

CONSTITUIÇÃO E DIREITO CIVIL

Roberto Rosas

1. A Constituição brasileira tem inúmeras normas influencia-doras ou correlatas com as normas de Direito Civil. Tal circunstância excita o mundo jurídico no momento da discussão (incrementada) do projeto de Código Civil.

2. As constituições do século passado, inclusive a brasileira (1824) não inseriam normas políticas ou econômicas, fenômeno aclarado a partir da Constituição de Weimar (1919) refletido na constituição brasileira de 1934, e nas subsequentes, e de grande intensidade, nesta Carta de 1988. Abre-se assim, aquilo que o Prof. MIGUEL REALE chamou de compreensão social do Direito.¹ Está aí a resposta da ligação da Constituição com normas de Direito Civil, porque estas têm grande conteúdo social, não fossem normas de regência do indivíduo na sociedade.

3. Estabelece-se esse liame a partir do direito à vida, e o respeito à dignidade humana. Está em proteção o ser humano.

4. A personalidade deriva da proteção ao ser humano, naquilo de mais ínsito, como afirmou FERRARA – direitos privados destinados a assegurar ao indivíduo o gozo do próprio ser, físico e espiritual², corroborado por ORLANDO GOMES ao comentar o

¹ REALE, Miguel. *Razões de um novo Código Civil – O Estado de São Paulo*. 5.9.98.

² FERRARA. *Trattato de Diritto Civile*. P. 388.

projeto de Código Civil de sua autoria, quando afirmava o respeito à pessoa humana, à dignidade humana, não se confundindo com os direitos do homem³. Cabe distinguir a personalidade da capacidade, também a defesa da personalidade. É importante invocar Pietro Rescigno para quem, em primeiro lugar, a Constituição é a fonte dos direitos da personalidade⁴, tanto que várias cartas estrangeiras dão guarida aos direitos da personalidade⁵. O exercício desses direitos é fundamental para sua existência⁶.

Desses princípios decorrem os direitos do nascituro, isto é, desde a concepção, ainda que o Projeto assinale o nascimento com vida⁷. O direito ao corpo, e até ao cadáver (pela família do morto) impõe o respeito à doação de órgãos (C.F. – art. 199, § 4º) incentivada pela Carta Magna, e regulada por lei ordinária. Essa diretriz é de alto significado, porque vidas seriam salvas, se houvesse maior compreensão para esse problema.

O direito ao nome, à imagem (art. 5, II) e à intimidade (art. 5º, X), estão ligados à personalidade. Certamente devem ser pensadas novas diretrizes sobre a bioética⁸, e também sobre os transplantes (C.F. – art. 199, §4º e Lei 9434), a engenharia genética⁹ e até a clonagem.

5. O contrato deve ser repensado à luz constitucional, partindo-se da sua função social, admitindo-se a resolução ou revisão por excessiva onerosidade, e até reduzindo a multa contratual. Essa revisão conceitual faz pensar na chamada

³ Memória Justificativa do Anteprojeto de Reforma do Código Civil, 1963, p. 38.

⁴ RESCIGNO, Pietro. *Manuale de Diritto Privato Italiano*. 1980, p. 205.

⁵ Alemanha: arts. 1º e 2º; França: Preâmbulo e art. 66.

⁶ AMARAL, Francisco. *Direito Civil, Introdução*. 2ª ed., p. 245, Renovar, 1998.

⁷ Pacto de San José da Costa Rica – art. 4º, II – desde a concepção.

⁸ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Direitos da Personalidade e Bioética*. Rev. Renovar 9/37; FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípio constitucional: uma introdução*; FABRIS, Sérgio, 1991.

⁹ Lei 8974, de 5.1.95 c/c Dec. 1520.

autonomia da vontade e na livre iniciativa contratual¹⁰ (nova fase). Ademais, como observa PIETRO PERLINGIERI o elemento constante na teoria dos atos e da atividade dos particulares é a iniciativa, não a autonomia privada¹¹. De grande espaço jurídico é a proteção ao ato jurídico perfeito (*rectius* – negócio jurídico – contrato), não podendo ser prejudicado por lei nova. Ainda no âmbito das obrigações, veja-se a consequência do princípio da individualização da pena, e a obrigação de reparação do dano decorrente, que pode ser estendida aos sucessores, segundo a lei¹² (C.F. – art. 5º, XLV).

A Constituição inseriu no direito brasileiro o devido processo legal. Tiram-se do substantivo (ao lado do processual) as regras da proporcionalidade e da razoabilidade. Entende-se assim, a possibilidade do exame contratual à luz dessas diretrizes¹³. A prisão civil do depositário é questionada à luz do Pacto de San José da Costa Rica, quando se considera, no Brasil, a prisão do devedor fiduciário vencido em ação de depósito, e não entrega o bem alienado¹⁴.

6. A responsabilidade civil do Estado já está prevista no art. 15 do Código Civil. Portanto, sujeitam-se as pessoas jurídicas de direito público. A Constituição, ao prever tal encargo, dá-lhe largueza para atingir as pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos (art. 37, § 6º). A Constituição admite o erro judiciário impondo a indenização ao condenado (C.F. – art. 5º LXXV).

É significativa, no âmbito da responsabilidade civil, a afirmação da indenização do dano moral (art. 5º, V e X)¹⁵.

¹⁰ WALD, Arnold. *O Contrato no Projeto do Código Civil*. Rev. IASP I/12.

¹¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. p. 18, Renovar.

¹² ROSAS, Roberto. *A Reparação do dano causado pelo crime*. RT 487/24.

¹³ ARNOLD WALD, op. cit. p. 16.

¹⁴ STF – HC 72131, RE 206482 – j. 27.5.98.

¹⁵ ROSAS, Roberto. *Direito Sumular*. 9ª ed., 1998, comentários às Súmulas 491 – STF – e 37 – STJ.

7. Ao tratar do direito da empresa, o Projeto deve socorrer-se da Constituição, pois, os conceitos daquele estão inseridos nas sociedades de economia mista e empresa pública (C.F. – art. 173, § 1º).

Também as sociedades cooperativas são protegidas pela Carta Magna (C.F. – art. XVIII) e pelo Projeto (art. 1092). Deve-se buscar na Constituição o conceito de sociedade estrangeira (C.F. 176), porque o Projeto é exaustivo no tema (art. 1133).

8. A família encontrou enorme espaço na Constituição, como já encontrara em outros diplomas estrangeiros (art. 226).

O papel destinado às entidades familiares, ao contrário do conceito de unidade familiar, desloca-se do casamento para as relações familiares, com dignidade a seus membros. Como observa GUSTAVO TEPEDINO, a Carta Magna altera o objeto da tutela jurídico familiar, voltando-se para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes. Por isso, há necessidade da explicitação do termo casamento, porque a Constituição trata-o em duas versões: como ato e como solenidade.

A regra do casamento é a nota, e a igualdade de direitos dos cônjuges, mas protege-se a união estável. A filiação é protegida com o poder familiar, não mais único do pater, e os alimentos devidos em razão do parentesco ou do casamento, mantida a regra da prisão civil do inadimplente da obrigação alimentar, e o benefício ao idoso e necessitado na falta de alimentos (C.F. – art. 203, v). É importante pensar-se na regra do casamento religioso (abstrai-se o civil) com efeitos civis (C.F. – art. 226, § 2º). É grande o número de concubinatos e de união estável com casamento religioso, porém, sem o civil, por motivos religiosos, sociais, e até econômicos (sem condições de pagamento).

Já se fala da necessidade na unificação do Direito de Família no Mercosul para atender a peculiaridades locais¹⁶. Será uma

¹⁶ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *A unificação supranacional do Direito de Família*. Rev. Renovar 9/1.

determinação da Constituição no incentivo a mercados regionais (C.F. – art. 4º, § único).

Na igualdade entre cônjuges algumas regras de competência serão revistas (CPC art. 100) e a consequência está na posição do cônjuge sobrevivente na ordem da vocação hereditária, em vantagem a outros herdeiros, bem como a sucessão de bens de estrangeiros situados no Brasil será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos, competindo com a lei pessoal do falecido, se esta lhes for mais favorável (C.F. – art. 5º, XXXI).

9. Assegura-se o direito à herança (C.F. – art. 5º, XXX). Volta-se a discutir sobre a possibilidade de exclusão do herdeiro, como na indignidade e na deserdação.

10. O direito de propriedade só pode ser interpretado à luz da Constituição, a partir do conceito de função social (art. 5º, XXIII), perda da propriedade (art. 5º, XXIV e 170, III). Deve ser observada a chamada reforma agrária (art. 184), como determinante do direito de propriedade. A posse acarretadora do usucapião e a moradia como proteção social. O princípio da função social da propriedade aplica-se às obrigações, aos créditos e aos contratos. Os bens públicos devem ser pautados segundo a Constituição (art. 20). Exclui-se da penhora decorrente da dívida contraída na atividade produtiva, a pequena propriedade rural trabalhada pela família (C.F. – art. 5º, XXVI). Fatalmente o conceito de propriedade será examinado com o art. 182 (propriedade urbana) e o art. 186 (propriedade rural). Também as novas formas de propriedade devem ser repensadas (propriedade compartilhada como no *timing sharing*¹⁷, na propriedade nos *flats* ou *apart-hotéis*, no condomínio de edifícios, e na sempre discutida propriedade no shopping center¹⁸).

¹⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade imobiliária*, Saraiva, 1993.

¹⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. RT 716/112.

11. É importante invocar o art. 5º, § 2º da Constituição que prevê outros direitos decorrentes do regime e dos princípios democráticos. Então vamos buscar os princípios morais regedores das relações jurídicas e sociais, o princípio da boa-fé¹⁹ (Projeto – art. 112). A boa-fé dirige-se ao comportamento e a todos os quadrantes da vida em sociedade.

12. Não podemos esquecer nas outras hipóteses relacionadas com o Direito Civil. Assim quando a Carta Magna fixa as taxas de juros reais em 12% (art. 192, § 3º). Quando respeita o ato jurídico perfeito (art. 5º, LXXXVI) fundamental para a interpretação dos negócios jurídicos, e especialmente contratos avassalados por normas legais que descontinuem a vontade contratual.

13. Conclui-se com observações prévias. Deveria a Constituição inserir normas de Direito Civil?

As cartas do século passado, e aquelas fortes no modelo americano, não se interessaram por regras econômicas e sociais. Com a Constituição de Weimar (1919) e a Constituição mexicana de 1917, houve a transição para o estado social de Direito. A Carta de Weimar tratou especificamente dos direitos fundamentais dirigindo-os ao indivíduo, à vida social, e à vida econômica. Destaque-se na matéria que essa Constituição alemã tratou do casamento como fundamento da vida da família (art. 119), e a igualdade dos dois sexos, a igualdade dos filhos (art. 121).

Essas influências entraram no Brasil na Carta de 1934, e ficaram, cada vez mais intensas, até na Constituição vigente.

Acertou o Constituinte?

A resposta deve ser dada partindo-se de uma carta sintética ou não. Como o processo constituinte (1988) dirigiu-se a uma abertura, com a inserção liberal de normas das mais variadas espécies, responde-se, até aqui, como salutar a inserção. Será im-

¹⁹ NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Renovar, 1998.

portante, em futuro, a separação das normas principiológicas, e portanto, dispensáveis de inserção, daquelas normas fundamentais necessárias com a inserção.