante axiológica” revelada pela Antropologia e pela História (assim podendo ser, ao menos na cultura ocidental, até mesmo uma “invariante antropológica”). Como tal sua compreensão é relevante para a interpretação das regras jurídicas que disciplinam a sucessão, mormente para a redação do inciso I do art. 1829 do Código Civil, cuja redação — já o dissemos — foi “manifestamente infeliz”.

B) A sucessão como continuidade: dados antropológicos e históricos

4. Nas palavras de PONTES DE MIRANDA o fenômeno sucessório apresenta-se em todas as partes do Direito Civil como a *continuação em outrem de uma relação jurídica*⁷ que cessou para o respectivo sujeito. A continuidade é patrimonial, e não só: a tutela aos direitos de personalidade do morto (de sua honra, de seus direitos autorais extra-patrimoniais, de sua imagem, a própria proteção jurídica ao túmulo) revelam, como privilegiados prismas, verdadeiras inscrições indelevelmente feitas em nosso código antropológico.

5. No primitivo Direito Romano, registra SCHULTZ, era muito difundida a idéia,

“de que el padre sobrevive en sus hijos y como éstos son sus herederos el padre se dice, perdura en éstos. Según esta concepción el heredero es un continuador corporal de su padre y perpetúa la personalidad de éste”⁸.

Na linguagem clássica suceder (*succedere*) significa ocupar o lugar anteriormente ocupado por outra pessoa ou coisa⁹. Desta significação simbólica inicial partiu toda racionalização

6 O Código Civil após um ano de vigência. In REALE, Miguel; REALE JR., Miguel e FERRARI, Eduardo Reale (orgs.). *Experiências do Direito*. Campinas, SP: Millenium Editora, 2004, p. 8.

7 “Sucede-se em dívidas, como em direitos. Em obrigações, como em pretensões. Em situações passivas nas ações, como em situações ativas”. PONTES DE MIRANDA. F. *Comentário do Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello, 1930, v. 1 — *Tratado dos Testamentos*, p. 179. Acentuando esse traço, OLIVEIRA LEITE, Eduardo. *Comentários ao Novo Código Civil*. Livro V - arts. 1.784 a 2.027. Do Direito das Sucessões. Vol. XXI — Rio de Janeiro, Saraiva, 2003.

8 SCHULTZ, Fritz. *Derecho Romano Clásico*. Tradução espanhola de José Santa Cruz Teijeiro. Barcelona, Bosch, 1960, p.204.

9 SCHULTZ, Fritz. *Derecho Romano Clásico*. Tradução espanhola de José Santa Cruz Teijeiro. Barcelona, Bosch, 1960, p.201.

concepção do direito como experiência, daí resultando a necessidade de concreção das regras normais, polarizadas por valores que adquirem entidade na experiência concreta da vida civil. Segundo essa concepção, os dados culturais não podem ser afastados na formulação das “situações normadas”, de modo que a **idéia de o fenômeno sucessório consistir na profecção da personalidade do morto** informa cultural e juridicamente a sua interpretação plina jurídica.

2. Com efeito, o que caracteriza o culturalismo é a adoção da noção de cultura como “paradigma central” nos domínios das ciências humanas. Por essa via a cultura se apresenta como um verdadeiro a priori do conhecimento e da ação humanas², isto é, como o filtro que define a nossa forma de ser, de conhecer, de compreender, de sentir e de regular as nossas relações, inclusive juridicamente³. Ora, toda a cultura é histórica, constituindo, sempre, um processo de realização de valores⁴ que se compõem, continuamente, na dimensão do tempo cultural⁵. Por essa razão, mormente quando o Direito trata de experiências existenciais fundamentais — como é o caso da morte — é importante ter presente como essas experiências foram e são objetivadas culturalmente, uma vez que essa objetivação será traduzida, inúmeras vezes, em regras jurídicas.

3. Pois bem: a morte é um fato biológico que, todavia, *nunca foi apreendido culturalmente apenas como tal*. O ser humano trabalha culturalmente esse fato biológico, de modo que, nas variadas épocas históricas, revela-se o fenômeno (antes de tudo simbólico) da sucessão como a continuação do morto em outrem.

Daí a razão de ter o Direito — forma cultural por excelência — apreendido e construído

1 O culturalismo não constitui uma escola filosófica, mas representa antes um movimento que se distingue por situar a cultura no foco central de apreciação das ciências humanas, tendo a idéia de pessoa como valor-fonte de todos os valores existenciais. (Assim os nossos REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*, São Paulo, Saraiva, 1968; e, sobre o culturalismo, MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2002, pp. XIV-XV).

2 REALE, Miguel, *O Homem e seus Horizontes*, São Paulo, Topbooks, 2ª edição, 1997, p. 25.

3 MARTINS COSTA, Judith. Culturalismo y Experiencia en el nuevo Código Civil. In: ALTERNI, A. e NICOLAU, Noemí. *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*. Buenos Aires, La Laey, 2005, pp. 125-144.

4 REALE, Miguel, *Paradigmas da Cultura Contemporânea*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 6.

5 Assim o nosso Direito e Cultura: entre as veredas da existência e da história, em *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil*, MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson, São Paulo, Saraiva, 2002.

10. A vinculação entre a proteção da personalidade do morto com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana tem importância decisiva para o deslinde do caso posto na nossa apreciação, possibilitando uma interpretação do art. 1.829, I, do Código Civil em acórdão à Constituição e às próprias diretrizes teóricas do Código Civil. É do que agora cuidaremos.

II Parte. A hermenêutica civil-constitucional do art. 1829, I, do Código Civil

A Ilustre Promotora de Justiça substituta afirma a *lis*, o seu entendimento pelo qual sendo a lei "clara, explícita", não cabe "qualquer outra interpretação que não a literal", "sequer a sistemática, pois não se deve ler o que não está escrito". Esse argumento não é cientificamente sustentável. Por essa razão procuraremos expor, em breves linhas, no que consiste a atividade hermenêutica (A) e quais os cânones que se mostram adequados para a interpretação do mencionado texto legal (B).

A) A imprescindibilidade da atividade hermenêutica e a ultrapassagem do brocardo "in claris fit interpretatio".

11. Conquanto tenha sido considerada, por muito tempo, um método de "extração do sentido" e de "determinação do alcance" de uma significação que seria imanente a certo texto, a tarefa hermenêutica é hoje considerada "momento normativo-constitutivo da verdadeira realização do direito"²⁰, situando-se constitutivamente, no plano da própria normatividade²¹. A Teoria Hermenêutica deixou assente, no decorrer do séc. XX, serem inseparáveis o momento hermenêutico e o momento normativo²² bem como distintas são as acepções

dición Histórico-Dogmática. Tradução espanhola, Barcelona, Ariel, 1987, p.27. Referências ao "caso Mephisto" também em MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998, pp. 87-89.

20 CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*. Coimbra Editora. Coimbra, 1993, p. 15.

21 CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Metodologia Jurídica Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 142.

22 Como registra CASTANHEIRA NEVES, "o problema da interpretação não é hermenêutico, mas normativo". CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Metodologia Jurídica Problemas Fundamentais*. Coimbra:

das palavras norma e texto normativo, o texto é objeto da interpretação, a norma é o resultado da interpretação"²³. Como requiriu o Ministro EROS GRAU, do STF:

"As disposições, os enunciados, os textos, nada dizem; somente passam a dizer algo quando efetivamente convertidos em normas (isto é, quando — através e mediante a interpretação — são transformados em normas). Por isso as normas resultam da interpretação e podemos dizer que elas, enquanto disposições, nada dizem — elas dizem o que os intérpretes dizem o que elas dizem"²⁴.

É por esta razão que se afirma que as normas não "existem" como entidade verdadeiramente normativa antes do momento da interpretação, que é sempre contextual, pois toda a ciência jurídica "si constituye contextualmente"²⁵.

12. Como resultado dessa construção científica levada a efeito no último século, foi suplantado o vetusto brocardo "in claris fit interpretatio", de origem medieval. Esse brocardo, aliás, desde o Medievo era já combatido por outras máximas jurídicas, por exemplo, aquela atribuída ao jurista CELSO, segundo a qual "scire legis non hoc est, verba earum tenere, sed

Coimbra Editora, 1993, p. 143. Por sua vez, EROS GRAU explica que interpretação é aplicação prática do direito, isto é: não existe um terreno composto de elementos normativos (= direito objetivo), de um lado, e, de outro, um terreno composto de elementos reais e empíricos. Assim, a norma é produzida pelo intérprete não apenas a partir de elementos colhidos no texto normativo, mas também a partir de elementos do caso ao qual ela será aplicada (GRAU, Eros. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, X). Leia-se ainda AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios — da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo, Malheiros, 2004, p. 22 e ss.

23 Essas notas sintetizam o que escrevemos em MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada Código Civil brasileiro. In *Novo Código Civil — Questões Controvertidas*. Vol. IV. São Paulo, Método, 2005, no qual nos valemos ainda de REALE, Miguel. A Teoria da Interpretação Segundo Tullio Ascarelli, in *Questões de Direito*, Sugestões Literárias, São Paulo, 1981, p. 9. No mesmo sentido: GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 71, com feita indicação da doutrina estrangeira.

24 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo Malheiros, 2002, p.p. 72-73.

25 VIOLA, F., e ZACCARIA, F. *Diritto e Interpretazione — Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Roma: LATERZA, 1999, p. 428.

vim ac potestatem", isto é: "saber as coisas não é conhecer-lhes as palavras, porém a sua força e poder".

Porém, a definitiva ultrapassagem do *in claris decoreu* da contribuição da Teoria Hermenêutica ao evidenciar que a própria consideração acerca da "clareza" ou da "obscuridade" de um texto é também — e antes de tudo — o resultado de uma interpretação. Em outras palavras: dizer que certo texto é claro ou que não é claro não constitui uma atividade intelectual precedente à interpretação, mas é já um seu produto ou conclusão.

13. Compreendida a natureza do ato (*rectius*: processo) hermenêutico, é bem de ver que os chamados "métodos" da interpretação nada mais constituem que critérios a que recorre o intérprete para diminuir o subjetivismo da interpretação, ancorando-a em determinadas amarras. Estas amarras hão de ser dadas pelo sistema, razão pela qual é no sistema jurídico — isto é, na Constituição e no próprio Código Civil — que deveremos buscar os critérios que nos convencerem da adequação da pretensão deduzida pelos Consulentes em face do ordenamento jurídico brasileiro.

B) Critérios para a interpretação do art. 1.829, I, do Código Civil

13. Ao nosso modo de ver, os critérios informativos do art. 1.829, I, do Código Civil estão em princípios da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana, e os seus corolários no plano negocial, quais sejam, o princípio da autonomia privada e da consequente auto-responsabilidade, bem como o da confiança legítima, matriz da boa-fé); e em diretrizes do Código Civil, de modo especial as diretrizes da sistematicidade e da coerência axiológica do Ordenamento, esta última como expressão da eticidade.

14. O princípio da dignidade da pessoa humana implica em reconhecer-se aos seres humanos a capacidade para a autodeterminação, pois não há dignidade na completa heteronomia, que é escravidão. A autodeterminação constitui-se numa questão filosófica fundamental, qual seja a do exercício da liberdade humana. Uma das formas de expressão jurídica da liberdade é, no campo negocial, o princípio da autonomia privada. Essa é entendida, acertadamente, como,

"um dos princípios fundamentais do sistema de direito privado, num reconhecimento da existência de um âmbito particular de atuação com eficácia normativa. Trata-se da

projeção, no direito, do premissalísmo ético, concepção axiológica da pessoa como centro e destinatário da ordem jurídica privada, sem o que a pessoa humana, embora fortemente revestida de titularidade jurídica, nada mais seria do que mero instrumento a serviço da sociedade"²⁶.

15. A ligação entre os princípios da liberdade, autonomia privada, auto-responsabilidade e dignidade da pessoa humana é, pois, evidente. A dignidade afirma-se pela liberdade; essa se exercita, no campo negocial, pela autonomia. É correlata necessária da autonomia privada a imputação responsável pelos próprios comportamentos (auto-responsabilidade). Por outro lado, os atos de autonomia — como os negócios jurídicos — se desenvolvendo na vida social, constituem-se como atos geradores de uma legítima confiança no *alter*, seja no destinatário da declaração, seja em terceiros eventualmente afetados por ela.

Essas correlações foram muito bem postas em acórdão do SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA de Portugal, como segue:

"O princípio da autonomia privada é tutelado constitucionalmente e liga-se ao valor de autodeterminação da pessoa, à sua liberdade, como direito de conformar o mundo e conformar-se a si próprio, estando internamente ligado à idéia de auto-responsabilidade, devendo combinar-se com outros, como, por exemplo, o princípio da proteção de segurança no tráfico jurídico"²⁷.

Por isso, esclarece Francisco Amaral,

"Sob o ponto de vista técnico, a autonomia privada é um verdadeiro poder jurídico de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas próprias. Opera também como um princípio informador do sistema, isto é, como um princípio aberto, no sentido de apresentar-se não como norma de Direito, mas como a idéia diretiva ou justificadora da configuração e funcionamento do próprio sistema jurídico"²⁸.

26 AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito Civil — Introdução*. 5ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 348, grifamos.

27 Supremo Tribunal de Justiça, Acórdão de 9 de julho de 1998, Processo nº 678/98, 1ª seção. Boletim do Ministério da Justiça de Portugal, nº 479, outubro de 1998, p. 580.

28 AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Autonomia privada, Revista do CEJ: Centro de Estudos Jurídicos*, Brasília, Conselho da Justiça Federal, set/dez 1999, n.9, p.26 e 27, grifamos.

Para além de consistir uma forma de poder normativo (poder negocial) e um princípio jurídico, a autonomia privada funciona ainda como cânone interpretativo. Nesse caso, diz ainda AMARAL,

"aponta o caminho a seguir na pesquisa do sentido e alcance da norma jurídica. O princípio da autonomia privada cria a presunção de que, em matéria de direito patrimonial, as disposições legais apresentam natureza dispositiva ou supletiva"²⁹.

16. Expressou ato de autonomia conjuntamente exercida por E.B.T. e por sua terceira esposa, M. V., o pacto antenupcial firmado por ambos, em que estabeleceram a total incommunicabilidade dos seus bens. Para além do princípio da autonomia privada incide, à espécie, o princípio da confiança, acolhido na Parte Geral do Código Civil e, portanto, aplicável à totalidade dos negócios jurídicos, inclusive de Direito de Família.

Já possuindo E.B.T. e Sra M. V. — cada um deles — património constituído na época em que se casaram, bem como filhos de matrimónios anteriores, decidiram, livre e conjuntamente, tudo deixar regulado e estabelecido no pacto, instrumento que constitui o estatuto regulatório das relações patrimoniais entre o casal e, também, do casal para com terceiros³⁰.

Com efeito, é objetivo do pacto antenupcial, como instrumento jurídico que é, a **organização das relações patrimoniais entre os cônjuges**.

Essa organização ocorre por meio de um ato negocial e, assim sendo, atrai a incidência dos princípios reitores dos negócios jurídicos.

17. O vigente Código Civil (incidente à espécie na forma de seu art.2.035) acolheu uma noção de declaração negocial informada pelo princípio da confiança (art.112 c/c art. 113), que valoriza o aspecto social da declaração ("intenção consubstanciada na declaração", ex vi do art. 112³¹). Como observamos em outra sede, a noção de Negócio Jurídico particularizada pela atenção à confiança legitimamente despertada nos parceiros contratuais e nos demais membros da comunidade pelas declarações e pelo comportamento negocial, estando

29 AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Autonomia privada, Revista do CEJ: Centro de Estudos Jurídicos*, Brasília, Conselho da Justiça Federal, set./dez. 1999, n.9, p.26 e 27, grifamos.

30 CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. 2ª ed., rev. e actual., Coimbra: Almedina, 2003, p. 46.

31 LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado. Parte Geral*. Vol. 1. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 306 e ss.

posta na Parte Geral do Código Civil, ilustra a **quaisquer atividades negociais**. A vinculação pela confiança ainda mais, se acritica quando o negócio jurídico é de índole contratual uma vez que, então, situa o Código a conduta segundo a boa-fé e a probidade como fonte de valores contratuais de comportamento (art. 422)³².

O deslizamento em direção à confiança como fundamento dos negócios jurídicos, esclarece MOTA PINTO, em seu aprofundado estudo, conquanto tenha raízes já nos autores dos finais do séc. XIX, afirmou-se, nos finais do séc. XX, pela idéia de a responsabilidade do declarante ser ligada à geração de expectativas³³. A doutrina civilista observa:

"o Direito tutela (e cristaliza) o negócio jurídico pela *necessidade de proteger a confiança* que ele suscita nos destinatários e, em geral, nos participantes na comunidade jurídica. Tendo, voluntariamente, dado azo ao negócio, o declarante não pode deixar de ser responsabilizado por ele"³⁴.

Por essa razão, o Direito reage contra a conduta contraditória, inclusive vedando *venire contra factum proprium*, como afirmam doutrina e jurisprudência³⁵.

18. Como ato de autonomia lícitamente exercida, os negócios jurídicos constituem fontes normativas, o que denominamos de "fonte negocial"³⁶. Daí projetarem **força nor-**

32 MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um Direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. In: *Experiência do Direito*. (org.) REALE, Miguel, REALE JR., Miguel e FERRARI, Eduardo Reale. Millennium, São Paulo, 2004, p. 45.

33 MOTA PINTO, Paulo. *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 31.

34 MENEZES CORDEIRO, António M. *Tratado de Direito Civil Português — I — Parte Geral*, T. 1, Coimbra, Almedina, 2ª edição, 2000, p. 305, grifei.

35 BORDA, Alejandro. *La Teoría de los Actos Proprios*, Buenos Aires, Abelardo-Perrot, 3ª Ed. 2000, p. 53. Veja-se fecunda transcrição de jurisprudência em *Tratado de la Buena Fé en el Derecho* (org. CORDOBA, Marcos; GARRIDO CORDOBERA, Lidia; e KLUGER, Viviana). Buenos Aires: La Ley, 2004, T. II, p.p.450-610 e a jurisprudência brasileira que referimos em MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um Direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. In: *Experiência do Direito* (org.) REALE, Miguel, REALE JR., Miguel e FERRARI, Eduardo Reale. Millennium, São Paulo, 2004, p. 45. V. ainda o estudo monográfico de SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório. Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

36 REALE, MIGUEL (coordenador). *Modelos no Direito — para um novo paradigma hermenêutico*, São Paulo,

mativa que há de ser considerada não apenas pelas partes, mas também pelo Estado. Nesse sentido, a força normativa do pacto antenupcial como licito arranjo de interesses econômicos entre os nubentes há de ser considerada, em especial no momento hermenêutico.

19. De outro lado, em perspectiva econômico-financeira, o pacto antenupcial, que é negócio jurídico bilateral, se ampara em dois conceitos: o da separação e o de comunicação dos bens. Ambas — separação ou comunicação — podem variar em graus, desde a separação (ou comunhão) total até a separação (ou comunhão) parcial. Daí dizer-se que o princípio da liberdade, consectário da autodeterminação tem justamente no pacto antenupcial a sua expressão, pois esse só cabe quando a lei não impõe, coativamente, a escolha do regime.

Assim ocorre no Direito Civil brasileiro. A escolha do regime da separação total de bens não sendo sequer supletiva, mas absolutamente facultativa, expressa **ato de liberdade conjuntamente exercida**, obedecendo, como tal, ao regime contratual. Portanto, é esse justamente o regime no qual os princípios da autonomia privada e da confiança mais fortemente atuam como cânone hermenêutico.

20. Na doutrina mais recente, KARIME COSTALUNGA, traça as ligações inter-sistemáticas entre a dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental; a proteção da personalidade e da esfera da liberdade humana; bem como os princípios da exclusividade (Código Civil, art. 1.513, segundo o qual “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida, instituída pela família”) e do “livre exercício da vida privada”³⁷. Dessas conexões resulta a conclusão pela qual,

“Se facultar ao casal decidir sobre o regime de bens está em acordo com as premissas do princípio da exclusividade, conforme nos ensina Tércio Sampaio Ferraz, deveria, necessariamente, haver a coerente projeção dessa faculdade no Direito sucessório”³⁸.

Saraiva, 1994, e, “Para uma teoria dos modelos jurídicos”, in *Estudos de Filosofia e de Ciência do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1978.

37 COSTALUNGA, Karime. O art. 1.829 e a Constituição: proposta de uma análise estrutural e axiológica. In: Mário Luiz Delgado; Jones Figueirêdo Alves. (Org.). *Questões controvertidas no direito de família e das sucessões*. 1. ed. São Paulo, 2005, v. 03, p. 397-415.

38 COSTALUNGA, Karime. O art. 1.829 e a Constituição: proposta de uma análise estrutural e axiológica. In: Mário Luiz Delgado; Jones Figueirêdo Alves. (Org.). *Questões controvertidas no direito de família e das sucessões*. 1. ed. São Paulo, 2005, v. 03, p. 397-415.

Por isso propõe interpretação à mencionada regra de modo conjuncente “aos demais princípios e regras do Ordenamento”, de modo a evitar que por intermédio de uma interpretação meramente literal e assistemática, seja atingido o princípio da exclusividade; ferida “a livre autodeterminação em matéria patrimonial, contradizendo a própria finalidade do regime da separação de bens”; e “atingido, assim, direito de personalidade”³⁹.

21. Essa proposição não apenas se afina à função hermenêutica do princípio da autonomia privada assinalada por FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO. Também guarda atenção para com o princípio da confiança, que acima mencionamos e com o *princípio da coerência axiológica do Ordenamento*.

22. Com efeito, pensamos que não faria o menor sentido (i) assegurar-se constitucionalmente às pessoas a proteção de sua dignidade, na qual se inclui a autodeterminação; (ii) garantir-se a tutela de sua personalidade; (iii) possibilitar-se aos cônjuges a lícita escolha do regime da separação total de bens; (iv) facultar-se que expressem tal ato de autonomia em pacto antenupcial, dotado de publicidade e eficácia de oponibilidade perante terceiros; (v) alterar-se, respeitadamente ao Código de 1916, a regra relativa à outorga conjugal para a alienação de seus bens⁴⁰, dispensando-se a outorga conjugal quando da alienação ou constituição de ônus reais sobre imóveis; (vi) determinar-se, no Código, que a vida do casal é regida pelo “princípio da exclusividade”, sendo defeso a terceiros ou ao Estado interferir nas escolhas lícitamente feitas quanto aos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da “vida

39 COSTALUNGA, Karime. O art. 1.829 e a Constituição: proposta de uma análise estrutural e axiológica. In: Mário Luiz Delgado; Jones Figueirêdo Alves. (Org.). *Questões controvertidas no direito de família e das sucessões*. 1. ed. São Paulo, 2005, v. 03, p. 397-415.

40 VNERY JR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de Andrade Nery, *Código Civil Comentado e legislação extravagante*. 3ª. ed., revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, in verbis: “O sistema do novo Código, quanto ao regime de bens, *princípio por fixar regra absolutamente distinta da que existe para os casamentos celebrados sob a vigência do CC/1916*. Para os casamentos celebrados antes da vigência do novo Código prevalece a regra do CC/1916”. Igualmente, LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil Aplicado*. Volume 6 — Direito das Sucessões. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 363, in verbis: “Se o regime é de separação total de bens, *descabe a necessidade de autorização do outro cônjuge para dispor de seus bens, inclusive os imóveis*”. E VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil* — Direito das Sucessões. V. 4, São Paulo, Atlas, 2001, in verbis: “(...) o novo diploma aboliu a restrição quando o regime de bens entre os cônjuges é o da separação absoluta”.

familia; data, ao final, dar-se ao incluído no art. 1.829, inciso I, interpretação que contraria todas aquelas premissas e nega os efeitos práticos do regime de bens licitamente escolhido.

Creemos, mesmo, que tal interpretação contrariaria as “balizas de licitude” dos negócios jurídicos postas no art. 187 do Código Civil, de modo especial as da finalidade econômico-social do negócio e da boa-fé.

22.1. Certamente importaria em manifesta distorção da finalidade econômico-social do pacto antenupcial pelo qual se optou pela separação total, promover-se, *post-mortem*, e com base em exegese literal e assistemática de texto legal, a comunicabilidade dos bens que fora licitamente afastada no pacto antenupcial licitamente ajustado.

Acima aludimos às bases econômico-financeiras dos diferentes regimes de bens entre os cônjuges, referindo que tais bases estão centradas numa relação graduada entre comunicação e separação patrimonial. Como é por todos sabido, o regime da separação total, definido por ROGUIN como “le plus simples de tous”,

“consiste numa independência absoluta de dois esposos quanto a seus bens e suas obrigações”, cada um deles conservando “a propriedade, o gozo e a administração da fortuna presente e futura”⁴¹.

É que tal regime prevê que os patrimônios dos cônjuges permanecem comunicáveis, sob administração exclusiva de cada um dos cônjuges. Tanto assim é que, esclarece EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, aí existem “duas massas distintas: — os bens particulares do marido; — os bens particulares da mulher”⁴².

Ora, se o regime da separação total de bens estabelece uma “independência absoluta” dos cônjuges em relação a seus bens e obrigações daí decorrentes seria verdadeiramente discrepante entender-se que no momento sucessório a comunicabilidade se impõe à separação.

⁴¹ ROGUIN, Ernest. *Traité de droit civil comparé*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1905, v. 2 — le regime matrimonial, p. 759 No original: “Le régime de la séparation de biens à l'état pur est le plus simple de tous: il consiste alors dans une indépendance absolue des deux époux quant à leur biens et à leurs obligations. Chacun d'eux conserve la propriété, la jouissance et l'administration de la fortune présente et à venir; les contrats qu'il signe n'intéressent que lui, et les créanciers qu'il se donne ne peuvent attaquer que ses biens”.

⁴² LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil Aplicado*. Volume 6 — Direito das Sucessões. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 361.

tanto assim é que o Código, acertadamente, previu para os casados no regime da separação total por força de lei a não comunicação, respeitando, nesse ponto, a coerência lógica e analógica entre o disposto no plano das relações familiares (adoção de determinado regime de bens) e no plano das relações sucessórias. De outra forma, caberia a irônica observação de ASCENSÃO segundo o qual na sociedade atual, marcada pela efemeridade e multiplicidade dos vínculos matrimoniais, o casamento (como comunhão de bens) é verdadeiramente um **instituto mortis causa**⁴³...

Como o casamento não é um instituto *mortis causa*, mas uma forma de realização pessoal e de exercício da humana liberdade cabe, assim, a extensão analógica da solução de direito sucessório prevista para o regime da separação coativa também para o regime da separação voluntária de bens.

22.2. Por sua vez, a boa-fé, como emanção da lealdade que efetivamente é, estaria também sendo ferida. É que o regime da separação total, quando voluntário, decorre de uma afirmação formal da vontade de ambos os nubentes. Assim sendo, o nubente que voluntariamente escolheu o regime da separação total, formalizando-o em pacto antenupcial não pode, quando morto o seu consorte, valer-se de uma interpretação meramente literal para, no momento sucessório, contraditar ou desconsiderar a vontade lícita e formalmente emanada por ambos.

Recordemos que a boa-fé projeta-se, no plano contratual, nas fases da execução do contrato (Código Civil, art. 422) e mesmo na fase pós-contratual⁴⁴. O contrato expresso no pacto antenupcial no qual o Sr. E.B.T. e sua terceira esposa declararam a completa, total e absoluta separação de bens e de frutos, estaria sendo violado também pela interpretação que fizesse *tabula rasa* daquela mútua e solene promessa.

23. A interpretação literal e assistemática do inciso I do art. 1.829 violaria, ademais, a **diretriz da sistematicidade** que, como observou o parecerista que em primeiro lugar firma esse estudo, constitui — juntamente com as demais diretrizes — o travamento lógico e técnico, bem como a base da fundamentação ética do Código Civil⁴⁵, sendo, outrossim,

⁴³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil* — sucessões. 5 a ed. Coimbra, Coimbra Editora, p. 343.

⁴⁴ Para ulteriores indicações o nosso MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

⁴⁵ REALE, Miguel. *O Projeto de Código Civil* — Situação atual e seus problemas fundamentais, São Paulo, Saraiva, 1986, p. 3.

critério hermenêutico elementar: desde as famosas doze “*règles pour l’interprétation des conventions*” que POTHIER⁴⁶ formulou com base na sabedoria do *ius commune* tem-se que, num negócio jurídico, “uma cláusula se interpreta pelas outras”, como reza a sexta regra⁴⁷ daquele catálogo.

Hoje em dia é o Ministro EROS GRAU quem afirma:

“Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços.

A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele — do texto — até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo nenhum”⁴⁸.

Com efeito, a noção de sistema é essencial para assegurar a própria racionalidade do Direito, cabendo razão a HUMBERTO AVILA quando anota: “Quando se aplica, sem valorar sistemática e problemáticamente, não se aplica: distorce-se a finalidade concreta do Direito”⁴⁹.

24. Se assim é em relação a quaisquer textos legais, com muito mais razão o será no presente caso em que é patente a infelicidade da redação, uma vez que a solução ali prevista era destinada somente aos cônjuges casados pelo regime da comunhão parcial de bens ou pelo regime da separação total de bens.

Como tivemos a ocasião de explicitar anteriormente⁵⁰, a razão de o Código Civil não ter sido claro na matéria deveu-se, entre outros motivos, ao fato de o mesmo Código ter inovado na matéria, elevando o cônjuge à categoria de herdeiro necessário.

46 POTHIER, R. J. *Traité des Obligations*, Paris, 1835, pp. 53-54, n. 91 e ss. As regras a seguir transcritas estão em ALPA, G., FONSI, G. e RESTA, G., *L’interpretazione del contratto — Orientamenti e Tecniche della giurisprudenza*. Milão: Giuffrè, 2° ed., 2001, p.p. 16-20.

47 *In verbis*: “On doit interpréter une clause par les autres clauses contenues dans l’acte, soit qu’elles précèdent ou qu’elles suivent”.

48 GRAU, Eros. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, XVIII, grifamos.

49 AVILA, Humberto Bergmann. *Subsunção e concreção na aplicação do direito*. UFRGS. Inédito. Porto Alegre, 1994, pp. 55-56.

50 REALE, Miguel. *Estudos Preliminares do Código Civil*. São Paulo: RT, 2003, pp. 62-65.

Essa modificação encontra seu traço de ser em outra mudança — essa última, anterior pela qual o regime legal de bens, após ter seguido, durante décadas de anos, o regime de comunhão universal, no qual o cônjuge sobrevivente não concorria na herança, por já ser “meeiro”, foi alterado. Com o advento da Lei 6.515, de 21 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio), o regime legal da comunhão de bens no casamento passou a ser o da comunhão parcial.

Ampliado o quadro justamente na época em que elaborado o Projeto que viria a se tornar o novo Código Civil, pareceu adequado proteger o cônjuge, **sobretudo quando desprovido de recursos próprios**, mormente naqueles casos em que **a longa convivência matrimonial** não dispensava o esforço de ambos para a vida em comum. Nessas situações, poderia haver o risco de o cônjuge casado em separação parcial, nada herdar no tocante aos bens particulares do falecido, cabendo na herança por inteiro aos descendentes ou aos ascendentes. Dalá a idéia de tornar o cônjuge herdeiro no concernente aos bens particulares do autor da herança.

25. Só por essa razão o cônjuge se tornou herdeiro. Nada mais distante, todavia, da situação fática verificada no caso em que examinamos, na qual (i) não houve longa convivência, mas um casamento que durou meses; (ii) ambos já tinham construído, separadamente, patrimônios próprios; (iii) tendo deixado expressa a pactuação acerca da incomunicabilidade.

Assim, a razão que está nos prolegômenos históricos da inclusão do cônjuge como herdeiro necessário, não alcança nem pode alcançar os **que têm e decidiram ter patrimônio totalmente distintos**, mormente quando **a incomunicabilidade resulta da estipulação feita pelos nubentes**, antes do casamento, optando pela separação de bens.

Nesse caso, **a obrigatoriedade da separação de bens é uma consequência necessária do pacto concluído pelos nubentes**.

Por isso afirmamos que a expressão “separação obrigatória” não é aplicável somente nos casos relacionados no parágrafo único do art. 1.641, mas a quaisquer casos de separação total.

26. Conquanto o intérprete deva levar em consideração o dado linguístico — ponto de partida da atividade hermenêutica — essa consideração é, em ocasiões muito excepcionais, relativizada, permitindo-se o afastamento da *littera*, quando **evidente o erro de redação por parte do legislador**, conforme podem indicar dados históricos e a interpretação sistemática. Assim refere FRIEDRICH MÜLLER em sua excepcional obra *Juristische Methodik*. Não se nega,

de modo algum, que o texto constitui um elemento de "delimitação do espaço de um regime de concretização regular"⁵¹, porque afiouçado aos valores democráticos. Porém, em certas e raras ocasiões — justamente quando é inconteste o erro de redação — pode e deve o legislador textual ser relativizado, para superarem-se as antinomias sistemáticas (lógicas e axiológicas) a casos existentes⁵².

27. Essa conclusão ainda mais se impõe no caso concreto — repetimos — se tivermos presentes os seus efeitos, isto é: se o cônjuge casado no regime de separação de bens fosse considerado herdeiro necessário do autor da herança estaríamos ferindo substancialmente o disposto no art. 1.687, sem o qual desapareceria todo o regime de separação de bens, em razão de conflito inadmissível entre esse artigo e o art. 1.829, inc. I, fato que jamais poderia ocorrer numa codificação à qual é inerente o princípio da unidade sistemática.

51 MÜLLER, Friedrich. DISCOURS DE LA MÉTHODE JURIDIQUE. Tradução francesa de Oliver Jouvanjan. Paris, P.U.F., 1996, p. 240. Afirmando o valor democrático do texto como limite da concretização regular, ressalva a possibilidade da existência de um erro ("d'une erreur de rédaction incontestée") que tenha se introduzido no texto (mais atualizado em MÜLLER, F., Müller/Christensen, Juristische Methodik, 9.ª edição, vol. I, Grundlagen/Öffentliches Recht, Berlin 2004, p. 275).

52 Não por outra razão a Câmara dos Deputados, por sua Comissão de Seguridade Social e Família aprecia, presentemente, o Projeto de Lei n. 4.775, DE 2005, que "dá nova redação ao inciso I do artigo 1.829 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que "institui o Código Civil". (Autor: Deputado José Borba. Relator: Deputado Waldemir Moka, que apresentou parecer justamente apontando à contradição — sistemática e axiológica — que acima vimos evidenciando, anotando o Sr. Relator: "Tem razão, portanto, a proposição em tela, ao propugnar que há evidente incoerência no texto do inciso I do art. 1.829 do Código Civil, a descaracterizar o regime de separação de bens. É ponto pacífico que, nas hipóteses mostradas, a lei torna obrigatória a adoção do regime de separação de bens, de tal modo que, mesmo que os cônjuges desejassem adotar outro regime que permitisse a comunhão total ou parcial do patrimônio, não poderiam fazê-lo. E, tratando-se de separação obrigatória, não há dúvida, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário — circunstância essa que demonstra que a lei civil pretendeu proteger o patrimônio do cônjuge supérstite. Por que, então, é herdeiro necessário o cônjuge que voluntariamente — e não por força de regime obrigatório — optou pelo regime de separação de bens? Não há justificativa plausível para aquinhoar àquele que, por vontade própria, convencionou, em pacto antenupcial, adotar um determinado regime que, quando obrigatório, exclui a participação na herança deixada pelo cônjuge pré-morto. Concordando, pois, com as razões aduzidas na justificação, pelo ilustre Autor, e anotando que se trata, efetivamente, de aperfeiçoar o texto do Código Civil brasileiro, em benefício da família, voto pela aprovação do PL nº 4.775, de 2005; fazendo-o, contudo, na forma de um substitutivo, destinado a aperfeiçoar a redação da lei"). Grifos nossos.

Veja-se que o Código Civil, ao reunir os quatro (4) diferentes regimes de bens, destinou, a cada um deles, um capítulo próprio, de modo que a interpretação deve ser do conjunto do capítulo e não a exegese literal de uma oração intercalada de um texto normativo.

Assim sendo, entre uma interpretação que esvazia o art. 1.687 no momento crucial da morte de um dos cônjuges e uma outra que interpreta o art. 1829, inciso I de maneira complementar os dois citados artigos, não se pode deixar de dar preferência à segunda solução, a qual, ademais, atende à interpretação sistemática, essencial à exegese jurídica⁵³.

Compartilham desse entendimento NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NI RY, in verbis:

"[...] De fato, a solução do CC 1829 I não se coaduna com a finalidade institucional do regime jurídico da separação de bens no casamento."⁵⁴

28. Não há dúvidas, pois, que a interpretação sistemática do art. 1823, I — conjugadamente à dos arts 1.639 e 1.687, referentes à escolha do regime de separação total de bens; e aos direitos de personalidade, que são sempre "direitos ao respeito", como assinala LARENZ, leva a considerar que a "redação infeliz" do antes mencionado inciso I do art. 1829 deve ser **contornada por via hermenêutica**, ultrapassando-se a "letra" pela consideração ao "espírito" da lei expresso conjuntamente no sistema civil-constitucional brasileiro, como antes já assinalamos.

29. Com efeito, a "redação infeliz" acabou por não ensejar que restasse expressa no texto legal a exclusão, no rol dos herdeiros necessários, daqueles casados voluntariamente pelo regime da separação total de bens, deixando de fora tão somente os que casaram com separação total por imposição legal.

Porém, é evidente que haveria quebra da unidade sistemática do Código a não-extensão, por analogia (*eadem ratio*), da solução dada aos casados em separação total de bens por imposição legal. Mais ainda, haveria quebra da coerência lógica, pois se estaria, concomitantemente, (i) reconhecendo aos nubentes a possibilidade de autodeterminação para escolherem a separação patrimonial e (ii) negando essa mesma possibilidade pela imposição de uma comunicabilidade *post mortem*.

53 Assim o nosso REALE, Miguel. *Estudos Preliminares do Código Civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 63.

54 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *CÓDIGO CIVIL Anotado e legislação extravagante*, 2ª ed. rev. e atualizada, São Paulo: RT, 2003, p. 805.

(iv) resulta que a interpretação das regras sucessórias legais deve ser feita a partir daqueles princípios e do conjunto do capítulo, afastando-se a exegese literal de uma interpretação intercalada de um texto normativo;

(v) a interpretação do texto, se feita isoladamente, desconectada do conjunto normativo e de seus princípios, teria por efeito:

- (vi) negar os "direitos de liberdade" exercidos no pacto antenupcial;
- (vii) desconsiderar a personalidade do *de cuius*, do qual, paradoxalmente, a sucessão é projeção no tempo; e,
- (viii) expurgar de qualquer eficácia o pacto antenupcial legitimamente contratado, esvaziando completamente a sua força normativa.

32. Conseqüentemente, pelas razões e argumentos acima desenvolvidos, podemos responder, como segue:

- 1) Qual o sentido e alcance do regime de **SEPARAÇÃO DE BENS** (CC, art. 1.687), e por que existe conflito entre a natureza jurídica desse regime e o pedido da Sr.^a M.V. no caso vertente?

R. O sentido da expressão é abrangente também dos casos em que o regime de separação total de bens decorreu da vontade dos nubentes expressa em pacto antenupcial. A incompatibilidade entre o pedido da Sra. M.V. e o Código Civil repugna à necessária unidade lógica e axiológica do ordenamento e, de modo especial, ao postulado da não-contradição (lógica e axiológica) entre as regras de Direito de Família (permissivas da escolha do regime e da independência patrimonial entre os cônjuges) e as de Direito Sucessório. Essa compatibilidade é necessária tanto mais quando o fenômeno sucessório se funda, culturalmente, na idéia da continuidade da personalidade do morto, para alguns efeitos.

- 2) É possível afirmar que existe uma inexistência na redação do inciso I do art. 1.829 do NCC?

R. Sim. A inexistência reside na inclusão do termo "obrigatória" no texto, permitindo inferir (numa perspectiva assistemática) que a expressão "separação de bens" é limitada aos casos de separação patrimonial previstos no art. 1.641 do Código de Família. Aliás, no mesmo texto, a referência supostamente ao art. 1.641 está feita ao art. 1.641 da lei, basta a aplicação literal do inciso I do art. 1.829 do NCC?

Porque poderíamos escolher a incomunicabilidade patrimonial se o patrimônio de um val coativamente se comunicar com o do outro após a morte? Se é assente que o fenômeno sucessório traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida, como permitir que a projeção contradiga o que foi projetado no momento do casamento?

30. Em suma: essas contradições sistemáticas, lógicas e axiológicas poderão ser evitadas se adotada interpretação sistemática e analógica: (i) sistemática para o efeito de alcançar-se a harmonização entre o que permite o Direito de Família (escolha do regime de bens) e o que disciplina o Direito Sucessório (efeitos post-mortem do regime escolhido); e (ii) analógica para estender-se, por analogia, por *eadem ratio*, aos casados pelo regime da separação voluntária, o que foi previsto para os matrimônios pela separação coativa de patrimônios.

É o que propomos, conclusivamente respondendo aos quesitos propostos.

III) Síntese conclusiva e resposta aos quesitos propostos.

31. O ordenamento jurídico apresenta-se como um "sistema aberto", no qual se interconectam a Constituição e as leis infraconstitucionais. Esse sistema é polarizado por valores, apresentados sob a forma de princípios como o da dignidade da pessoa humana, da autonomia privada, da proteção à personalidade e da confiança legítima.

Por essa razão fundamental, a interpretação de qualquer texto normativo não opera atomisticamente, mas sempre de forma referida ao sistema de princípios e à ambiência cultural que explica a razão de ser das particulares normas jurídicas.

Nesta perspectiva, tem-se que:

- (i) protegendo a Constituição Federal a dignidade da pessoa humana, como fundamento dos direitos da personalidade, entre os quais os "direitos de liberdade";
- (ii) possibilitando o Código Civil aos nubentes programar os aspectos patrimoniais de sua relação mediante pacto antenupcial, que é instrumento dos "direitos de liberdade" e tem base nos princípios da autonomia privada, auto-responsabilidade e na confiança;
- (iii) regendo o mesmo Código os quatro (4) diferentes regimes de bens, destinando, a cada um deles, um capítulo próprio;

R. Não. O brocardo *in claris est* relegado ao museu da história do pensamento jurídico, assim o demonstrado toda a construção científica do séc. XX, seja na Teoria da Interpretação Jurídica, seja na Teoria Geral da Interpretação, seja na Filosofia da Linguagem. Não há congruência jurídica numa interpretação “aos pedaços” (FRANZ GRUNER), isto é, divorciada da perspectiva sistemática e axiológica.

4) No caso concreto, a Sr.^a M. V. casada sob regime de separação total de bens e de frutos, cujo matrimônio perdurou por quinze meses, sem que nenhum bem tenha sido adquirido na constância da convivência comum, tem direito a herança em concorrência com os descendentes?

R. Não, pelas razões acima elencadas.

É o nosso parecer.

São Paulo, 26 de setembro de 2005.

MIGUEL REALE
Professor Emérito da Faculdade de Direito da USP.

JUDITH MARTINS-COSTA
Professor da UFRGS. Doutora e Livre-Docente pela USP.

Carolina Sampaio da Cruz, O problema do nexo causal na responsabilidade civil - *Catilin Sampaio Mulholland*, 231

Marcelo Junqueira Calixto, A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos danos do desenvolvimento - *Isabella da Costa e Silva de Freitas Guimarães*, 237