

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

ANDRÉ VIANA DA CRUZ

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

CLÁUDIA MANSANI QUEDA DE TOLEDO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: André Viana Da Cruz; Cláudia Mansani Queda De Toledo; Otavio Luiz Rodrigues Junior; – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN:978-85-5505-541-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Civil. 3. Constituição. 4. Dano Moral. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Apresentação

Os artigos contidos na presente publicação foram anunciados no Grupo de Trabalho Direito Civil Constitucional, durante o XXVI Encontro Nacional do Conpedi, em São Luís, intitulado Direito, Democracia e Instituições no Sistema de Justiça, promovido em parceria com a Universidade Ceuma, no Maranhão. A coletânea de temas apresentados como comunicações científicas envolveu participações de vários Programas de Pós-Graduação em Direito representados por seus pesquisadores de mestrado e doutorado de todo o país e consolidam relevantes comunicações científicas a contribuir para a evolução doutrinária que entrelaça temas relativos ao direito civil e ao direito constitucional, em seus pontos de aproximação pertinentes. Os artigos foram selecionados por meio de dupla avaliação cega por pares e levaram ao encontro acadêmico de pós-graduação várias controvérsias e desafios que se iniciaram desde a análise crítica da teoria do reconhecimento e a democracia, perpassaram conteúdos sobre o neoconstitucionalismo e a função social do judiciário, o controle da convencionalidade, para alcançar os pronunciamentos científicos sobre institutos essencialmente do direito privado como a curatela e a pessoa com deficiência, a desconsideração da personalidade jurídica, a decadência, algumas dimensões dos direitos da personalidade, o estudo da boa-fé no sistema brasileiro e da responsabilidade civil, algumas noções do contrato advindas do direito romano na contemporaneidade, a abordagem da discussão sobre a responsabilidade pessoal do agente público, o estudo do instituto usucapião em face do bem hereditário e a função social da propriedade. Acrescidos de exposições sobre os conceitos de igualdade e de vulnerabilidade e a reparação de danos, assim como a atualidade necessária à compreensão a respeito do dano moral e da multipropriedade no direito civil brasileiro.

O número de artigos apresentados foi de 17, todos permeados de intensos debates, desde o enfrentamento da conformação da disciplina direito civil constitucional até a nítida abordagem de institutos do direito civil, com a participação desta coordenação que foi enriquecida pela maciça cooperação dos pesquisados presentes e de convidados e renomados professores que prestigiaram os trabalhos.

Os objetos sobre os quais se dialogou tem ampla abrangência na ciência do direito e demonstram a importância do encontro científico do CONPEDI. A leitura indicará a

preocupação com o entrelaçamento possível e científico entre os ramos do direito civil e constitucional a demonstrar a singular contribuição acadêmica concretizada no Grupo de Trabalho.

Registre-se por parte desta coordenação conjunta os agradecimentos pela participação dos pesquisadores.

Prof. Dr. Otávio Luiz Rodrigues Junior - USP

Profa. Dra. Cláudia Mansani Queda De Toledo - ITE

Prof. Dr. André Viana Da Cruz - UFG

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O PATRIMÔNIO NO BRASIL: UMA PERSPECTIVA CIVIL CONSTITUCIONAL

THE PATRIMONY IN BRAZIL: A CONSTITUTIONAL CIVIL PERSPECTIVE

Bruno Terra de Moraes ¹

Resumo

A noção de “patrimônio” no Brasil não é adequadamente sedimentada. Há quem considere o patrimônio uma projeção da personalidade, o que equipara os fundamentos de ambos os conceitos, algo indevido ante o direito civil constitucional. Há, também, quem estude o patrimônio conferindo primazia ao aspecto estrutural, não ao funcional. Conforme os ditames do direito civil constitucional, deve-se inverter tal lógica. E mais: deve-se conferir maior importância à função de suporte material à vida, não às de garantia nas relações obrigacionais e medida quantitativa da sucessão, já que a primazia daquela função melhor se adequa à dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Patrimônio, Aspectos funcional e estrutural, Direito civil constitucional, Suporte material, Dignidade da pessoa humana

Abstract/Resumen/Résumé

The idea of "patrimony" in Brazil is not adequately settled. Some consider the patrimony a projection of the personality, which equates the foundations of both concepts, something incorrect under the constitutional civil law. Some study the patrimony conferring primacy to the structural, not to the functional aspect. In accordance with constitutional civil law, this logic must be inverted. Besides that, the role of material support for life should be given greater importance than the importance of patrimony as guarantee of relations of obligations and as the quantitative measure of heritage, what is better suited to the human dignity.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Patrimony, Functional and structural aspects, Constitutional civil law, Material support, Dignity of the human person

¹ Procurador do Estado do Rio de Janeiro, pós-graduado em Direito Civil Constitucional, Mestre e Doutorando pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro

1 INTRODUÇÃO

A noção de patrimônio, em que pese de grande importância no direito brasileiro, não vem merecendo a atenção devida. Poucos são aqueles que se dedicam ao seu estudo específico, o que seria salutar, em vista da complexidade do tema. E tal é esta complexidade que não há um conceito uniforme de patrimônio, devendo-se recorrer, para não se deixar a definição em aberto, a um conceito minimamente conceitual.

Ressalte-se, também, que grande parte da doutrina ainda se filia à noção de que o patrimônio se consistiria em uma projeção da personalidade. Importante analisar quais são os desdobramentos desta ideia e se ela se compatibiliza com a noção de prevalência, no ordenamento jurídico, do princípio da dignidade da pessoa humana. Vale dizer: cumpre questionar se os princípios incidentes sobre patrimônio e personalidade permitem o atrelamento de ambas as noções.

Outro ponto relevante é o fato de que a grande maioria dos doutrinadores que se dedicam ao estudo do patrimônio confere primazia ao seu aspecto estrutural, o que leva a que o instituto seja moldado de maneira a caber naquele esquema pré-concebido. Esta lógica será, aqui, invertida, de modo a se conferir primazia ao aspecto funcional. Neste momento, procurar-se-á definir quais são as funções principais do patrimônio, partindo-se da premissa de que são aquelas que mais se aproximam da promoção do princípio da dignidade da pessoa humana.

Por fim, estudado o aspecto funcional, e somente após este passo, será possível, com mais clareza e exatidão, passar-se à análise da estrutura do patrimônio, inclusive no que se refere às suas partes integrantes. Cotejando-a com o aspecto funcional, será sustentado que farão parte de tal universalidade os elementos que influenciam, de forma determinante, o potencial do patrimônio de servir à pessoa.

2 O PATRIMÔNIO NO DIREITO BRASILEIRO

O conceito de patrimônio não é unânime entre os juristas. Entretanto, é possível estabelecer uma definição que abranja noções razoavelmente aceitas. Neste sentido, Clóvis Bevilácqua o define como sendo “o complexo das relações jurídicas de uma pessoa, que tiverem valor econômico” (BEVILÁCQUA, 2015, p.207).¹

¹ Note-se que tal conceito também foi adotado por Caio Mário (ver PEREIRA, 2014, p.329).

Em sentido semelhante, ressaltando-se o caráter econômico dos bens e direitos que integram o patrimônio, Luis Edson Fachin entende que patrimônio é “um conjunto de direitos, relações ou bens que sejam aferíveis em pecúnia, ou seja, tenham um valor de troca” (FACHIN, 2001, p.46).

Portanto, parece ser claro que o patrimônio é composto por elementos que traduzem uma expressão econômica, ressaltando-se, pois, a sua noção quantitativa, tal como entende Milena Donato Oliva ao dispor que “o patrimônio, no direito brasileiro, constitui universalidade formada por situações jurídicas subjetivas ativas, noção indubitavelmente quantitativa” (OLIVA, 2009, p.201).

A característica de ser possível a aferição em pecúnia dos elementos do patrimônio confere a ele um caráter eminentemente quantitativo, de modo a apartá-lo dos interesses de cunho existencial.

Não obstante, há vozes na doutrina que desconsideram a autonomia entre o patrimônio e a esfera da personalidade. Isso ocorre porque, segundo a doutrina clássica, entende-se por direito civil aquele instituído por meio do Código de Napoleão, diploma este que influenciou o conteúdo de códigos de diversos países ao longo do século XIX e início do século XX (BODIN DE MORAES, 2010a, p.4). É de se destacar a primazia que o *Code* confere à propriedade, definindo-a como o “direito de gozar e dispor dos bens da maneira mais absoluta” (BODIN DE MORAES, 2010a, p.5). O direito civil, pois, “destinava-se a assegurar a liberdade de contratar e a franca apropriação dos bens [...]” (TEPEDINO, 2009a, p.42). Tratava-se, portanto, de um diploma jurídico impregnado da noção de defesa do indivíduo em face do Estado, proclamando-se amplíssima liberdade para o exercício da atividade econômica (BODIN DE MORAES, 2010a, p.5). Nítido, assim, o seu caráter liberal, individualista e patrimonialista.

A codificação no Brasil sofreu significativa influência da lógica insculpida na codificação europeia, que inspirou o Código Civil de 1916, o que levou à afirmação de que “[...] todo o Código Civil permanecia ancorado na ampla liberdade de contratar, no livre exercício da propriedade privada” (SCHREIBER, 2013a, p.10). Como consequência, o estudo do direito civil no Brasil foi, e ainda é, nitidamente influenciado pelos liberalismo, individualismo, voluntarismo e patrimonialismo que impregnaram a filosofia do século XVIII (SCHREIBER, 2013a, p.10). Seguindo essa lógica, a propriedade é considerada por muitos como “o mais importante dos direitos privados” (AMARAL, 2014, p.190).

Neste sentido, autores nacionais, ao analisarem o patrimônio, o apresentam como uma projeção da personalidade.² Francisco Amaral, por exemplo, afirma que “[...] o patrimônio é a continuação da personalidade, é sua projeção econômica, ou, até, atributo” (AMARAL, 2014, p.402). E tal seria o vínculo entre personalidade e o patrimônio que não haveria a possibilidade de sua alienação a outrem, por inteiro, já que sem o patrimônio a pessoa não conseguiria viver (WALD, 1992, p.181). Seriam associados, assim, de modo indissolúvel, personalidade e patrimônio.

Ocorre, contudo, que aqueles são conceitos com noções flagrantemente distintas. Afinal, enquanto ressalta no patrimônio o seu aspecto quantitativo, como já visto alhures, quando se trata de personalidade o aspecto relevante é o qualitativo. Ao analisar a relação entre patrimônio e personalidade, criticando-a, Milena Donato Oliva (2009, p.201-202) afirma que:

Além disso, concebida como valor máximo do ordenamento, da personalidade não emana, à evidência, o patrimônio. Com efeito, da pessoa humana, cuja tutela e promoção se efetivam por meio das situações jurídicas existenciais, não se extraem princípios do patrimônio, o qual se refere às situações jurídicas suscetíveis de apreciação pecuniária, sujeitas a disciplina própria, que não se confunde com a das situações existenciais, tendo em conta a diversa função que realizam.

A Constituição de 1988 alçou a pessoa humana ao ápice do ordenamento jurídico, de modo que a finalidade última do ordenamento é a tutela da sua dignidade. Assim, o ser humano jamais pode ser considerado um meio para se atingir determinadas finalidades, mas sempre é um fim em si mesmo (BODIN DE MORAES, 2010d, p.81). As normas jurídicas, portanto, precisam ter como finalidade o homem (BODIN DE MORAES, 2010d, p.81), sendo a pessoa humana “elevada ao patamar de epicentro dos epicentros” (FACHIN, 2011, p.31).

Por outro lado, há de ser levado em consideração o influxo dos princípios constitucionais sobre todo o ordenamento, isto é, eles passam a conformar a sua inteireza (BODIN DE MORAES, 2010b, p.320), inclusive no que se refere às relações privadas. A este respeito, Gustavo Tepedino observa que “o direito civil assistiu ao deslocamento de seus princípios fundamentais do Código Civil para a Constituição” (TEPEDINO, 2009b, p.5), em importante inversão da lógica vigorante sob a égide do Estado liberal. A dignidade da pessoa humana é, portanto, “a base valorativa de sustentação de toda e qualquer situação jurídica de direito privado” (MULHOLLAND, 2010, p.69).

² Neste sentido, tome por exemplo AMARAL, 2014, p.402; BEVILÁQUA, 2015, p.209; WALD, 1992, p.181.

A Constituição de 1988 alçou a pessoa humana ao ápice do ordenamento jurídico, de modo que a finalidade última deste é a tutela da sua dignidade, erigida à condição de fundamento da república no art. 1.º, III da CRFB/88, devendo irradiar-se tal princípio por todo o sistema jurídico (MONTEIRO FILHO, 2008, p.73).

Se a pessoa humana é o centro do ordenamento, o tratamento conferido aos interesses existenciais, que se referem à personalidade³, difere em relação aos patrimoniais, de modo que estes têm que ser funcionalizados àqueles (TEPEDINO, 2009b, p.13). Consolidou-se, pois, a prevalência das relações não patrimoniais em relação às relações patrimoniais (BODIN DE MORAES, 2010c, p.124).

Diante da diferença de tratamentos conferida pelo ordenamento brasileiro às relações existenciais e patrimoniais, não há como se sustentar correta a tradicional visão de que o patrimônio seria uma decorrência, uma projeção ou um aspecto da personalidade. Não é difícil imaginar que, caso o patrimônio tivesse raiz na personalidade, desta herdaria boa parte de seus fundamentos axiológicos. Assim, sustentar, como se sustenta tradicionalmente, um indissolúvel e necessário liame entre personalidade e patrimônio, é, por vias oblíquas, sustentar a identidade de fundamentos da personalidade e do patrimônio, equiparando-os, o que foge à lógica do ordenamento.^{4,5}

Neste sentido, afigura-se imperioso repensar a noção de patrimônio, eis que a concepção tradicional de sua ligação com a personalidade não subsiste nos tempos atuais.

3 ANÁLISE FUNCIONAL DO PATRIMÔNIO

Em geral, na doutrina, o debate sobre o patrimônio é centrado na sua estrutura, conferindo-se menos importância à sua função. Entretanto, a premissa deve ser inversa: somente a partir de uma análise funcionalizada do patrimônio é que será possível completar-se a sua estrutura.

³ Por *personalidade* se entende o “conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico” (TEPEDINO, 2001b, p.27).

⁴ Segundo Milena Donato Oliva, “Além disso, concebida como valor máximo do ordenamento, da personalidade não emana, à evidência, o patrimônio. Com efeito, da pessoa humana, cuja tutela e promoção se efetivam por meio das situações jurídicas existenciais, não se extraem princípios do patrimônio, o qual se refere às situações jurídicas suscetíveis de apreciação pecuniária, sujeitas a disciplina própria, que não se confunde com a das situações existenciais, tendo em conta a diversa função que realizam.” (OLIVA, 2009, p.201-202).

⁵ Tome-se, neste diapasão, as lições de Luiz Edson Fachin: “Há esforço expressivo no sentido de recuperar a preponderância da pessoa em relação ao patrimônio, inclusive na teoria filosófica. [...] a ‘repersonalização’ do Direito assenta-se na premissa de que patrimônio e pessoa não estão absolutamente entrelaçados, nem ocupa um primeiro plano a relação entre eles [...]” (FACHIN, 2001, p.41-42).

Conforme ensina Pietro Perlingieri: “Na individuação da natureza dos institutos concorrem estrutura e função, mas é esta última, como síntese dos efeitos essenciais e característicos, produzidos ainda que de forma diferida, a tipificar a *fattispecie*” (PERLINGIERI, 2008, p.118).

Importa notar, portanto, a prevalência da função em detrimento da estrutura. Em outras palavras, é a função que informa a estrutura, e não o contrário. Não à toa que se afirma que “a função corresponde aos interesses que um certo instituto pretende tutelar e é, na verdade, o seu elemento de maior importância, já que determina, em última análise, os traços fundamentais da estrutura” (SCHREIBER, 2013b, p.245-246). Não há como se conceber uma estrutura pretensamente fechada, sem que se tenha bastante clara qual a função príncipe do instituto jurídico.

Deve-se recordar que, à luz da mudança de paradigmas verificada no direito civil, com o influxo direto nas relações privadas dos princípios e valores constitucionais, o patrimônio está funcionalizado ao atendimento de “interesses não proprietários considerados socialmente relevantes” (SCHREIBER, 2013b, p.250). Considerando-se a natural correlação que se verifica entre propriedade e patrimônio, é de se aplicar a este a função social prevista no art. 5.º, XXIII da CRFB/88. Partindo-se desta premissa, deve-se estudar qual a finalidade do patrimônio que mais se concilia com a noção de função social.

Estudando-se as funções relativas ao patrimônio cogitadas no direito brasileiro, percebe-se que se confere enorme importância aos seus papéis de garantia do adimplemento das obrigações e de fixação da situação patrimonial do *de cujus* no momento da partilha.⁶

Com relação à função de garantia do adimplemento das obrigações, não se nega a sua imensa importância, eis que, ao lançar-se mão desta garantia, está-se procurando assegurar a realização dos direitos do credor (LEITÃO, 2012, p.14), desfecho desejado do negócio jurídico.

Com o estabelecimento de uma garantia adequada, diminuem os riscos dos negócios jurídicos, o que, decerto, pode impactar positivamente nos custos de sua celebração.

Saliente-se, ainda, a importância conferida ao patrimônio quando considerado como a medida da herança. O vulto do patrimônio do falecido corresponderá ao que será transmitido. A sucessão assenta-se, assim, na noção de patrimônio (AMARAL, 2014, p.402).

⁶ PEREIRA, 2014, p.329. No mesmo sentido caminha Francisco Amaral, para quem “a importância do patrimônio manifesta-se em dois aspectos: a) constitui garantia dos credores (CPC, art. 591), e b) fixa a universalidade, o conjunto de direitos de uma pessoa no momento de sua morte, quando se transmite aos respectivos herdeiros (CC, art. 1784)”. (AMARAL, 2014, p.402). Milena Donato Oliva também ressalta a

Deve-se perquirir, contudo, se estas funções até aqui apresentadas, a despeito da indiscutível importância, são aquelas, de fato, mais relevantes para o ordenamento.

Quanto à função do patrimônio de funcionar como garantia da obrigação, o que se quer dizer é que aquele se constitui em uma garantia geral, isto é, permite que o credor, em caso de inadimplemento, execute, coercitivamente, o patrimônio do devedor, de modo a satisfazer o seu crédito. Diz-se ser uma garantia *geral* eis que se refere ao patrimônio do devedor como um todo, diferenciando-se das garantias especiais, estas recaindo sobre bens específicos do devedor, como, por exemplo, a hipoteca (MARTINEZ; PONTE, 2006, p.13-14).

No que tange ao direito das obrigações, na esteira do princípio da solidariedade insculpido no art. 3.º, I, da CRFB/88, tem-se por prevalente na moderna doutrina civilista a ideia de que a relação obrigacional se consiste em um processo, tendente à consecução de um fim, sendo este o adimplemento, com a satisfação do interesse do credor (SILVA, 2006, p.20). Portanto, todos os atos realizados no âmbito de uma relação obrigacional devem sê-lo visando à aproximação das partes do desfecho desejado, isto é, o adimplemento da obrigação tal como foi contraída. Qualquer desfecho distinto será, portanto, algo patológico, a ser evitado pelo ordenamento jurídico.⁷

Se assim o é, a função do patrimônio como garantia da obrigação pressupõe uma situação de latência, somente se efetivando em caso de inadimplemento da obrigação. O inadimplemento, como visto, é situação patológica, não querida pelo direito. Entender como uma das principais funções do patrimônio o seu funcionamento como garantia geral da obrigação implica em escondê-lo, aviltá-lo, reservando a sua importância somente para um momento patológico da relação obrigacional. Relega-se a planos inferiores as suas potencialidades de geração de riqueza e atendimento, de modo positivo⁸, a interesses socialmente relevantes. Não há como entender como o mais relevante um aspecto inerte do patrimônio. Vale ressaltar, ainda, que a utilização do patrimônio como garantia da obrigação, a rigor, atende aos interesses do credor, e não do próprio titular do patrimônio, estando, no

importância da função do patrimônio como a “garantia assegurada aos credores do devedor para a satisfação de seus créditos no caso de inadimplemento.” (OLIVA, 2009, p.185).

⁷ Segundo Clóvis do Couto e Silva: “Os atos praticados pelo devedor, assim como os realizados pelo credor, repercutem no mundo jurídico, nele ingressam e são dispostos e classificados segundo uma ordem, atendendo-se aos conceitos elaborados pela teoria do direito. Esses atos, evidentemente, tendem a um fim. E é precisamente a finalidade que determina a concepção da obrigação como processo.” (SILVA, 2006, p.20-21).

⁸ Utilizou-se o termo “positivo” em contraposição à posição inerte ocupada pelo patrimônio quando funciona como garantia da obrigação, apenas ocupando uma posição de destaque em caso de inadimplemento.

mais das vezes, desatrelada da noção de subsistência, que com muito mais força se compatibiliza com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Deve-se considerar como protagonista no ordenamento, pois, uma função na qual a massa patrimonial funcione, de fato, como elemento propulsor da satisfação de interesses socialmente relevantes.

Situação semelhante ocorre quando se considera como uma das funções mais relevantes do patrimônio o seu funcionamento como esteio e medida quantitativa da sucessão. Trata-se de relegar o patrimônio a um aspecto inteiramente secundário, inclusive no que se refere aos interesses do seu próprio titular. Esta noção implica que as atenções somente se voltem ao patrimônio com a morte daquele indivíduo. Forma-se, portanto, uma ideia de incômoda hibernação do patrimônio, até que surja o despertar para a sua importância apenas no momento da morte do seu titular, sem se considerar as relevantíssimas funções do patrimônio ao longo da vida daquele.

Ambas as funções acima pressupõem um parco poder do titular do patrimônio de influenciar os seus efeitos. Não é o titular que estipula se o patrimônio servirá como garantia geral da obrigação, e nem, tampouco, se o patrimônio servirá de medida da sucessão. Ao se considerar a supremacia das funções acima, deixa-se em segundo plano a possibilidade de o titular do patrimônio conjugar os elementos deste integrantes para produzir riqueza e, por conseguinte, satisfazer interesses socialmente relevantes, como, por exemplo, proporcionar a sua própria subsistência.⁹

Repita-se: as funções do patrimônio na sucessão e como garantia não devem ser desconsideradas. Elas compõem o que, no trecho transcrito acima, foi denominado de *função externa*, eis que não se refere à relação entre o patrimônio e o seu titular. Ocorre, contudo, que tais funções não devem ser colocadas em posição de primazia, já que há funções econômico-sociais do patrimônio que as ultrapassam.

Deve-se, pois, repensar o patrimônio, de modo a considerar como predominantes aquelas funções econômico-sociais que têm maior pertinência com a dignidade, sob pena de se aviltar a noção de patrimônio. Neste sentido, afirma Luis Alberto Carvalho Fernandes que,

⁹ Neste sentido, interessante é a lição de Luis Alberto de Carvalho Fernandes: “É corrente na doutrina dizer-se que a função do patrimônio consiste em servir de garantia comum dos credores do seu titular. O patrimônio aparece aqui fundamentalmente a actuar quanto a pessoas diversas do seu titular e por isso esta função se chama *externa*.

[...]

Desde logo, esta concepção do patrimônio tem o sentido estranho de, por tal forma, se não levar em conta e se deixar por explicar a relação entre o patrimônio e o seu próprio titular. Mas não atende também ao facto de o patrimônio ter uma relevância econômico-social não explicada integralmente por aquela função de garantia.” (FERNANDES, 2009, p.148-149).

“indo de encontro destas considerações, aponta-se hoje ao patrimônio uma outra função – dita interna – que consiste em servir de suporte material de vida do seu titular” (FERNANDES, 2009, p.149).

Adotando-se a nomenclatura apresentada por Luis Alberto de Carvalho Fernandes, tem-se que a função interna do patrimônio, isto é, aquela que se volta para a satisfação dos interesses do seu próprio titular, está muito mais de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, alçado ao ápice do ordenamento no art. 1.º, III da CRFB/88, de modo a funcionar, nas palavras acima transcritas do referido autor, como “*suporte material de vida do seu titular.*” Não é difícil verificar que este suporte material possui relevantíssimo papel na promoção da dignidade do indivíduo, eis que será dele que a pessoa extrairá a sua subsistência.

Mas a promoção da dignidade também pode ir além da pessoa do titular. Afinal, satisfeitos os suportes materiais mínimos para a vida do titular do patrimônio, nada impede que este seja utilizado com a finalidade de promover a subsistência de terceiros.

A noção das funções primordiais do patrimônio como promotoras da dignidade da pessoa humana é fundamental. Retira-se, com isto, a posição de primazia das funções do patrimônio que atendem, apenas mediatamente, aos valores e princípios constitucionais, repassando-as para as funções que, imediatamente, atendem àqueles valores.

Tenha-se em mente, contudo, que somente se deve valer do patrimônio com a observância do art. 5.º, XXIII da CRFB/88 e, caso o patrimônio se volte à realização de alguma atividade econômica, do art. 170, III da CRFB/88. Por conseguinte, o direito do indivíduo de servir-se materialmente do patrimônio já nasce limitado pela necessidade de observância da função social.

Em outras palavras: somente será legítimo ao titular valer-se do patrimônio como esteio material de sua vida até o ponto em que esta maneira de proceder esteja funcionalizada à consecução de interesses sociais relevantes. Observa-se que, sob esta ótica, o patrimônio se funcionaliza à valorização da pessoa, não se tratando de uma valorização do patrimônio em si.¹⁰

Daí se extrai que a principal função do patrimônio reside na promoção do sustentáculo material da vida, tornando-a digna (FACHIN, 2001, p.299).

¹⁰ Assim sustenta Luiz Edson Fachin: “A existência possível de um patrimônio mínimo concretiza, de algum modo, a expiação da desigualdade, e ajusta, ao menos em parte, a lógica do Direito à razoabilidade da vida daqueles que, no mundo do ter, menos têm e mais necessitam.” (FACHIN, 2001, p.176).

Em se tratando de patrimônio de pessoa jurídica, a função príncipe do patrimônio, posto não se falar aí em dignidade da pessoa humana¹¹, será a de proporcionar os meios para a realização de sua atividade, na “condição de instrumento de promoção dos valores sociais e não-patrimoniais” (TEPEDINO, 2001a, p.501), de acordo com o art. 170, III da CRFB/88. Assim, no que se refere à pessoa jurídica, o patrimônio também possuirá função precípua de cunho positivo, de força motriz da atividade, sem se perder de vista, no entanto, que esta atividade somente será tutelada pelo ordenamento jurídico caso funcionalizada à promoção daqueles valores. Então, mesmo em se tratando de pessoa jurídica, a noção de patrimônio ganha uma noção proativa primordial, e não meramente estática como garantia da obrigação e base da sucessão.

Chega-se, então, a uma função positiva e proativa do patrimônio, e não meramente passiva a aguardar o inadimplemento da obrigação ou a morte do titular.

E conceder uma primazia ao aspecto funcional do patrimônio ajuda a compreender e aceitar a ideia de patrimônio separado, abrindo-se o flanco para que o legislador preveja universalidades patrimoniais, voltadas para a consecução de escopos específicos, que o ordenamento pretenda promover.¹²

O que se verifica no trecho transcrito é que relações jurídicas podem ser reunidas sob a forma de patrimônio não em razão de sua identidade subjetiva, mas sim por força de uma finalidade específica.¹³

Com o rompimento da lógica clássica, de se atrelar patrimônio à personalidade, não mais se considera dogma a indivisibilidade do patrimônio (OLIVA, 2009, p.221-222).

¹¹ Segundo Gustavo Tepedino, a aplicação às pessoas jurídicas dos direitos da personalidade é incompatível com a tábua axiológica da Constituição, devendo reservar sua aplicação à pessoa humana. Neste sentido, afirma que “[...] verifica-se como os direitos da personalidade se ressentem de uma elaboração teórica compatível com a sua essencial e inafastável vinculação aos valores da pessoa humana. Não se pode concebê-los nos moldes engendrados pela doutrina do direito subjetivo, tradicionalmente elaborada à luz (e sempre à sombra) do direito da propriedade.” (TEPEDINO, 2001a, p.501).

¹² Neste sentido, ensina Milena Donato Oliva: “Entretanto, não somente em virtude da unidade subjetiva das situações jurídicas pode o legislador criar a universalidade patrimonial. A unificação das situações ativas avaliáveis em dinheiro pode ocorrer em vista de um escopo que o ordenamento quer promover. Diante disso, determinado complexo de situações ativas avaliáveis em pecúnia pode ser elevado a universalidade de direito, isto é, a patrimônio, por força de um fim que a lei quer realizar, não já pela identidade subjetiva das situações jurídicas.” (OLIVA, 2009, p.218). Ressalva-se, apenas, a menção no trecho acima do termo “ativas”, já que, conforme se analisou alhures, no presente trabalho se sustenta a ideia de que as situações passivas também integram o patrimônio.

¹³ A ideia de patrimônio separado também é admitida no direito português, como se infere das palavras de Luís Alberto de Carvalho Fernandes: “Em regra, todos os bens de uma pessoa se integram no seu património; daqui resulta que cada pessoa tem o seu património próprio, mas tem um só património. Contudo, esta regra admite algumas exceções (embora reduzidas), por via das quais se torna possível ser a mesma pessoa titular de mais de uma massa patrimonial não integrada no seu património geral. Essa massa de bens constitui o que se designa como património autónomo ou separado, por composição aos demais bens da mesma pessoa, que formam o seu património geral.” (FERNANDES, 2009, p.158).

Isso, porém, não se realiza sem objeções de parte da doutrina, que sustenta a tese de que, na realidade, pode-se afetar bens do patrimônio geral a determinadas finalidades, situação esta, contudo, que não implicaria a formação de um novo patrimônio, eis que eles ainda permaneceriam no patrimônio geral da pessoa.¹⁴

Caio Mário entende que a separação patrimonial somente constituirá novo patrimônio caso acompanhada da formação de uma personalidade, como é o caso da fundação (PEREIRA, 2014, p.336).

A observação, *data venia*, não procede, na medida em que não é possível considerar o patrimônio separado como integrante do patrimônio geral do titular. Afinal, é dado essencial deste destaque patrimonial a vinculação desta massa de relações jurídicas a finalidades específicas. Isto é, o que lhe confere razão de ser é a finalidade para a qual se destina. Ele não está vinculado a nenhuma outra finalidade senão aquela que fundamenta a sua existência.¹⁵

Se, como já se colocou alhures, o aspecto funcional do patrimônio prepondera em relação ao aspecto estrutural, informando o instituto, resta claro que o patrimônio separado compõe massa patrimonial distinta em relação ao patrimônio geral, vez que sua finalidade se distingue da finalidade deste último.

E mesmo no que se refere à função patrimonial de garantia, o patrimônio afetado se distingue do patrimônio geral do titular. Isto porque o credor vinculado ao patrimônio separado somente possui ação em relação aos bens dele integrantes. Por outro lado, os credores gerais do sujeito não possuem ação em relação aos bens pertencentes ao patrimônio separado (CHALHUB, 2001, p.123).

Com finalidades díspares, entender o patrimônio separado como parte integrante do patrimônio geral é conferir primazia ao aspecto estrutural em detrimento do funcional, ignorando-se que, mesmo as estruturas pré-concebidas, quer pelo legislador, quer pelo intérprete, devem ser cotejadas com as definições axiológicas constitucionais, sob pena, aí sim, de subversão da lógica do ordenamento (TEPEDINO, 2006, p.400). Vale dizer: ignorar a

¹⁴ Este é o posicionamento de Francisco Amaral: “[...] a teoria da afetação não implica a superação da teoria tradicional. Nada há que impeça destacarem-se determinados bens do patrimônio geral para se afetarem a fim específico. Tais bens, entretanto, continuam no patrimônio geral da pessoa. Em face disso, pode-se reiterar que: 1) uma pessoa tem apenas um patrimônio; 2) toda pessoa tem necessariamente um patrimônio.” (AMARAL, 2014, p.403).

¹⁵ Segundo Melhim Namem Chalhub, “na linha dessa conceituação, é admissível a segregação, no âmbito do patrimônio em geral, de uma esfera jurídica mais restrita, submetida a critérios especiais e que pode ter desenvolvimento econômico próprio, sendo este, assim, um patrimônio especial, cuja configuração peculiar decorre dos fins que determinam sua formação. Existiriam, assim, várias massas patrimoniais independentes, constituídas especificamente para consecução de determinados fins jurídicos ou econômicos, a que se pode chamar de patrimônios de afetação.” (CHALHUB, 2001, p.119).

separação patrimonial nestes casos é, *concessa maxima venia*, subverter a realidade apenas para encaixá-la em um esquema pré-concebido.

E se as funções primordiais do patrimônio podem ser melhor atendidas por meio do patrimônio separado, abre-se o campo para a instituição, no direito brasileiro, do negócio de fidúcia, “que traduz esquema geral pelo qual os indivíduos podem estipular titularidade fiduciária com patrimônio separado” (OLIVA, 2013, p.61), destinada à consecução de finalidades específicas, que são o fundamento de sua instituição. Destaque-se a importância da finalidade na celebração do negócio de fidúcia, estando a conduta do titular da separação patrimonial vinculada à sua persecução, devendo ser diligente neste sentido, sob pena de invalidade de seus atos (OLIVA, 2014, p.67).

Importante ressaltar que o negócio de fidúcia é passível de se prestar para à consecução dos mais relevantes interesses sociais, como a proteção de incapazes.¹⁶

Logo, à luz de todas as potencialidades do patrimônio separado, é de se reconhecer, como possível, a sua admissão no direito brasileiro.

4 ANÁLISE ESTRUTURAL DO PATRIMÔNIO

Analisado o aspecto funcional do patrimônio, resta possibilitada a análise de sua estrutura.

Sendo o patrimônio o substrato da promoção da dignidade, a sua medida quantitativa será a ordem de grandeza que definirá o potencial de promoção desta dignidade. Logo, quanto mais vultoso for o patrimônio, maior será o seu potencial de promoção da dignidade.

Esta consideração leva ao questionamento acerca das partes integrantes do patrimônio. Vale dizer: o que está contido no patrimônio? Integram o patrimônio o ativo e o passivo¹⁷ ou apenas o passivo?

Para aqueles que atrelam a noção de patrimônio à de personalidade, é natural considerar ambos, isto é, ativo e passivo como integrantes do patrimônio.¹⁸

¹⁶ Milena Donato Oliva apresenta o seguinte exemplo: “Nesse contexto, admissão, em termos gerais, da fidúcia no direito pátrio se mostraria medida salutar para a tutela de relevantes necessidades patrimoniais e existenciais dos incapazes, em consonância com os valores sociais da livre iniciativa. Os pais poderiam atribuir ao fiduciário a propriedade de bens, que formariam patrimônio separado a ser administrado em proveito dos incapazes e consoante determinadas diretivas previamente fixadas. Seria possível que os incapazes (ou mesmo os que, capazes, tenham algum tipo de necessidade especial) recebessem tutela moldada às suas concretas necessidades.” (OLIVA, 2013, p.64-65).

¹⁷ Segundo Francisco Amaral, o ativo compreenderia o “conjunto de direitos que formam o patrimônio”, sendo o passivo “o conjunto de obrigações (dívidas)” (AMARAL, 2014, p.401).

Portanto, em se considerando o patrimônio uma projeção da personalidade, e sendo esta indivisível, impossível seria a inclusão do ativo e do passivo em unidades separadas.¹⁹

Modernamente, contudo, entende-se que somente o elemento ativo compõe o patrimônio. E isso adviria do fato de que em se tratando o patrimônio de uma universalidade, sobre a qual recaem direitos, a utilidade somente se extrairia das partes integrantes, e não do continente.

Nas palavras de Milena Donato Oliva, “só os elementos ativos são vocacionados para integrar as universalidades, pois só eles podem servir à satisfação de algum interesse” (OLIVA, 2009, p.167). Parte ela da premissa de que a função precípua do patrimônio no direito brasileiro seria a garantia de credores.²⁰

Ousa-se, contudo, discordar: deve-se considerar parte integrante do patrimônio não só o ativo, mas também o passivo. Evidentemente que isso não se deve à atrelagem do patrimônio à personalidade, premissa esta já repelida no presente estudo. A razão para que o elemento passivo integre o patrimônio reside em outra seara.

Conforme se infere do trecho acima descrito, a professora Milena Donato Oliva parte das seguintes premissas para embasar a sua tese de que o passivo não integra o patrimônio:

- a) como já mencionado, entende que a função do patrimônio de garantia de credores é a precípua no direito brasileiro; e
- b) parte da noção de que no direito brasileiro o patrimônio é considerado uma universalidade de direito, sendo que cada parte integrante desta deve ser apta a satisfazer interesses.²¹

Quanto à primeira premissa acima, conforme demonstrado alhures, sustenta-se no presente estudo que a garantia dos credores não é a função precípua do patrimônio, mas sim

¹⁸ Vale transcrever a lição de Milena Donato Oliva, que assim descreve a lógica da doutrina tradicional: “[...] por constituir emanção da personalidade, integram o patrimônio não só o ativo como o passivo. Com efeito, se o patrimônio, em sua mais alta expressão, é a própria pessoa, e esta pode ser sujeito ativo e passivo de relações jurídicas, compõe o patrimônio tanto os elementos ativos como os passivos. Dessa forma, a unificação do patrimônio, que o caracteriza como universalidade, decorre [...] do liame umbilical que guarda com a noção de personalidade, e, como esta, abrange o ativo e o passivo.” (OLIVA, 2009, p.165).

¹⁹ No mesmo sentido AMARAL, 2014, p.401; BEVILÁQUA, 2015, p.208; PEREIRA, 2014, p.329-330; WALD, 1992, p.180.

²⁰ É isso o que se verifica do trecho a seguir: “No direito pátrio, o patrimônio geral, concebido como universalidade de direito, tem como função precípua servir de garantia aos credores do devedor, de modo que forma, em si mesmo, objeto de relação jurídica. Para o desempenho desta função, o lado passivo não importa, vez que não serve de garantia aos credores do devedor.” (OLIVA, 2009, p.166).

²¹ Afirma Milena Donato Oliva: “No que concerne especificamente à alegação de que as dívidas integram o patrimônio, deve-se investigar a valia de tal entendimento à luz da noção de universalidade, na medida em que o patrimônio forma, no ordenamento pátrio, a universalidade de direito. A técnica das universalidades [...] pressupõe que o todo se distinga de seus componentes e esteja sujeito à disciplina jurídica própria, independente da de seus elementos.” (OLIVA, 2009, p.164).

as de promoção do suporte material da vida do indivíduo, tornando-a digna. Trata-se de uma função ativa do patrimônio, e não meramente estática. Logo, em decorrência desta análise funcional do patrimônio, que melhor atende aos princípios e valores constitucionais, a partir do momento em que o elemento passivo interfere de forma determinante no potencial de consecução daquela finalidade, ele deve ser considerado parte do patrimônio. Em outras palavras: a potencialidade do patrimônio de gerar satisfação de interesses que promovam a dignidade do sujeito se reduz na presença do elemento passivo.

De fato, uma eventual penhora sobre o elemento passivo benefício algum trará para o titular do crédito. Vista sob esta premissa, a conclusão à que chega Milena Donato Oliva é inteiramente coerente. Mudando-se, contudo, a premissa, isto é, desconsiderando-se a função de garantia como a principal e transferindo-se o protagonismo para a função positiva do patrimônio de viabilizar meio de sustento material, produzindo, pois, dignidade, o passivo, por influenciar determinantemente na potencialidade de se atingir tal finalidade, deve ser considerado elemento integrante do patrimônio.

Desconsiderar os elementos passivos como integrantes do patrimônio significa entendê-los irrelevantes para a verificação do potencial que um patrimônio possui de satisfazer interesses. Ocorre que tanto o ativo, como o passivo, são relevantes para fins de verificação deste potencial. A existência do elemento passivo, ao lado do ativo, decerto diminui a potencialidade de certo patrimônio de cumprir a sua função.

Se é possível a afirmação de que a função primordial de um patrimônio é a promoção de sustento de seu titular, conferindo-lhe dignidade, bem como a consecução de interesses sociais relevantes, em havendo a presença do elemento passivo a consecução de tal finalidade se tornará mais difícil. Em geral, quanto mais acentuada a presença do passivo, mais distante estará o patrimônio de sua finalidade.

E mesmo se forem consideradas as finalidades secundárias do patrimônio, tal como a função de garantia, parece certo que perde força o seu potencial garantidor em caso de presença do elemento passivo. Sendo verdade que o elemento passivo não se presta à satisfação de interesses, posto não se traduzir em expressão econômica positiva, igualmente verdade é o fato de que o elemento passivo faz com que mais dificilmente se atinja a satisfação do credor da obrigação por ele garantida.

Já quanto à segunda premissa, assim sustenta Milena Donato Oliva (2009, p.164):

Note-se que um direito incidente sobre universalidade desprovida de conteúdo recai, a rigor, sobre coisa nenhuma, de modo que não há direito. Aqueles que possuem

direito sobre universalidade se satisfazem, sempre, nos elementos que a esta pertencem.

Entende-se, no trecho transcrito, que seria ilógica a inclusão do passivo no patrimônio, já que o referido elemento não teria aptidão para satisfazer interesses. Isso decorre da noção de que a universalidade possui uma importância jurídica em si mesma, mas que a satisfação do interesse do sujeito, que possui direito sobre aquela, se dá no elemento componente (OLIVA, 2009, p.164).

Entretanto, é exatamente pelo fato de o patrimônio ser uma universalidade que o direito que sobre ele recai é relevante, ainda que se verifique o passivo superando ativo.

Analisando-se esta questão sob a ótica da função do patrimônio de gerar riqueza, possibilitando a subsistência material de seu titular pessoa física ou a atividade econômica da pessoa jurídica, o elemento passivo influencia na capacidade de o patrimônio promovê-la. Tomando-se o exemplo da pessoa jurídica, a existência de elemento passivo em seu nome acaba por diminuir a sua capacidade de investimento. Se o passivo superar o ativo, muito provavelmente a sua capacidade de investimento se aviltará, de modo que eventual renda poderá ser voltada, em grande medida, ao pagamento de suas obrigações. Não há, portanto, como desconsiderar a presença do passivo no patrimônio desta hipotética pessoa jurídica.

Em se tratando da função de garantia do patrimônio, pode-se tomar o seguinte exemplo: se “A” é credor de “B”, o patrimônio deste último se torna garantia. Pode ser que no momento da celebração do negócio jurídico o passivo de “B” seja superior ao ativo. A depender do momento da efetivação da garantia, de fato “A”, possivelmente, não teria o seu crédito satisfeito. Porém, pode ser que aquele patrimônio, outrora negativo, se torne, em algum momento, positivo, quando, então, será possível ao credor ver o seu crédito satisfeito.

Mas note-se bem: no momento daquela celebração do negócio jurídico, “A” já possuía direito sobre o patrimônio de “B”. Ainda estudando a hipótese dada, desconsiderar que o passivo integra o patrimônio acarretará ou a noção de que o patrimônio de “B” somente é composto pelo ativo ou a noção de que “B”, no momento da celebração do negócio jurídico, não possuía patrimônio. Quanto ao primeiro caso, considerar apenas o ativo acarretará uma imensa distorção, já que se apresentará uma ideia falsa da realidade, transparecendo que “B” teria maior disponibilidade sobre os seus bens do que na realidade possuía.

Já quanto ao segundo caso, seria inteiramente ilógico considerar uma inexistência de patrimônio no momento daquela celebração do negócio jurídico. Afinal, se “B” reverter a situação posteriormente, tornando o ativo superior ao passivo, isto não integraria a garantia de

“A”? Mas e antes desta reversão? Pela lógica da inexistência de patrimônio por ocasião da celebração, não haveria qualquer direito de garantia de “A”, já que teria celebrado negócio jurídico com pessoa desprovida de patrimônio. Não teria surgido, assim, a garantia no momento da celebração do negócio.

Não pode ser assim. Em havendo reversão da situação econômica de “B”, “A” poderá se valer como garantia do que daí resultar. E isso porque já detinha direito sobre a universalidade de titularidade de “B” desde o momento da celebração do negócio jurídico, independentemente de nela predominarem os elementos ativos ou passivos.

O elemento passivo é, pois, imprescindível para se aferir a posição patrimonial de alguém. No que tange às pessoas jurídicas, o elemento passivo é essencial para fins de elaboração da mais importante das demonstrações financeiras da sociedade, que é o balanço patrimonial. Vale trazer à baila as lições de José Edwaldo Tavares Borba (2004, p.433-434):

O balanço patrimonial é a mais importante das demonstrações financeiras, pois funciona como uma espécie de radiografia da sociedade.
Arrola o balanço, de um lado, as contas ativas e, do outro, as contas passivas.
O ativo compreende todos os bens e créditos de que a sociedade é titular, enquanto o passivo aglutina todos os débitos existentes.

No mesmo sentido, afirma Francisco Amaral (2014, p.401):

A demonstração contábil do patrimônio, com indicação detalhada dos componentes do ativo e do passivo, chama-se balanço, de grande importância no direito comercial e tributário por demonstrar a posição financeira da pessoa em determinado período.

Observa-se que a exata noção da dimensão do patrimônio somente ocorre quando levado em consideração o elemento passivo.

Por fim, cabe analisar a compatibilidade da inclusão do passivo no patrimônio com a redação do art. 91²² do Código Civil, que define a noção de universalidade no nosso direito. Percebe-se que as relações jurídicas que formam a universalidade devem ser aquelas que possuem valor econômico. Trata-se, assim, de verificar se o elemento passivo possui valor econômico que o conduza a ser incluído na universalidade.

Cumprido destacar que todas as relações jurídicas dotadas de valor econômico fazem parte da universalidade. Portanto, aí se encontram inseridas as obrigações, já que possuem tal característica. Aliás, atente-se para o fato de que a obrigação apresenta uma dupla face,

constituindo “um elemento ativo do patrimônio do credor e um elemento passivo do patrimônio do devedor” (LOBO, 2013, p.29).

Indiscutível, portanto, que a obrigação possui cunho econômico, enquadrando-se, pois, no conceito de relação jurídica apta a compor a universalidade, nos termos do art. 91 do Código Civil.

Assim, também pelo prisma da redação do art. 91 do Código Civil, o elemento passivo também faz parte do patrimônio, não sendo tal noção, em nada, incompatível com a universalidade, até porque não houve qualquer ressalva legislativa acerca da presença do passivo nas universalidades.

5 CONCLUSÃO

De início, em que pese a dificuldade de se conceituar o patrimônio, foram apresentadas algumas definições, compostas por elementos razoavelmente aceitos entre os estudiosos do tema. Verificou-se aí o seu caráter eminentemente quantitativo.

Diante deste caráter, foi criticada a premissa tradicional no sentido de que o patrimônio seria uma projeção da personalidade. Vale dizer, classicamente, são atreladas, de forma indevida, noções inteiramente distintas, já que a personalidade, diferente do patrimônio, diz respeito aos aspectos existenciais da pessoa.

Se o tratamento concedido pelo ordenamento ao aspecto quantitativo é tão distinto em relação ao existencial, nota-se que, à luz dos valores e princípios constitucionais, não se afigura adequado ligar aquelas duas noções.

Partindo-se desta premissa, ao contrário da maioria dos estudiosos do tema, pretendeu-se, antes de se definir os caracteres estruturais do patrimônio, estudar o seu aspecto funcional. Isto é, defendeu-se a tese de que a função possui o condão de definir a estrutura, e não o contrário.

Conferindo-se, pois, precedência ao aspecto funcional, estabeleceu-se que as funções tradicionalmente apresentadas como as principais do patrimônio – garantia do cumprimento da obrigação e de medida da sucessão – não ocupam, na realidade, o protagonismo preconizado. Acentuou-se que considerá-las como as principais funções termina por relegar o patrimônio a uma posição secundária, somente ganhando relevância no momento patológico do descumprimento de uma obrigação ou no momento da morte do seu titular.

²² “Art. 91. Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico”.

Ato contínuo, defendeu-se a ideia de que as funções mais relevantes do patrimônio são aquelas por meio das quais melhor se tutela a pessoa, que, conforme estudado, ocupa o ápice do ordenamento jurídico. Diante disso, verificou-se que a principal função do patrimônio é a de proporcionar o esteio material para a vida, conferindo-lhe dignidade. Ou seja, ele se presta, primordialmente, a proporcionar a subsistência.

Em se tratando de pessoa jurídica, às quais não se aplicam os direitos da personalidade, a função do patrimônio será a de proporcionar o exercício da atividade econômica, sempre à luz da função social.

Daí a total compatibilidade das ideias de patrimônio separado e negócio de fidúcia com o ordenamento jurídico brasileiro, já que consistem em ideias que privilegiam o elemento funcional. Ou seja, são institutos que melhor propiciam o alcance das funcionalidades do patrimônio.

Fincadas estas questões, passou-se então à análise do aspecto estrutural do patrimônio, com a verificação de quais elementos o compõem. Tendo-se em vista que foi seguida a lógica de que o aspecto funcional informa o estrutural, e não os inverso, sustentou-se que qualquer elemento que influencie, de modo determinante, no potencial do patrimônio de promover a sua função, dele fará parte.

Como o passivo influencia sobremaneira aquele potencial, ilógico não considerá-lo parte integrante do patrimônio, apesar de vozes autorizadas entenderem de forma contrária.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BEVILÁCQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 2.ed. Campinas: Servanda, 2015.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010a. p.3-20.
- _____. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010b. p.317-342.
- _____. Ampliando os direitos da personalidade. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010c. p.121-148.
- _____. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010d. p.71-120.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 9.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 14/06/2016.
- CHALHUB, Melhin Namem. *Trust: perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. Contratos e responsabilidade civil: duas funcionalizações e seus traços. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n 903, p.26-37, 2011.
- FERNANDES, Luis A. Carvalho. *Teoria geral do direito civil*. 5.ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009.
- MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, n.63, p.69-94, 2008.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantia das obrigações*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2012.
- LOBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MARTINEZ, Pedro Romano; PONTE, Pedro Fuzeta da. *Garantias de cumprimento*. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

OLIVA, Milena Donato. *Patrimônio separado: herança, massa falida, securitização de créditos imobiliários, incorporação imobiliária, fundos de investimento imobiliário, trust*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. A proteção dos incapazes e a utilidade da incorporação do trust pelo direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.102, n.938, p.59-77, 2013.

_____. *Do negócio fiduciário à fidúcia*. São Paulo: Atlas, 2014.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 27.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v.1.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHREIBER, Anderson. Direito civil e Constituição. In: *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013a. p.5-24.

_____. Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira. In: *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013b. p.243-266.

SILVA, Clóvis do Couto e. *A Obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. A pessoa jurídica e os direitos da personalidade. In: *Temas de direito civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001a. p.299-501.

_____. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001b. p.23-54.

_____. O novo e o velho direito civil. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo II. p.398-401.

_____. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009a. Tomo III. p.41-64.

_____. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009b. Tomo III. p.3-19.

WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro: introdução e parte geral*. 7.ed. São Paulo: RT, 1992.