

DESPATRIMONIALIZAÇÃO À LUZ DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES E SUA REPERCUSSÃO QUANTO AO INSTITUTO PAGAMENTO

DE-PATRIMONIALIZATION IN THE LIGHT OF THE LAW OF OBLIGATIONS AND ITS REPERCUSSION AS TO THE PAYMENT INSTITUTE

Juventino Gomes de Miranda Filho*

RESUMO

No artigo discute-se o tema da despatrimonialização no Direito das Obrigações. Os princípios canônicos da Obrigação e as ideias da patrimonialização e despatrimonialização do Direito obrigacional apresentam-se como discussões teóricas de grande importância histórica, chegando até a contemporaneidade. Também o dano Extrapatrimonial é investigado da perspectiva histórica assim como o exame do teor pecuniário da prestação. Outrossim, vislumbra-se um direito novo que ruma à “era dos estatutos”, cuja influência à exegese civilística é indiscutível. No texto defende-se um direito civil novo, que a ótica individualista, amparada por leis especiais e extravagantes, desagua em legislação de emergência, sem incidência direta no Código Civil Brasileiro. Abre-se, assim, à "era dos estatutos", que passaram a influenciar a exegese civilística, repleta de socialidade e, evolutivamente, circundada de polissistemia, agasalhadora dos chamados micro sistemas.

Palavras-chave: Despatrimonialização. Direito das Obrigações. Dano Extrapatrimonial. Era dos Estatutos.

ABSTRACT

The article discusses the issue of depatrimonialization in the Law of Obligations. The canonical principles of the Obligation and the ideas of patrimonialization and depatrimonialization of the obligatory law are presented as theoretical discussions of great historical importance, reaching the contemporaneity. Also the Off-balance sheet damage is investigated from the historical perspective as well as the examination of the pecuniary content of the benefit. Furthermore, a new law is envisioned, heading towards the “age of statutes”, whose influence on civilistic exegesis is indisputable. The text defends a new civil law, which the individualistic perspective, supported by special and extravagant laws, leads to emergency legislation, without direct impact on the Brazilian Civil Code. Thus, it opens the "age of statutes", which began to influence civilistic exegesis, full of sociality and, evolutionarily, surrounded by polysystems, sheltering the so-called micro systems.

Keywords: Depatrimonialization. Law of Obligations. Extrapatrimonial damage. Age of statutes.

Artigo submetido em 26 de abril de 2022 e aprovado em 28 de junho de 2022.

* Doutor em Direito Privado e Mestre em Direito Processual, ambos os títulos pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas. E-mail: jgmirandafilho@yahoo.com.br

1 CONCEITO ORTODOXO DE OBRIGAÇÃO

Na *ouverture* da sua concepção acerca da Teoria Geral do Direito das Obrigações, César Fiuza (2004, p. 265-268), ao fixar a definição de obrigação, discernindo as várias acepções do étimo, identifica um sentido, *lato sensu* de dever (jurídico ou não), e outro sentido *stricto sensu*. Obrigação *lato sensu* abrange deveres não patrimoniais e deveres patrimoniais.

Obrigação *stricto sensu* é identificada como dever jurídico patrimonial. E só neste sentido que a universalidade da doutrina apreende o conceito de obrigação, desde o direito romano até o momento em que, no século XVIII, vicejou a ideia da despatrimonialização do direito das Obrigações e de seus avanços nos dois séculos posteriores, coincidindo com o enfraquecimento do individualismo e a valorização das relações jurídicas. Essa humanização das relações jurídicas despertou uma mudança gradativa da hegemonia econômica para uma ótica, a social, voltada à proteção da pessoa, e já agora com uma preocupação, que passará a predominar, que é da migração do interesse de analisar a pessoa e não mais só o patrimônio. É o valor da dignidade humana, expressão que concentra a essência da ideia de despatrimonialização.

É certo, pois, que desde Justiniano, jaz a ideia de obrigação como vínculo jurídico pelo qual somos constrangidos a pagar uma coisa a alguém, segundo os direitos de nosso estado. E essa ideia sobrevive em inúmeras parêntesis latinas : "*Obligatio omnis solutioni ejus quod debetur tollitur*" (Extingue-se a obrigação pelo pagamento do que se deve) "*Obligatio tollitur aut ipso jure aut per exceptionem*" (a obrigação se extingue ou por direito ou por exceção) (RODRIGUES, 1972, p. 231-232). Como sói acontecer, da ideia romana é que restou formulada a doutrina do instituto da obrigação.

Pothier inicia seu Tratado das Obrigações distinguindo obrigações perfeitas e imperfeitas. Estas envolvem um sentido mais *lato*, *lato sensu*, sendo sinônimo de dever; aquelas são as obrigações que dão àquele com quem contraímos o direito de exigir seu cumprimento – e questão, diz, as obrigações das quais cuidará seu tratado. (POTHIER, 1824),

E daí para a universalidade da doutrina, como demonstram todos aqueles que se deram ao trabalho de compor um esboço histórico do instituto, alienígenas ou autóctones, como fez Prof. César Fiuza, quase sempre diagnosticado um vínculo jurídico: do lado do devedor, obrigação; do lado do credor pretensão (FIUZA, p. 266-267). E com a presença de três elementos essenciais: sujeito, objeto e vínculo jurídico.

Mas, como se verá, adiante, as relações obrigacionais suscitam uma compreensão mais ampla e não raro dinâmica em sua acepção despatrimonializada.

2 CONTEÚDO DA PRESTAÇÃO OBRIGACIONAL - AS IDEIAS DA PATRIMONIALIZAÇÃO E DA DESPATRIMONIALIZAÇÃO DO DIREITO OBRIGACIONAL

As ideias ortodoxas vinculam as relações jurídicas do âmbito da família ao Direito de Família; aquelas que ocorrem entre o titular e não titulares de direito sobre a coisa suscitam o Direito das Coisas; as questões sobre o destino do patrimônio do de cujus reclamam o Direito das Sucessões. Se as pessoas P. assumem, umas com as outras, deveres de caráter patrimonial, essas relações estariam vinculadas ao âmbito do Direito das Obrigações.

E o Direito das Obrigações, como ramo do Direito Civil ou vice-versa (PLANIOL, 1932, p. 55), além de adaptar-se à evolução social, com o seu alargamento para abranger a despatrimonialização; além de sua abrangência por servir a vários ramos de Direito; presta-se unificação do Direito Privado, por ter natureza abstrata, tornando-o apto a constituir Direito uniforme e internacional (FIUZA, 1989, p. 276).

Se tão amplo e tão avançado se mostra o Direito das Obrigações, tímido se revela

quando se indaga do conteúdo da prestação obrigacional. Esta prestação segundo a doutrina que sempre vigorou, todo ato, para ser objeto de obrigação, deve ser conversível em dinheiro, adiantando o prof. César Fiuza (1989, p. 276-277), em redundante locução, ser “impossível obrigação cujo objeto seja prestação meramente moral, inconversível em dinheiro”. E complementando essa linha de ideias, incisivamente arremata: “Em minha opinião, pois, é impossível o conteúdo da prestação ser meramente moral. Moral pode ser a obrigação ou mesmo sua fonte, como o dano moral, mas, a prestação, seu objeto, será obrigatoriamente patrimonial ou, quando nada conversível em dinheiro. Em outras palavras, o interesse pode ser moral, mas não a prestação”.

Ihering (1947, p. 11) e Windscheid (1925, p. 26) lembrados pelo próprio César Fiuza (1989, p. 276), entretanto, defendem a existência de obrigações de cunho meramente moral, dizendo Ihering que toda obrigação poderá ser adimplida, ainda que seu caráter não seja patrimonial. Questionando-o, porém, César Fiuza redargui: se toda prestação pode ser adimplida mesmo aquelas morais, sendo-lhes dado valor em dinheiro, é sinal de que tem fundo econômico, equivalente patrimonial. Argumenta que, mesmo à luz do preceito do art. 5º, inciso V, da Constituição Federal, ou da norma do art. 186 do Código Civil, quando é garantida a indenizabilidade de todos os danos causados por uma pessoa a outra, mesmo os puramente morais, não estão estes dispositivos legais preconizando a inexistência de obrigações cuja fonte não seja econômica.

O estado da questão, pois, conduz à patrimonialização das relações obrigacionais, que tem sua gênese na coisificação do devedor, advinda da *obligatio* do Direito Romano, por seu turno irradiado do desprendimento histórico das práticas religiosas para os primeiros códigos leigos, e destes, sob o influxo das revoluções políticas, para a criação mais larga dos pretores e, afinal, do objetivismo dos textos escritos para um conceito subjetivo, erigindo-se em ciência e adaptando-se plasticamente à ordem social e econômica existente.

No entanto, as tentativas metodológicas para o conhecimento do direito, atentas aos seus aspectos filosóficos, levaram a inteligência humana além da singular experiência antecipando-a e alargando-a, não se resignando a atitude de espectadores pacientes da passiva transformação histórica. E foi perseguindo este ideal de uma sociedade menos egoística, menos brutal, menos envenenada pelos preconceitos da força e pelo culto de heróis e conquistadores e menos subordinada ao fator econômico, que restou entreaberta a perspectiva da despatrimonialização. O Direito tinha de assumir o seu papel criador e inovador. No atual momento histórico, tão interessante e tão perigoso, em que parece preparar-se a mais profunda transformação na ordem das coisas, exaure-se e desespera a inteligência para descobrir o sentido da vida e penetrar o segredo do futuro, que ameaça devorá-la. E nos modelos passados, apoiando-se sobre a prosperidade material, a que não correspondeu o necessário desenvolvimento ético, a sociedade abalou-se, como ainda hoje abala-se nos alicerces e mostra ao sol as fendas, quando a atinge uma crise mais forte de depressão econômica.

Mas não é porque a sociedade moderna se alimentou e se alimenta da seiva capitalista que deva dar-lhe esta sempre o seu sentido integral. Afinal, a reincorporação do direito na moral, tão ardentemente defendida por Ripert, mostrou-nos curiosas perspectivas. As ideias com as suas possíveis consequências práticas cruzam-se e confundem-se frequentemente, revelando idêntico esforço de libertação íntima dos que não se apegam à superstição dos códigos e das leis. O texto legal é por si só incompleto, quando não impotente e falso, para regular a complexidade da vida. O sentimento de solidariedade social opôs-se ao individualismo anárquico, na mesma intensidade que as reivindicações coletivas das grandes maiorias, servindo as ideias de justiça que, não importa saber-lhes as origens, trazemos em nossas consciências de indivíduos sociáveis. E agora como sempre, especialmente na modernidade, o importante é pôr o direito a serviço da vida social baseada sobre o coletivismo, para que ele seja um dos fatores eficientes da necessária renovação social, capaz de traduzir essa nova ordem jurídica

que se forma aos nossos olhos, já apenas agora, encetada a marcha para o futuro, para não mais voltar atrás, embora os curtos momentos de reação que possam registrar-se.

Estabelecida a igualdade política entre os homens nas constituições liberais do século XIX, faltou a preocupação com as desigualdades econômicas que os dividem em classes irreconciliáveis. Embora com o avanço dos textos constitucionais e a ampliação dos direitos e do Direito neste início de século, o espaço da humanidade estreita-se, na observação aguda de Carmen Lúcia Antunes Rocha (2004, p. 9), que aponta o paradoxo existente entre os avanços dos textos jurídicos assecuratórios dos direitos e a sua insuficiência “para que a efetivação dos direitos assentasse nas pessoas a certeza do respeito pleno ao quanto conquistado”.

E o plasma para disparates tais emana do princípio da dignidade humana. “A vida digna não é mais uma possibilidade. É um imperativo”... “Mais grave que tudo, a coisificação do homem pode ser medida em preço. E a dignidade qualidade do que preço não tem” (ROCHA, 2004, p. 13).

A ideia de preço vincula-se àquilo que se pode aquilatar avaliar, mensurar, até mesmo para a sua substituição ou troca por outra de igual valor e qualidade.

O que é dignidade não tem valoração; é, pois, valor absoluto. Não substituível, dispondo de uma qualidade intrínseca que a faz sobrepor-se a qualquer medida ou critério de fixação de preço.

A sede da despatrimonialização deita suas raízes na necessária e estreita compatibilização do Código Civil e da legislação extravagante ao texto constitucional.

“Embora haja o entendimento generalizado da supremacia constitucional na atividade hermenêutica certo que o direito civil brasileiro não soube ainda incorporar o texto maior sua práxis, como bem notou Tepedino”(2004, p. 1).

A intervenção do Estado no domínio privado efetiva-se sob a inspiração da hermenêutica constitucional. Inspiraram-na os movimentos sociais e o desenvolvimento industrial crescentes operados nomeadamente no século XIX, objetivando o reequilíbrio do quadro social instalado com o advento da nova ordem liberal, geratriz de conflitos sociais. Novas castas econômicas geraram movimentos sociais e doutrinas reivindicacionistas instigados pelas dificuldades econômicas, as quais, num primeiro momento, aguçaram o legislador ordinário a engendrar providências compositivas dos conflitos e, num segundo momento, despertaram o constituinte no estabelecimento de paradigmas, sob a forma de molduras de deveres sociais e regulação da atividade econômica. Esses compromissos inspiraram a fixação dos limites a serem seguidos pela autonomia privada, resultando no surgimento de princípios cujo arco abrangeu desde a função social da propriedade e do contrato até a reorganização da família, a catalogação dos direitos sociais, a demarcação dos limites da atividade econômica com especial focalização da dignidade da pessoa, dentre outros.

Tepedino vislumbrou uma intensificação do processo intervencionista trazendo o magistério de Mauro Cappelletti para denominar de “Orgia legiferante” ao frenético labor do legislador para atender a demanda setorial crescente (TEPEDINO, 2004, p. 6).

E todo esse movimento legislativo que se iniciara logo após o advento do Código Civil de 1916 recebe verdadeira consagração na Carta Constitucional de 1988, com o seu caráter social acentuado a irradiar seus princípios pelo Código Civil e a vasta legislação que vem sendo promulgada.

Neste contexto, ressaem da inspiração constitucional inúmeros deveres extrapatrimoniais nas relações privadas, refletindo os direitos da personalidade e a tutela da dignidade da pessoa humana, valores contidos no Código de Defesa do Consumidor, ao buscar a melhoria da qualidade de vida; nas leis locatícias, seja ao regular os deveres do locador, seja ao focalizar a propriedade sob a ótica da lei do inquilinato; em seara da relação familiar, as relações entre marido e mulher, concernentes aos seus deveres e direitos até as relações entre pais e filhos, sob a égide do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Diante deste quadro visualiza-se um direito civil novo, plasmado a partir de uma ótica individualista, secundado por intensa messe de leis especiais e extravagantes, desaguando em legislação de emergência, sem incidência direta no Código Civil, dando lugar à "era dos estatutos", que passaram a influenciar a exegese civilística, repleta de socialidade e, evolutivamente, circundada de polissistemia, agasalhadora dos chamados microssistemas. Estes passaram a ter independência temática com os seus princípios convivendo com aqueles do Código Civil. A esse respeito, Tepedino observou, com a propriedade que lhe é peculiar: "O Código Civil passaria portanto, a ter uma função meramente residual, aplicável tão-somente em relação às matérias não reguladas pelas leis especiais" (TEPEDINO, 2004, p. 12).

Esse estado de coisas provocou a perda da posição hegemônica do Código Civil embora sem o exagero daqueles que apregoam grave fragmentação do sistema, por permitir a convivência de universos legislativos isolados e diferentes, não raro antagônicos, a dizer: com princípios divergentes contidos no Código Civil e na legislação inspiradora dos microssistemas.

Esse estado de coisas forçou a aproximação da compartimentação do direito civil integrando-o na realidade constitucional, harmonizando, pois, os princípios e valores constitucionais incorporados pelo constituinte, e, via de consequência, estabelecendo-se, em termos hermenêuticos. Tal a supremacia da Constituição. Essa incorporação, embora indubitosa para quase unanimidade da doutrina, não encontrava ressonância prática.

3 DESPATRIMONIALIZAÇÃO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO

É perceptível a preocupação do legislador com a disciplina dos deveres extrapatrimoniais nas relações privadas, atento à efetivação da tutela da dignidade humana e à realização da personalidade. Há um crescente condicionamento da proteção de situações jurídicas de caráter estritamente patrimoniais ao cumprimento de deveres extrapatrimoniais, como se divisa nas normas do Código de Defesa do Consumidor, por exemplo. A proteção de situações contratuais tradicionais, assentadas na parêntese *pacta sunt servanda*, e que interessa, tradicionalmente, tão somente às partes contratantes e com objeto exclusivamente patrimonial, cede lugar à função social do contrato, cuja teoria geral, também tradicional, não responde aos reclamos de uma sociedade de consumo, que exige contratação em massa, contratação coletiva.

A doutrina alienígena, de há muito, brada pela constitucionalização do direito civil, clamando pela busca da unidade e harmonia do sistema, com a colocação dos valores constitucionais como ponto de referência do Código Civil.

Não faltam doutrinadores autóctones que, no passado (GOMES, 1961) e no presente, tenham vislumbrado novos caminhos para um direito civil dinâmico, atualizado, contemporâneo, que busque nos princípios constitucionais a seiva vital de sua tábua axiológica.

Sob o prisma constitucional, o Prof. Marcelo Cattoni vislumbrou uma tensão existente entre os paradigmas jurídicos liberal e social, "concorrendo caso a caso para a interpretação do suposto direito aplicável" (CATTONI, 2004), observando, com amparo em Habermas e Gunther, que se não devem confundir princípios normativos com valores otimizáveis e direitos com bens negociáveis uma compreensão errônea em face do caráter deontológico e do código binário do Direito, porque as normas jurídicas e os direitos nela previstos estabeleceriam uma relação de obrigatoriedade e não de preferência ou atratividade.

Sob a ótica constitucional, a escolher um único princípio capaz de unitarizar e sistematizar o edifício do Direito, será ele o princípio insculpido logo no art. 1º, inciso III, da lei Maior: o princípio basilar da dignidade humana, que desencadeou e desencadeia, aqui e alhures, uma nova linha de pensamento científico, que deve ser tomado por base de todo o ordenamento jurídico, instigando a releitura de todos os institutos jurídicos. Em sua essência, a novel linha de pensamento científico, que maximiza e prioriza os aspectos extrapatrimoniais, preterindo e até mesmo abandonando as preocupações tradicionais e excessivas no trato dos

aspectos patrimoniais, iniciativa que colima a construção de uma ciência Jurídica mais personalista, valorizando o "ser" e não mais o "ter". Essa personalização das relações jurídicas constitui-se em tendência e imperativo de uma nova ordem jurídico-social, substituindo o dogmatismo excessivo, centrado na concepção e na teoria abstrata, equidistante da realidade humana. Exatamente essa realidade humana que foi objeto de extrema valoração pelo constituinte de 1988, ao definir princípios idiossincráticos relativos, dentre outros, ao direito civil, envolvendo a atividade econômica privada, a propriedade, os direitos da personalidade... E tais diretrizes preconizam e clamam pela unificação do sistema a partir da medida axiológica estabelecida na Constituição Federal, e dela irradiando-se, efetiva e concretamente, por todo o universo do ordenamento jurídico. A valoração de o constituinte passar a ser a medida da integração do sistema, com a interpretação hermenêutica unificada.

Ademais, a definição de rumos sobre questões de relevo para a sociedade constitui missão precípua do jurista a quem cabe encontrar soluções para as demandas crescentes e incessantes, sempre inspirado no ideal de Justiça. A Constituição Federal de 1988 assumiu a feição democrática de direito, introduzindo, assim, novas concepções ideológicas em nosso ordenamento, materializadas em princípios que inspiraram a sua elaboração, hauridos, sobretudo, no direito comparado. Não se pretira a singularidade da participação popular na sua elaboração, fato inédito na história do Brasil.

E essa participação popular adveio de pessoas e de grupos, refletindo a vontade da maioria da população, representada pelo Congresso Constituinte.

Outro traço marcante desse processo foi a introdução da técnica das negociações em pontos decisivos, possibilitando a realização da tarefa de reconstituição da ordem jurídica democrática, surgindo, assim, uma nova característica na forma de legislar, com o surgimento da figura do "legislador-negociador", com vocação para a contratação, na expressão de Tepedino (2004, p. 10), restando sufragado, como valores supremos da ordem jurídica os ideais de dignidade, de igualdade. De liberdade, de segurança, de propriedade e de justiça, antepostos como inerentes a natureza humana, ao Estado, ao legislador e ao intérprete (tanto doutrinário como judicial). Surgia o Estado Democrático de Direito, abrigador dos princípios basilares da ordem jurídica com importantíssimas aplicações na órbita privada, em seus mais diversos aspectos, interessando aqui, para o tema em estudo, o aspecto moral nas obrigações e o dirigismo estatal na contratação privada. Resultante da técnica de negociações para implementação dos anseios populares foi a "opção pelos pobres", verdadeira bandeira assinaladora da ruptura com o militarismo, sob a forma de substituição do "Estado Individualista" pelo "social", com a finalidade de obter-se a tão clamada justiça social. Era o fim do "Estado de Direito" que repousava no neutralismo e o nascimento do "Estado de Justiça", impregnado de valores, os mais elevados da própria natureza humana, que lhe cabem defender e perseguir, quais os que figuram no preâmbulo da Carta Constitucional de 1988.

Embora ninguém negue a supremacia constitucional na atividade hermenêutica, ninguém, por outro lado, desconhece a dificuldade prática dessa efetivação, quando se cuida de concreção dessa atividade hermenêutica. Ao contrário, não há a necessária incorporação do texto constitucional como deveria. No entanto, a Constituição estabelece comandos para o legislador ordinário, para o juiz e para todos os demais intérpretes, por isso que as normas constitucionais definem horizontes, fixam balizas, estabelecem contornos que governarão a ordem jurídica do País como normas fundamentais e, portanto, ocupantes do ápice da pirâmide legal (LEAL, p. 62).

Enfim, tomadas as normas constitucionais, quanto ao seu conteúdo, quer como materiais, quer como formais, a sua repercussão impacta todo o ordenamento jurídico, pois, se contempla matéria efetivamente constitucional (materiais), ou, mesmo, se integra o contexto constitucional por opção do constituinte, para conferir-lhe *status* mais elevado (formais). De qualquer modo, direciona o legislador ordinário (MURPHY, 1978).

Esses postulados interferem no que respeita a introdução de novos princípios e novas regras a constituírem mandamentos fundamentais da nova ordem jurídica, estatuidando normas hierarquicamente superiores, como matéria de caráter privado, sendo que as relações privadas, a partir dos microsistemas elaborados, principalmente, após a vigência da Constituição de 1988 e o advento do novo Código Civil inseriram novos princípios que romperam todo o tecido anterior. E esse fenômeno ocorreu em todos os países em que se procedeu a reforma constitucional, como sucedeu em Portugal, na Espanha e na Itália (ASSIS E SANTOS, 1980).

Depreende-se o reflexo direto da norma constitucional sobre todo o universo político, jurídico, social, administrativo e econômico, fixado pela sociedade para a regência de seus destinos, vinculando assim as pessoas, as autoridades, os juizes, toda a sociedade, enfim, embora com níveis de eficácia diversa, cabendo ao intérprete detectar em concreto, consoante os princípios inspiradores da interpretação jurídica.

No que concerne às obrigações, o Código civil de 2002 inseriu no seu seio elementos morais (art. 186). No que respeita aos contratos privados, as diretrizes constitucionais orientam os mecanismos de intervenção estatal (arts. 157, 478 a 480), produzindo modificações nos institutos de direito privado.

Bastaria a ênfase dada aos elementos morais no âmbito das relações obrigacionais e tônica da prevalência dos valores sociais para fundamentar a chamada constitucionalização do Direito Civil e tipificar o fenômeno da despatrimonialização.

4 A DESPATRIMONIALIZAÇÃO NO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

Em sede das Obrigações, o instituto pagamento surge como efeito. De fato, as obrigações produzem efeitos diretos e indiretos.

Os diretos são o adimplemento, o inadimplemento e o atraso no adimplemento.

Pagamento ou adimplemento é ato do devedor satisfazendo o direito do credor, pondo fim à obrigação. O objeto da obrigação não pode ser substituído por outro, ainda que mais valioso, sem o consentimento do credor. Tecnicamente, “o cumprimento exato da obrigação, ou adimplemento, recebe o nome de pagamento” (FIUZA, 1989, p. 317).

É preciso, entretanto, desvincular a ideia de pagamento da ideia de dinheiro. Pagar significa satisfazer o direito do credor, dando-lhe alguma coisa, fazendo ou não fazendo algo. Não quer dizer só dinheiro.

A crescente exposição da personalidade do homem e de seus elementos íntimos, através de diferentes processos de comunicação e de informação fez brotar o aspecto moral na Teoria Geral das Obrigações. Os reflexos dos princípios estruturantes, como são os que informam o Estado Democrático de Direito, vêm provocando significativas mudanças no sistema do direito privado despatrimonializando o direito civil. Essa despatrimonialização encontra-se na justificativa institucional, no livre desenvolvimento da pessoa, embora sem negar o aspecto econômico (PERLINGIERI, p.33). Ou, na ótica de Flórez-Valdez (1991, p. 56), amparando-se em Perlingieri: *"hoy resulta posible afirmar como conclusión general que intereses y derechos de naturaleza esencialmente personal se anteponen a intereses y derechos patrimoniales, lo que supone que em la jerarquia de valores la persona humana prevalece sobre el interés económico"*.

Essa prevalência que a pessoa humana desfruta na hierarquia de valores resulta da eficácia irradiante dos direitos fundamentais na esfera privada, batizada pela doutrina alemã de *Drittwirkung*, eficácia horizontal, resultante da face objetiva dos direitos fundamentais, resultante da outrora face subjetiva, no seio da qual vicejou o direito subjetivo individual, equidistante das valorações das forças sociais e das exigências requeridas pelo interesse da sociedade. Na órbita do direito subjetivo individual não gravita a solidariedade social, tão valorizada na concepção de DUGUIT (1975, p. 178-179).

Os princípios fundamentais positivados na Constituição mereceram maior atenção aos valores existenciais do que aos valores patrimoniais, impondo uma adaptação da legislação privatística a estes valores, pois a norma suprema, na acuidade da observação de Flórez- Valdez, “*se erige em canon hermenéutico de las demás normas del ordenamento jurídico, que nopodrán ser entendidas ni corectamente aplicadas en contra de aquélla, sino de manera a sus esenciales contenidos*” (1991, p. 154-156).

Por outra, a adaptação ou integração da norma privada à norma constitucional é uma exigência dos postulados da interpretação sistemática, na conformidade do princípio da hierarquização axiológica, que suscetibiliza o princípio da unidade da Constituição, aplicável, mormente diante das antinomias e lacunas, evitando contradições e incongruências (GRAU. 1990, p. 109).

Afinal, em síntese substanciosa Bonavides explicita: "As Constituições fazem no século XX o que os Códigos fizeram no século XIX: uma espécie de positivação do Direito Natural, não pela via racionizadora da lei, enquanto expressão da vontade geral, mas por meio dos princípios gerais, incorporados na ordem jurídica constitucional, onde logram valoração normativa suprema, ou seja, adquirem a qualidade de instância juspublicística primária, sede de todas a legitimidade do poder. Isto, por ser tli instância a mais consensual de todas as intermediações doutrinárias entre o Estado e a Sociedade” (BONAVIDES, 2000, p. 264).

A despatrimonialização quer do direito civil, quer em qualquer compartimentação que do Direito resulte, repousa na justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa.

Interessante a abordagem feita pelo Prof. Marcelo Cattoni a propósito da redefinição no marco dos paradigmas jurídicos modernos, ao anotar que "a cada nova geração, o certo seria que os direitos não são simplesmente alargados, mas, sim, redefinidos e cada novo paradigma” (OLIVEIRA, 2002, p. 105).

Ao cuidar dos paradigmas, o festejado professor convoca os magistérios de Canotilho, Kuhn, Giovanni Reale e de Habermas para concluir que “as compreensões jurídicas paradigmáticas de uma época, refletidas por ordens jurídicas concretas, referem-se a imagens implícitas que se tem da própria sociedade; um conhecimento de fundo, um *background*, que confere às práticas de fazer e de aplicar o Direito uma perspectiva, orientando o projeto de realização de uma comunidade jurídica”.

Ou, ainda: “Um paradigma de Direito delinea um modelo de sociedade contemporânea para explicar como direitos e princípios constitucionais devem ser concebidos e implementados para que cumpram naquele dado contexto as funções normativamente atribuídas a eles” (OLIVEIRA, p. 54).

Poder-se-á, assim, concluir que a despatrimonialização no Direito das Obrigações decorre da valoração do desenvolvimento da pessoa, em sede constitucional, daí irradiando-se por todo o ordenamento jurídico. Exigindo do intérprete uma incindibilidade da interpretação, atento ao direito vivo da sociedade e às condições cambiantes de toda ordem, sociais, econômicas e políticas, as quais exigem perene adaptação dos textos à realidade, tomados por paradigmas os princípios constitucionais.

No âmbito do Direito das obrigações, a questão da despatrimonialização suscita a análise de matizes vários.

Mas pode-se dizer que nosso ordenamento jurídico consagrou-a como se tem visto, seja luz da Constituição Federal de 1988, seja em sede do Código Civil, seja na via da legislação ordinária especial, como ressei, por exemplo, das *verbas legis* da Lei nº 8009, de 29 de março de 1990 (impenhorabilidade do bem de família), cujo campo de atuação tende a ampliar-se para proteger até a moradia do próprio fiador, em caso de locação em que haja inadimplência do locatário, secundada por cobrança ou execução. E fora da Órbita do Direito das Obrigações, a Constituição Federal de 1988, sob a inspiração da opção pelo Estado Democrático de Direito,

o Código de Defesa do Consumidor, toda a legislação ambiental, o Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre outros inúmeros textos, foram concebidos a partir da soberania popular, que encarna a concepção da sustentação do poder político. No Estado Democrático de Direito, além da mera submissão à lei, há a submissão vontade popular e aos fins propostos pelos cidadãos. Sabido que o conceito de Estado Democrático não é formal ou técnico senão dinâmico, em constante aperfeiçoamento, assentado em efetiva participação popular, mas em obediência a princípios como da própria constitucionalidade, o princípio democrático (fundado na representatividade, na Participação e na eficácia dos direitos fundamentais (CF/88, art. 1º princípio de igualdade, art. 5º, caput e inciso 1, CF/88), princípio da justiça social (arts. 170, caput, e 193, CF/88) ; princípio da legalidade (art. 5º, II, CF/88) ; princípio da segurança jurídica (art. 5º, XXXV a LXXII, CF/88) princípio da divisão de poderes (art. 2º, CF/88) e da independência do juiz (m 95, CF/88), além de direitos fundamentais individuais e coletivos, sociais e culturais (Títulos II, VII e VIII, CF/88).

Foi da participação popular, segundo a observância desses princípios, que a autonomia privada sentiu impactos de relevância no encaminhamento da despatrimonialização.

4.1 Dano extrapatrimonial: histórico. seu caráter despatrimonializante.

O *nome iuris* adotado pela doutrina transita entre dano moral, designação mais antiga (BREBBIA, 1950, p. 84), e, mais atualizadamente, a designação de dano extrapatrimonial (COSTA, 1994, p. 407).

No Brasil, a designação mais utilizada é a de dano moral, seja porque consagrada na legislação, na doutrina, na jurisprudência e até adotada na Constituição Federal (arts. 5º, V e X) e no novo Código Civil (arts. 186, 949, 951, 952, seu parágrafo único, e 953 e seu parágrafo único).

A designação de dano extrapatrimonial, no entanto, menos restritiva por não vincular a possibilidade do dano moral (LEITE, 2003, p. 266), que pode ter várias significações, e toma-se, deste modo, falha por imprecisão e abrangência semântica (SEVERO, 1996, p. 41-43), razão por que uma conceituação substancial, isto é, mais específica de dano extrapatrimonial, tem enfrentado dois tipos de obstáculos: a tendência ao alargamento dos danos extrapatrimoniais e a falta de critério distintivo de contraposição (LEITE, p. 266). Limongi França entende ser suficiente dar a nomenclatura de dano não-econômico, não-patrimonial (*stricto sensu*) ou extrapatrimonial (FRANÇA, 1988, p. 31).

Mas a designação de dano extrapatrimonial desvincula-se do dano tradicional enquanto encontra-se adstrito ao direito da personalidade, merecendo ser a adotada para traduzir essa nova visão.

Na investigação histórica desenvolvida por Carmignani (1996, p. 36-39), a propósito do dano extrapatrimonial, não existiam regras expressas sobre a sua responsabilidade ao tempo das Ordenações do Reino, especialmente nas Ordenações Filipinas, em vigor quando da descoberta do Brasil.

Mas Bittar registrou a existência do dano extrapatrimonial em época precedente, na consolidação das Leis Cíveis de Teixeira de Freitas, cujo art. 800 preceituava: “A indenização será sempre a mais completa possível; no caso de dívida, será a favor do ofendido” (BITTAR, 1992, p. 97).

E a conjugação deste artigo 800 com o artigo 801 conduz à favorabilidade de reparação do dano extrapatrimonial na vigência da Consolidação das Leis Cíveis de Teixeira de Freitas.

O Código Civil de 1916, embora eivado de influência francesa, não inseriu uma regra clara sobre a reparabilidade do dano extrapatrimonial, provocando, assim, dúvidas de ordem doutrinária e jurisprudencial sobre o assunto (LEITE, p. 268).

Certo que o Código Civil de 1916 reservava ao dano moral a disposição de seu art. 76, mais de natureza processual do que de direito material, preceituando seu parágrafo único a restituição de que o dano moral "só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família".

Foi intenso o debate doutrinário com reflexos na vertente pretoriana, daí surgindo três posições a propósito da reparabilidade do dano extrapatrimonial, como observou Severo (1996, p. 81-82): "a) a de que os danos extrapatrimoniais não estavam contemplados pelo Código Civil; b) a de que os danos extrapatrimoniais eram aceitos em situações excepcionais, mediante dispositivo expresso do Estatuto Civil ou lei especial; c) a de que os danos extrapatrimoniais estavam contemplados pelo Código Civil.

Afastando-se a primeira posição, porque o Código Civil de 1916, em casos excepcionais, estabelecia várias hipóteses de danos extrapatrimoniais como nos arts. 1537 (afeições legítimas e morte de familiares), 1538 (direito integridade humana), 1543 (valor de afeição da coisa usurpada ou esbulhada), 1549 (gravame à liberdade sexual) e 1550 (ofensa à liberdade), impende que se examine a segunda posição.

A segunda posição (a da representabilidade os danos extrapatrimoniais tão-somente em situações excepcionais) logrou êxito, inclusive e principalmente em sede jurisdicional, embora recebendo luzes e críticas como as de Cahali (1998, p. 46-53), no sentido de que as normas particulares (casuísticas), inseridas no nosso ordenamento jurídico, permitiam alcançar, por via de indução, "o princípio geral da reparabilidade do dano moral, integrando, assim o nosso direito em face da pretensa omissão do legislador, quanto a uma disposição genérica a respeito" (CAHALI, 1998, p. 46-53). Demais, o art. 159 do Código Civil de 1916 não negava a tutela ao dano patrimonial.

Diferente a disciplina do art. 186 do novo código civil ao prever, expressamente, o dano extrapatrimonial, secundado pelos arts. 953 e 954.

Sob o Prisma jurisprudencial, duas são as óticas de abordagem antes e depois da Constituição Federal de 1988. Antes, O STF não entendia reparável o dano exclusivamente moral, embora duas expressivas decisões no sentido do acolhimento da reparação. De qualquer forma, também não admitia o STF acumulação de indenização de dano patrimonial com o moral. Mas essa situação iria mudar com a edição do enunciado n° 491, da Súmula da Jurisprudência Predominante no STF: "É indenizável o acidente que cause a morte do filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado" (BRASIL, 1969). Com o advento da Constituição Federal de 1988, passou-se a admitir sem reservas a reparabilidade do dano extrapatrimonial, por força dos preceitos nela contidos no art. 5º, incisos V e X, ampliados no art. 5º, § 2º, ao dispor sobre a não exclusão de outros direitos e garantias "decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

A repercussão jurisprudencial foi imediata, tendo o STJ sumulado (enunciado n° 37) mesmo fato são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do e, no geral, a ampliação se fez sentir, na doutrina e na jurisprudência de modo mais intenso com a promulgação do novo Código Civil através das irradiações de seus arts. 186 e 927, que guardam harmonia com o texto constitucional.

Consequência dessa ampliação é a tutela do dano extrapatrimonial pessoa jurídica decorrente do enunciado n° 227 da Súmula do STJ. (BRASIL, 1999).

Dificuldades de monta aparecem quanto a quantificação à lesão moral, por fundar-se esta numa ofensa moral de natureza subjetiva. Ocorrida à lesão desse jaez, opinam alguns que se deve recorrer ao arbitramento, buscando a fixação do *quantum debeatu* (DIAS, 1995, p. 302). E essa foi a solução alvitada por Teixeira de Freitas na sua Consolidação das Leis Civis (arts. 800 e 801).

Outro critério sugerido por Maria Helena Diniz é o de que a competência para a fixação

do *quantum* do juiz, o qual, basear-se-á em critérios subjetivos posição social ou política do ofendido, intensidade do ânimo de ofender: culpa ou dolo) ou objetivos (situação econômica do ofensor, risco criado, gravidade e repercussão da ofensa)" (DINIZ, 1995, p. 79).

Certo é que, produzido um dano extrapatrimonial, querem a Constituição Federal e o Código Civil seja ele indenizado sendo da natureza e da própria razão de ser da indenização, que ela seja plena. Como preceituava a Consolidação das Leis Cíveis de Teixeira de Freitas (art. 800) “a indenização será sempre a mais completa possível; no caso de dúvida, será a favor do ofendido” (BRASIL, 1859).

E não se deve perder de vista o caráter pedagógico desta indenização, como desestímulo a lesão, quer por parte do ofensor, quer como norteamento a toda a sociedade-tenha ou não caráter punitivo. E na causa dessa indenizabilidade do dano moral reside a despatrimonialização, ainda que derivada de responsabilidade extracontratual.

5 DA PECUNIARIDADE DA PRESTAÇÃO: DESPATRIMONIALIZAÇÃO

A pecuniaridade ou economicidade da prestação (ou seja, do objeto da obrigação) tradicionalmente compõe o conceito e o elemento estrutural da obrigação. Velha a controvérsia advinda do Direito romano, pela pena de Ulpiano: “*E a enim in obligatione consistere quae pecunia lūi praestarique possunt*” Podem consistir obrigações as coisas que podem ser pagas e prestadas em dinheiro.

O debate referido por Serpa Lopes, o qual noticia que Savigny entendeu fazer-se necessário o caráter patrimonial da prestação, para caracterização da obrigação, fundamentando-se na expressão “pecúnia”. Ihering refutou, acentuando não ser exclusivo o caráter patrimonial da obrigação, defendendo que esta poderia também ser não patrimonial (SERRA LOPES, 1971, p. 23-30.).

Todavia o texto romano do Digesto é relativo ao *status libertatis* adquirido pelo escravo que se encontrava obrigado. A liberdade extinguiu a obrigação, tratando-se, assim, de ato impossível de contratação, porque a liberdade é bem de vida extra-commercio. Por outro ângulo, o étimo “Pecúnia” significa “as demais coisas”, e não somente “dinheiro”.

De qualquer forma, a maioria dos autores centra-se em que o objeto da obrigação há de ter conteúdo econômico.

Esse rigor veio sendo abrandado, primeiro, pela admissão de poder ser o interesse apatrimonial embora a prestação suscetível de avaliação segundo, pela indenização do dano moral, admitido na doutrina e na jurisprudência, inicialmente, para, depois, de lege ferenda, positivar-se (arts. 76, 1543, 1547, 1548, 1549, 1553 do Código Civil de 1916; art. 2º, Código de Processo Civil de 1939), com realce especial quanto ao aspecto moral na Lei nº 9.610, de 19/02/1998 (direito de Autor, arts. 650, parágrafo único, 651, 652, 659, 663, 665, dentre outros).

A Constituição Federal de 1988 consagrou o dano moral na ofensa a direitos da personalidade (art. 5º, V e X) e o Código Civil de 2002 cuidou da reparabilidade do dano moral (arts. 186 e 927). (BRASIL, 1988) E ao fazê-lo, estabeleceu diferentes e novos princípios, a partir dos valores fundamentais consignados já no seu preâmbulo, além da enorme messe de direitos individuais, sociais, políticos e econômicos catalogados nos seus arts. 5º e 6º correntes com os objetivos básicos do Estado Brasileiro nos arts. 1º e 3º.

Na esfera das relações entre particulares, a Constituição norteou-se pela evolução gestada no direito privado, adotando soluções preconizadas pelas doutrinas autóctone e alienígena, plenas de noções éticas, sociais, políticas e econômicas, brotadas das ideias de dignidade, liberdade, segurança, igualdade e justiça social.

Consequência direta dessa evolução, no que nos interessa para o momento, foi a ênfase extraordinária dos aspectos morais no âmbito dos direitos obrigacionais, na teoria dos contratos, na teoria da responsabilidade civil, na propriedade e na posse.

Essa prevalência dos valores morais irradia-se para institutos como o da revisão judicial dos contratos, o desfazimento de contratos em decorrência da lesão; conceitos como o abuso de direito, o da lesão e o do enriquecimento ilícito foram elencados no Código Civil (arts. 157, 187, 884 a 886), amparando pessoas, categorias, consumidores, individual e coletivamente considerados. A indenizabilidade do dano moral, redundantemente, ganhou consagração constitucional (CF, art. 5º, inciso V e X) e civilística (CC, art. 186). Vicejaram novas buscas viabilizadoras de profundas modificações, conduzidas sob a inspiração do princípio da dignidade humana e impulsionadas pelo pensamento desconstrutivista, marca do direito pós-moderno. Exsurgiu o centramento na pessoa humana como “valor-fonte” de todos os demais valores (MARTINS COSTA, 2002, p. XV). Esses buscam no princípio da socialidade, na perspectiva comunitária, de fundo solidarista, uma preocupação que o contrato cumpra com sua função social, por exemplo, como também nas disposições voltadas para a realização de determinados fins. É o que se dá com o art. 112 do Código Civil, cuja redação é semelhante ao art. 85 do Código Civil de 1916, embora aquele se volte para asocialidade, enquanto se preocupa com a finalidade da declaração de vontade, com a sua repercussão em determinada operação econômica.

O princípio da eticidade que emerge de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, a exigir um atividade valorativa do julgador, condicionando a aplicação da regra.

Diga-se o mesmo do princípio da boa-fé, dos bons costumes e da equidade, que conferem maior amplitude na atividade jurisdicional, para que ela propicie solução mais justa e equitativa.

Em suma, sob a inspiração de valores e princípios erigidos constitucionalmente, o Código Civil objetiva ter em mira os problemas concretos da sociedade brasileira.

É indubitoso o panorama que se vislumbra a propósito do embate travado entre o individual e o social. O modelo de codificação do século XIX centrou-se no individualismo. Nos nossos dias, o traço marcante é o da reação ao excessivo individualismo, com opção pela diretriz constitucional da solidariedade social, flâmula dos objetivos fundamentais da República e do Estado Democrático de Direito.

A imposição de uma função aos modelos jurídicos e sua vinculação com a coletividade são marcantes, despertando a atenção a função social do contrato (art. 421) e a função social da propriedade (art. 1228), cujos princípios e fundamentos suscitam a função social da posse.

O sentido social do contrato decorre da cláusula geral, que disciplina não só o contrato em si, mas a liberdade de contratar.

A ideia de funcionalidade do contrato integra a ideia de unificação do direito obrigacional, com a força atribuída aos usos e costumes, que embora não os vinculem à função social, contêm aquela dimensão da socialidade pelo forte poder normativo que os valores sociais produzem em relação ao direito – como anota Carlos Branco (2002, p. 64-68) -, como bem o demonstram as disposições concernentes aos usos (arts. 113, 429, 432), aos costumes ou costumes do lugar (arts. 596, 615, 695, 701, 872), reveladores desta dimensão.

No tocante aos danos à pessoa, espécie do gênero danos extrapatrimoniais, revela-se interessante conexão intersistemática (entre diversos sistemas ou subsistemas integrantes de um mesmo ordenamento) e intra-sistemática (entre normas integrantes de um mesmo sistema, ou subsistema). Aquela se apresenta como modelo paradigmático entre a Constituição e o Código Civil, avultando em importância especial para o Direito Privado o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Nessa seara ressaem os danos à pessoa humana geradores da responsabilidade civil. Estabelecida a conexão entre os preceitos do art. 5º, incisos V e da CF, as cláusulas gerais dos arts. 12, 21, 187 e as regras dos arts. 927 e seu parágrafo único e 944 do Código Civil e ainda, se for o caso, as regras das arts. 287, 644 e 645 do Código de Processo Civil ou, havendo relação de consumo, do art. 84, caput, do Código de Defesa do

Consumidor (MARTINS COSTA, p. 126).

O art. 12 protege, preventiva e inibitoriamente, desde a ameaça de dano a direito da personalidade, consistente de obrigação de não fazer imposta ao autor da ameaça (de caráter extrapatrimonial), até as suas consequências patrimoniais, consistentes quer da fixação de astreites para o caso de descumprimento da obrigação de não fazer, quer do pleito das perdas e danos.

Na Parte Geral, o Código Civil entreabre a tutela à vida privada, com as suas repercussões processuais na via da tutela inibitória; cuida da proteção ao nascimento (arts. 1º *usque* 232), também como reflexo das disposições gerais aplicáveis às pessoas, aos valores essenciais da personalidade humana, e que suscita a garantia da perspectiva existencial da vida humana, garantidora do direito à vida (art. 5º da Constituição) e protegido extrapatrimonialmente.

Em ocorrendo atentado a um determinado direito de personalidade, qual seja a vida privada, o art. 21 determina o dever do juiz de adotar a providência mais adequada, como decorrência das cláusulas gerais constitucionais e civis (art. 186 – cláusula geral de responsabilidade, patrimonial ou extrapatrimonial, por culpa) – e independente de culpa (por isso, objetiva), qual a dos arts. 187 e 927 e seu parágrafo único, previsão de responsabilidade objetiva, não só nos casos especificados em lei, mas, ainda, naqueles em que a “atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

No instituto da lesão, envolver do caráter obrigacional, a extrapatrimonialidade está na equivalência das prestações, para evitar que uma das partes obtenha vantagem desproporcional por aquilo que entrega ou, mesmo, garantir maior proteção às partes menos favorecidas economicamente nos contratos e, até, possibilitar uma maior defesa do consumidor, cuja vulnerabilidade foi reconhecida pelo legislador (art. 4º, I, Código de Proteção e Defesa do Consumidor).

A lesão nos contratos é combatida quer pela invocação da onerosidade excessiva, quer como instrumento de tutela da equivalência entre as prestações a lesão, como causa de invalidade do contrato, afeta o equilíbrio, face à exagerada desproporção entre as prestações, estendendo-se sua aplicação a todos os contratos, desde que oneroso e comutativos, à exceção dos contratos aleatórios (nos quais não há falar em equivalência das prestações), das vendas realizadas em hasta pública ou leilão judicial e nos contratos gratuitos.

A lesão mantém seu caráter extrapatrimonial até na sua consequência natural, que é o desfazimento do negócio (exceto na hipótese do parágrafo 2º, do art. 157).

Bem se vê que a transformação da vida e das relações humanas que motivaram o surgimento de uma nova consciência moral, de uma nova mentalidade ética, da solidariedade social, valores esses responsáveis pela elaboração de novos conceitos do Direito Privado.

E sob esse prisma, o Direito das Obrigações, que é um direito pessoal (*ius ad rem*) vinculador apenas das pessoas diretamente envolvidas, acabou modificando-se sob o impulso de paradigmas novos. A começar pela consciência, por parte do Estado, de que a autonomia da vontade pode ser prejudicial, provocando a sua intervenção nos contratos bancários, nos contratos de seguro, nas relações de consumo, nas relações obrigacionais.

Os parágrafos únicos dos arts. 249 e 251 do Código Civil contemplam interesse avanço, seja nas obrigações de fazer, seja nas de não fazer, ao permitir ao credor, em caso de urgência, mandar executar o fato, às suas expensas, ressarcindo-se do prejuízo posteriormente, ou desfazer aquilo que o devedor era obrigado não fazer, também com o posterior ressarcimento, pelo devedor. A Professora Gisela Hironaka (2004, p. 59) batizou de “quase autotutela”, porque o juiz mantém a tutela estatal, ainda que para verificação a posteriori, pois pode entender não ter agido o credor com a prudência e cautela devidas, não sendo a urgência tamanha que autorizasse a facção ou o desfazimento do fato. De qualquer forma, os preceitos citados contêm indisfarçável extrapatrimonialidade.

Os parágrafos 3º e 4º do art. 252, ao cuidarem das obrigações alternativas inovam ao permitir ao juiz promover a escolha, em havendo multiplicidade de optantes, que não chegam a um acordo, no prazo judicialmente determinado para fazê-la ou no caso de, cabendo a escolha a um terceiro, este não possa ou não queira optar. Essas regras inovadoras trazem ínsito o seu conteúdo extrapatrimonial.

No que concerne à transmissão das obrigações, a cessão de crédito foi erigida à categoria de Título, enquanto sergiu a figura da assunção de dívida, instituto que não se continha no Código anterior. E o Código (art. 293) previu que o cessionário possa exercer atos conservatórios do direito cedido, mesmo que o devedor não tenha sido notificado da modificação subjetiva ocorrida no pólo ativo da relação creditória. É que a notificação sempre foi considerada imprescindível para que a cessão produzisse efeitos junto ao devedor, além de permitir a sua impugnação.

Sob o ângulo do pagamento, as pessoas que devem pagar e as que têm o interesse, o direito e até o dever de receber a prestação, a extrapatrimonialidade desponta-se quando se trata de pagamento efetuado por terceiro, que não tem interesse na relação, mas que efetue o pagamento por sua própria conta. Ao fazer o pagamento, "com desconhecimento ou oposição do devedor" não obriga o reembolso do que foi pago "se o devedor tinha meios para ilidir a ação" (art.306).

A previsibilidade de o juiz reajustar o valor das prestações, se uma das partes demonstrar a desproporção entre o valor da prestação e aquele assumido no momento da pactuação, por circunstâncias imprevisíveis no momento do acordo de vontades (arts. 317 e 478). Aí está a extrapatrimonialidade.

Embora o Código especifique os requisitos que a quitação deva conter (art. 320), desformaliza-os no parágrafo único, "se de seus termos ou das circunstâncias resultar haver sido paga a dívida", resultando em despatrimonialização.

Quanto ao lugar do pagamento os arts. 329 e 330 permitem a alteração primitivamente contratada, quer "ocorrendo motivo grave para que se não efetue o pagamento no lugar determinado, poderá o devedor fazê-lo em outro, sem prejuízo para o credor" (art. 329) ; quer na hipótese do art. 330, que contempla a hipótese de, feito o pagamento reiteradamente em local diferente do determinado na obrigação, sem oposição do credor, presume-se que este renunciou ao seu direito de receber a prestação no lugar contratado. Eis a não patrimonialidade.

Outros aspectos da extrapatrimonialidade se contêm no parágrafo único do art. 404, pelo qual pode o juiz conceder ao credor prejudicado indenização suplementar, se provado que os juros da mora restaram insuficientes para cobrir o prejuízo experimentado, desde que não haja pena convencional (cláusula penal).

Por outro lado, referentemente à cláusula penal, o juiz pode reduzi-la, seja no caso de cumprimento parcial da obrigação contratada, seja se verificar que o montante da penalidade, apesar de não ultrapassar o valor da obrigação principal, mostra-se excessivo em comparação com a natureza e a finalidade do negócio (art. 413). E também na hipótese do parágrafo único do art. 416, em que o credor pode exigir indenização suplementar, em existindo expressa pactuação, mediante prova de prejuízo excedente.

Por último, tem despertado interesse e preocupação a chamada tutela das gerações futuras.

A propósito, a Professora Giselda Hironaka, utilizando-se do pensamento de Jean-yves Goffi, procura conectar o esquema das relações de crédito fora do seu tradicional enfoque, que é o do acordo de vontades, no consentimento, direcionando para um outro esquema, o do interesse protegido, para garantir às gerações futuras a tutela de sua possível existência (HIRONAKA, 2004, p. 66-67).

A questão, posta sob a ótica do Direito das Obrigações, suscita a delicadíssima indagação se as gerações futuras podem ser sujeito de obrigações civis. Ou, até a questão da

existência de personalidade ou, mesmo, da existência de vontade, que tais gerações futuras não teriam... Mas há uma tendência dos juristas em proteger essa classe de seres indeterminados, para garantir-lhes a possibilidade de estar aqui neste planeta daqui a algumas décadas ou séculos. Foi essa preocupação que moveu o Congresso Americano a impor o dever de proteger o meio ambiente para o bem das gerações futuras (1969); que inspirou o Conselho da Europa (1979) a declarar a fauna e a flora um patrimônio que importa preservar e transmitir às gerações futuras; como terá sido por isso que o nosso legislador cinzelou o preceito do § 1º, do art. 1228 do Código Civil, dentre outros.

6 CONCLUSÃO

Nota-se, assim, uma verdadeira transformação de postura filosófica adotada pelo legislador de 2002, afastando-se do individualismo caracterizador do Código Civil de 1916, atento aos problemas sociais, eivado de interesse público, ao incorporar as relações privadas forte dose de despatrimonialização. Essa mudança de postura não decorre de mera opção legislativa senão da alteração da realidade jurídica e social trazidas em ondas, a partir da segunda metade do século XX:

O afastamento do individualismo na previsão dos direitos e a predominância da liberdade contratual sem controle foram dogmas abraçados pelo legislador de 1916.

A modificação desse *status* e a infiltração de novos valores nasceram com o dirigismo contratual, através da promulgação de leis limitadoras e disciplinadoras de direitos, objetivando a compensação das desigualdades socioeconômicas, de um lado; e, de outro, com a atribuição de deveres às partes na condução do processo obrigacional (SILVA BASTOS, 2004, p. 185-186). O Estado passa, então, a dirigir as relações privadas, intervindo e disciplinando as disposições dos contratantes.

A exegese contratual passa a ter no elemento teleológico o seu núcleo, porque ele surge em razão de as partes visarem atingir, finalisticamente, algo. Como observou Reale (REALE, 1997, p. 3), no contrato se impõe, com mais razão e força, o reconhecimento da natureza unitária e congruente do ordenamento jurídico.

Irradiam-se da Constituição os princípios, os valores e os critérios de ordem moral, exigidos não para a Administração Pública (art. 37), mas em todos os atos obrigacionais que se desenvolvem no seio da sociedade civil, na qual os indivíduos são os personagens por excelência, sujeitos todos, igualmente, ao "princípio de paridade".

Na raiz do Direito Constitucional ressaem os princípios universalmente reconhecidos como *conditiones sine quibus non* da vida contratual: o da salvaguarda do equilíbrio econômico dos contratos e o do repúdio a toda onerosidade excessiva, que possa atingir a obrigação de qualquer das partes, como notou Reale (1997, p.8) e decorre de lei (CC/2002, art. 478). (BRASIL, 2002)

A irradiação da autonomia privada, fonte de toda a vida negocial e da própria iniciativa privada (CF, art. 170), traduzindo-se na liberdade negocial, luz do princípio de igualdade e isonomia, que se estabelece entre os indivíduos, deve presidir, também, as relações entre os contratantes, especialmente as de caráter oneroso. Que para que seja dado a cada um dos contratantes o que é seu, impõe-se a preservação permanente do equilíbrio econômico dos contratos, a inevitabilidade da onerosidade excessiva.

A concepção patrimonialista e individualista inspirou legisladores e sobreviveu por longo tempo, desde o Código de Napoleão (1804) até o Código Civil brasileiro (1916) e, mesmo depois deste, alterou-se pela legislação infraconstitucional, embora sem responder aos anseios sociais. Essa imutabilidade e esse marasmo passaram a dinamizar-se e a contemporaneizar-se com o surgimento, a partir da década de 1930, com o advento da Lei da Usura, do Inquilinato, Loteamento etc.

A proteção fornecida pelo Estado vicejou, porém, com a promulgação da Constituição de 1988, que mudou o foco: o homem passou a ser um fim em si mesmo e seu patrimônio, apenas um meio de sua realização (CASTRO, 2004, p. 82).

Multiplicaram-se os microssistemas regulando matérias que o Código Civil de 1916 não disciplinava, convenientemente; Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente e outras já declinadas no texto.

A Constituição de 1988 valorizou o homem, supervalorizando a dignidade humana, e a partir dessa concepção nova, despatrimonializou o Direito Civil, mormente nos seus redutos mais significativos e conservadores, antes imunes às mudanças: os institutos irradiados do Direito das obrigações e do próprio Direito das Coisas, no seu núcleo principal, irradiado dos institutos da posse e da propriedade, tradicionalmente refratárias às transformações sociais. Inseridas essas "ramificações" do Direito no contexto do Direito privado, toda a sua sistematização revelou-se altamente monoteísta, pois as "mudanças" operadas nunca saíram da esfera privatística, pois ainda quando o Estado limitava os indivíduos, ele o fazia segundo os interesses e exigências dos próprios indivíduos, na expressão feliz de Bodin de Moraes (1999). E o Prof. César Fiuza (FIUZA, 2004, p. 74) vislumbrou que o Estado social, valorizando a dignidade da pessoa humana, retirou a autonomia da vontade e a propriedade do epicentro das relações jurídicas.

Efetivamente, a solidariedade social, acolhida pela Constituição de 1988 (art. 3º), a seu turno, reduz e transforma os interesses individuais, contrapondo-se a esses, quando menos para fazer exsurgir única conciliação entre ambos, constituindo-se fonte da função social na propriedade (e na posse), que encontra sua plenitude no texto constitucional e suas raízes nas proposições de DUGUIT, quando sustentou que falar de direitos anteriores da sociedade é falar do nada, introduzindo a noção realista da função social em substituição à noção metafísica de direito subjetivo (DUGUIT, 1975, p. 178-179). Seus fundamentos do realismo e do socialismo decorrem da visualização do que pode ser observado e comprovado (realista) e porque repousa nas condições mesmas da vida social (socialista), na estrutura social, na necessidade de manter coerentes entre si os diferentes elementos sociais.

No que tange à autonomia da vontade Zanardi viu uma dicotomia entre os interesses individual e social, cujo vínculo entre eles sempre foi olvidado, observando "a inadequação do modelo liberal em relação proteção da coletividade, frente aos abusos permitidos pela liberdade contratual", que gerou a vedação de o Estado intervir nas relações privadas objetivando a promoção da igualdade material. E diagnostica que a mudança do paradigma do Estado adveio da sua intervenção nas esferas privadas (ZANARDI, 2011).

A Constituição de 1988, quebrando a dicotomia entre Direito Público / Privado, estabeleceu a unidade do Direito, impondo a compatibilização necessária à absorção das profundas transformações introduzidas, com reflexos em todos os institutos regulados pelo Ordenamento, especialmente em tema da despatrimonialização pelas irradiações dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e o da cidadania.

REFERÊNCIAS

FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo – 8º ed., ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

RODRIGUES, Dirceu A. Victor. **Dicionário de brocados jurídicos** – 7ª Ed. ver e aum. São Paulo: Sugestões literárias S/A, 1972.

POTHIER, Robert Joseph. **Tratado de Las Obligaciones**. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.

SERPA LOPES, Miguel Maria. **Curso de direito civil**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos S/A, 1989.

IHERING, Rudolf Von. **De intereses em los contratos**. Buenos Aires: Atlaya, 1947.

WINDSCHEID, Bernard. **Dirito delle pandeat**. Torino: Unione Tipografico — Editrice Torinese, 1925.

ANTUNES ROCHA, Carmen Lúcia. **O direito à vida digna** (Coordenação) - Belo Horizonte: Fórum. 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GOMES, Orlando. Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro. In: BASTOS, Freitas. **Direito Privado**. Rio de Janeiro: Novos Aspectos, 1961;

GOMES, Orlando. A Agonia do Código Civil. **Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro**, Rio de Janeiro, n. 7, 1988.

DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

BITTAR, Carlos Alberto et al. **Direito civil constitucional**. São Paulo: Editora RT, 3ª ed., 2003.

MURPHY, Walter F. **A arte da interpretação constitucional**: Ensaio sobre a Constituição dos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CANOTILHO, José Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República portuguesa anotada**. Coimbra: Almedina, 1980.

PERLINGIERI, Pietro; DE CICCIO, Cristina. **Perfis do direito civil constitucional: introdução ao direito civil**. Renovar, 1997.

FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. **El Derecho Civil Constitucional. Reimpresão**. Madrid: Civitas, 1991.

DUGUIT, Léon. **Las transformaciones del derecho público y privado**. Buenos Aires: Editorial Heliasta S. R. L. Tradução de dolfo G. Posada y Ramón Jaen, s/d.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1990

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**, São Paulo: Malheiros, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte; Del Rey, 2002.

BREBBIA, Roberto H. **El dano moral**. Buenos Aires: Editorial Argentina, 1950

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**, 6ª ed. rev. atual. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental** – Do individual ao coletivo extrapatrimonial, 2ª ed. rev. atual. e aumente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Reparação do dano moral**: RT, 1988, v. 631.

CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. A evolução histórica do dano moral. **Revista dos Advogados**, São Paulo, v. 49, 1996.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: RT, 1992.

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. São Paulo: RT, 1998.

Revista Forense, Rio de Janeiro., v. 37, 201 – 202, 1921. Apelação Cível 3.585, de 13 de dezembro de 1913, rel. Min. Pedro Lessa;

Revista dos Tribunais, São Paulo, v.11, p. 35 – 39, 1912. Apelação Civil nº 1723, rel. M. Murtinho (acórdão de 13 dezembro).

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1995.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971.

MARTINS COSTA, Judith et al. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARLOS BRANCO, Gérson Luiz. O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. Saraiva, 2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Novo código civil** – Interfaces no ordenamento jurídico brasileiro (coordenadora). Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA BASTOS, Ricardo da. Fundamento filosófico da função social do contrato. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Novo código civil** – Interfaces no ordenamento jurídico brasileiro (coordenadora). Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

REALE, Miguel. **Questões de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CASTRO, Dayse Starling Lima. A constituição federal de 1988 e o novo código civil. In: CASTRO, Dayse Starling Lima. **Direito Público**. Belo Horizonte: editora PUC-Minas, 2004.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Constituição e direito civil: tendências. **Anais da XVII Conferência Nacional dos Advogados**. Rio de Janeiro, 30 de agosto de 1999.

DUGUIT, Léon. **Las transformationes del derecho público y privado**. Buenos Aires: Editorial Heliasta S. R. L. Tradução de Dolfo G. Posada y Ramón Jaen, s/d.

ZANARDI, Teodoro Adriano. O Direito Privado entre o Ter e o Ser. In: CHAVES, C. T.; ÁVILA, Luiz Augusto de Lima (Org.). **Epistemologia e Iconoclastia**. Piumhi: Luiz Augusto de Lima Ávila Editor, 2011.