

A CONSTITUIÇÃO DE 1967 E O DIREITO CIVIL.

EUCLIDES DE MESQUITA

Professor Titular de Direito Civil
na Universidade Federal do Paraná

É conceito jurídico elementar que o direito de cada povo se constitui de acordo com a sua organização política.

Daí a afirmação de Clóvis de que as Constituições são fontes primárias do direito positivo.

A nossa Constituição, promulgada em 24 de janeiro de 1967, surgida das circunstâncias do momento nacional, não registrou apenas a síntese das experiências políticas por que passou a Nação, necessárias, talvez, a uma perfeita condição de coexistência de todos os brasileiros; mas, admitiu regras que são fontes positivas do direito civil brasileiro.

Em verdade, os princípios jurídicos contidos na Carta de 67, sem dúvida, alteram e modificam certos conceitos e regras que se inserem em nosso Código Civil, até mesmo no Projeto do Código Civil, com que o Poder Público se propõe atualizar o direito civil de nosso País.

Confirma-se, assim, que os pressupostos do direito civil encontram-se na Constituição que se mantém firme, por exemplo, no que tange à instituição da família e da propriedade privada, traduzindo o sentimento geral do povo brasileiro, ao longo de sua evolução sócio-econômica.

É certo que as leis são produtos da cultura de um povo, do grau de seu desenvolvimento social.

Procuraremos analisar, à luz dos preceitos estabelecidos na Constituição de 67, as influências do novo diploma máximo em nosso direito civil.

Nosso estudo não pretende atingir uma análise aprofundada das diversas disposições da nova Constituição, neste particular, mas

apresentar algumas observações sobre a posição atual de nosso direito civil, em face aos preceitos constitucionais que passarão a vigorar a partir de 15 de março de 1967 e que, indubitavelmente, condicionam o desenvolvimento de nossas leis civis.

As grandes linhas mestras do novo estatuto, que diretamente incidem sobre o direito civil, encontram-se na garantia dos direitos adquiridos, princípio de segurança da ordem (art. 150, § 3.º), na instituição da família, base da organização social (Título IV), e na garantia da propriedade, na sua função sócio econômica (Título III);

Mas, não só estas diretrizes gerais interferem com o direito civil, pois muitas outras disposições refletem as influências da nova Carta sobre o direito dos cidadãos, mantendo entre outros, os princípios de rigoroso nacionalismo nas disposições que veda a propriedade das empresas jornalísticas de televisão e rádio difusão a estrangeiros (art. 166), assim como a navegação de cabotagem e outras restrições, em que pese o disposto no art. 3.º do Código Civil quando determina que a lei não distingue entre nacionais e estrangeiros quanto à aquisição e ao gozo dos direitos civis — o que deve ser entendido com temperamentos; o princípio da unidade e da universalidade da sucessão, consignado no art. 1.º da Lei de Introdução do Código Civil continua em vigor; uma nova classificação de bens da União e dos Estados alterou, em parte o disposto na Constituição de 1946 (art. 4.º); no título III — Da Ordem Econômica e Social, modificou-se o sistema da Constituição anterior, inovando-se, em matéria constitucional, a respeito da forma de pagamento nas desapropriações de latifúndios, além de outros dispositivos que não merecem maior elogio, pela pouca clareza de seu enunciado como veremos adiante.

São estas, em linhas gerais, os principais dispositivos da nova Carta e que passaremos a analisar, sem preocupações maiores de uma investigação jurídica mais detida.

Todavia, a iniciativa de debater o assunto provem de sugerir aos doutos a necessidade de uma investigação mais profunda sobre o assunto que interessa fundamentalmente o nosso direito civil máxime quando se acha em cogitação o novo Código Civil, cujo Projeto já fora até remetido ao Congresso e, em boa hora, retirado daquela Casa das Leis pelo Governo da República, sensível às críticas, as mais das vezes procedentes, dos maiores estudiosos do Direito Civil no país.

Procuramos analisar, à luz dos preceitos estabelecidos na Cons-

tituição de 67, as implicações de seus dispositivos em relação ao Direito Civil Brasileiro.

I — **DIREITO ADQUIRIDO:** — O art. 150, § 3.º, da Constituição de 67, estabelece que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Mantém o novo Estatuto a tradição do direito brasileiro, só desviada pela Constituição de 37 e pelo Decreto-Lei 4657, de 4 de setembro de 1.942, afinal renovado pela Constituição de 46 que estabeleceu a boa doutrina.

Assim, a garantia dos direitos adquiridos, princípio de segurança da ordem social, que o tumulto das idéias anti-jurídicas tentou abalar no Brasil, como alhures, vem se mantendo inalterável, em nosso direito constitucional, e exarado, como está, no art. 150 § 3.º da Constituição de 67, tem a vantagem de dirimir quaisquer dúvidas providas das intermináveis controvérsias que a teoria da retroatividade tem suscitado no estudo do direito civil.

II — **MAIORIDADE POLÍTICA:** — Começa a maioridade política, para um e outro sexo, aos 18 anos. (Art. 142).

A capacidade civil, segundo o Código, exige idade mais avançada. A lei civil estabelece que somente aos 21 anos completos se adquire a capacidade civil. Ficará abrogado este dispositivo da lei civil, para efeito de prevalecer o disposto na Lei Maior?

A dúvida já persistia quando da promulgação da Constituição de 46 e Clóvis, estudando o assunto, entendia que deveria prevalecer o disposto na Constituição por se achar abrogado o art. 9.º do Código Civil, no sentido que aqueles que tivessem capacidade para se alistar eleitores, gozariam também da plenitude dos direitos civis aos 18 anos completos.

Contra o entendimento se insurgiu Pontes de Miranda, ao ensejo de seus Comentários à Constituição de 1934, quando se apresentava o mesmo quadro jurídico. O eminente jurista esclarece que o “código civil brasileiro fixa a maioridade aos 21 anos, de modo que tivemos a partir de 16 de julho de 1934 certa discordância entre o direito político e o direito privado: pode o brasileiro ser eleitor aos 18 anos e ainda não ter a capacidade civil. Sem razão a opinião de Clóvis. Tirar da lei eleitoral consequências de direito privado é de uma extravagância doutrinária que não precisa de comentários. Cada ramo tem o seu domínio”.

De certo, está com a razão Pontes de Miranda e esta tem sido orientação de nosso direito, já desde a Constituição de 1934 e continua com o império do atual Estatuto político.

É de notar que o direito privado exerce influência decisiva neste ramo do direito político, pois o Estatuto de 67, em seu artigo 144, letra a, mantém dispositivo idêntico ao do art. 135, n.º I, da Constituição de 46, declarando que os direitos políticos se suspendem por incapacidade civil absoluta.

III — DA FAMÍLIA: — É, talvez, o instituto jurídico mais visado pelos reformadores sociais, na ânsia de atacar a constituição da família brasileira no que ela tem de mais sólido e intangível, ou seja, a indissolubilidade do vínculo conjugal.

Já o Anteprojeto, como o Projeto do Código Civil, em seus artigos 126 e 119, respectivamente, estabelecem a possibilidade de ser anulado o casamento pelo "error qualitatis" o que no dizer do eminente Des. Alceu Cordeiro Fernandes (Reforma do Código Civil — Estudos e Sugestões Rev. dos Tribunais, São Paulo, 1966) "Significaria, nada mais, nada menos, que uma garantia por vícios redibitórios..."

Muitos outros golpes procuram os inimigos da instituição da família desfechar contra esta, como sejam o reconhecimento da "companheira", e equiparação dos filhos ilegítimos, o regime de separação de bens como o legal, tudo indicando a preocupação de atingir a família, para quebrar-lhe a coesão, destruir-lhe os laços que a tornam uma instituição base da sociedade brasileira. É visível, ao longe, a preocupação de enxertar idéias extremistas, surgindo o Anteprojeto em uma época em que o Brasil, por seu próprio Governo, marchava, a passos céleres, para uma política esquerdizante que quase nos conduziu, aos caos comunista...

A Constituição de 46 veio desfazer o sonho louco dos aventureiros que pretendiam solapar, pela modificação das leis de direito privado, a organização familiar do País, e estabelecendo em seu art. 167 que "a família é constituída pelo casamento indissolúvel e terá a proteção dos Poderes Públicos" não ensejará a introdução, em nosso direito privado, dos graves inconvenientes de que se acha pejado o Projeto de Código Civil, em relação à instituição da família.

É de ver que o princípio claro do Estatuto que nos rege não se coaduna com os subterfúgios do Projeto do Código Civil no que se refere à constituição da Família Assim, os arts. 119, 126, 158 e 160 do Projeto do Código Civil, entre outros, colidem frontalmente com o sentido e espírito da nova Constituição, como, aliás, já feriam os princípios da Constituição de 46, revigorados, agora, pela nova Carta.

É indenegável haver a Carta Magna consagrado o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial, tornando-se defesa a aprovação de qualquer lei ordinária que, direta ou indiretamente, simulada ou subrepticiamente, afete esse princípio.

É uma consequência inderrogável da hierarquia das leis. O preceito constitucional não diz pura e simplesmente que a família é indissolúvel, se não que o casamento indissolúvel é que constitui a base da família.

IV — **DA SUCESSÃO**: — Transportou-se do Título VI da Constituição de 46 — Da Família, da Educação e da Cultura — para o Título III da nova Carta, o dispositivo que regula a sucessão de bens de estrangeiros situados no Brasil. Embora com redação mais escorreita, parece-nos, todavia, que sua colocação anterior condizia melhor com a natureza do instituto, no capítulo referente à Família, por se tratar de assunto de interesse particular desta.

Todavia, o princípio da unidade e da universalidade da sucessão, consignado no art. 10 da lei de Introdução do Código Civil, continua em vigor. Manteve-se, assim, a revogação do art. 14 da antiga Lei de Introdução que fazia prevalecer a lei nacional do falecido. A disposição mantém o princípio da lei do domicílio, abrindo exceção para aplicação da lei nacional do "de cujus", se mais favorável ao cônjuge ou filhos brasileiros.

Clóvis censurou, quando da promulgação da Constituição de 34, o dispositivo, alegando que a "Carta" desviou-se do rigor dos princípios, não atendeu ao espírito universalista do direito internacional, aliás, também afastado pela lei anterior. Cedeu à pressão do nacionalismo, e suspendendo a aplicação da lei, enquanto se verifica, de entre as duas possíveis qual a mais favorável, porá em cheque o princípio da transmissão imediata dos direitos do "de cujus" para os seus herdeiros, em detrimento da firmeza das relações jurídicas".

Contra a opinião do Clóvis insurge-se Pontes de Miranda, afirmando que a "crítica é totalmente sem base. Confunde-se nela "incidência" e "aplicação" da lei. Toda incidência é imediata, isto é, ao tempo preciso em que as relações jurídicas têm de ser regidas por alguma lei; ao passo que a aplicação dificilmente se compreenderia no instante da incidência: a aplicação é que é subjetiva; a incidência é objetiva. A lei brasileira, nos casos do art. 134, **incide**, se a lei estrangeira não é mais favorável; se a lei estrangeira é mais favorável, **incide** esta. Tudo se passa objetivamente. No momento em que tiver o juiz de sentenciar verificará qual a lei que incidiu. Não há ne-

nhum lapso em que a lei não tenha incidido. A incerteza é apenas subjetiva, como acontece a propósito de qualquer litígio em que se discute sobre a lei que deve ter regido a relação jurídica ou as relações em exame”.

Parece, mais uma vez, estar Pontes de Miranda com a razão, em que pese a altitude do grande Clóvis.

V — **DAS RESTRIÇÕES AOS ESTRANGEIROS:** — Nesse ponto, é certo que o princípio consagrado no art. 3.º do Código Civil, que estabelece que a lei não distingue entre nacionais e estrangeiros quanto à aquisição e ao gozo dos direitos civis, não representa uma realidade sócio-jurídica.

Diversos códigos consagraram a fórmula do art. 3.º de nosso diploma civil. O Código de Napoleão estabelece, todavia, o princípio da reciprocidade, quando diz, mais realisticamente que o nosso: “Art. 11 — “L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartient”.

Portugal, no art. 17 de sua lei civil, também faz restrições ao gozo de direitos civis: “Art. 17 — Só cidadãos portugueses podem gozar plenamente de todos os direitos que a lei civil reconhece e assegura”.

A lei civil espanhola, em seu art. 27 declara: “Los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles salvo lo dispuesto en las leyes especiales y en los Tratados”.

No Código Civil Suíço, o seu artigo 11 decreta: “Toute personne jouit des droits civils.” “En conséquence, chacun a, dans les limites de la loi, une aptitude égale, à devenir sujet des droits et d'obligations”.

Comentando o dispositivo, Curti-Forrer, em sua obra “Comentaire de Code Civil Suisse”, explica que: “La **nationalité** n'a non plus aucune signification en ce qui concerne la jouissance des droits civils; il est indifférent qu'un étranger appartienne ou non à un Pays qui ait un traité d'établissement” avec la Suisse. L'art. 11 s'applique au droit civil au sens le plus large. La qualité d'étranger n'a, au point de vue civil, d'autre signification que d'appeler l'application du droit étranger là ou de CSS l'autorise ou l'exige”.

O Código Civil Italiano, de 1942, em seu art. 16 disciplina a matéria, estabelecendo que “Lo straniero à ammesso a godere dei diritti civili attributi al cittadino a condizione di reciprocità e salvo le disposizioni contenute in leggi speciali”.

O Código Civil alemão — BGB — não se refere à extensão desses direitos aos estrangeiros, fazendo depender de legislação especial, com aprovação do Estado, a aquisição de imóveis por estrangeiros.

O Código Civil do Japão, em seu art. 2, declara: "Les étrangers ont la jouissance des droits privés, à l'exception de ceux qui leur sont refusés par les lois et ordonnances ou par les traités".

Os Códigos Civis dos países sul-americanos, como o da Argentina (arts. 51, 52 e 53); Bolívia (art. 19); Chile (arts. 55 e 57); Uruguai art. 22; Peru, art. 32, 33 e 34; Venezuela, art. 17; México, art. 1, conferem aos estrangeiros igualdade de direitos quanto à aquisição e gozo dos direitos civis regulados pelos códigos respectivos.

Assim, com exceção da Alemanha, todos os códigos dos países civilizados equiparam o estrangeiro ao nacional para efeito da aquisição e gozo dos direitos. Pontes de Miranda, analisando os fundamentos desta disposição dos Estados, afirma que "não tem só a finalidade de apontar os princípios que o povo, por sua tradição ou pelo clima moral que no momento histórico vive, reputa essenciais; atende às exigências supra estatais para que os outros Estados tratem o Estado que a faz como entidade observadora dos postulados atuais da civilização. Ao lado do **ethos** político, já é discernível a necessidade de se reconhecerem tais direitos, que nascem acima (portanto, na ordem jurídica supraestatal) e não dentro do direito do Estado, dito direito interno, de que o Direito constitucional é parte". (Ibidem, vol. II, pág. 64/65).

O direito brasileiro não poderia afastar-se desses princípios que afirmam a universalidade da pessoa humana. Todavia, não obstante a linguagem empregada pelo legislador, diz Washington de Barros Monteiro (Curso de Direito Civil, Parte Geral, Saraiva, 1966, pág. 82), a verdade é que em nosso direito positivo existe sensível discriminação entre estrangeiros e brasileiros, notadamente entre estrangeiros e brasileiros natos.

E o emérito jurista passa a citar inúmeros casos de discriminação, em extensíssima enumeração que seria longo demais transcrever, para concluir, melancolicamente, que as exceções ao direito consagrado no código mostram não ser desarrazoada a opinião daqueles que sustentam não mais se achar em vigor o art. 3.º do Código Civil.

O próprio Estatuto de 1967 configura em seus artigos 161, 165 e 166, entre outros que o art. 3.º de nossa lei civil não tem mais a

amplitude que sua letra pretende afirmar, em confronto com o dispositivo constitucional.

Clóvis entende ser isto "produto do mesmo nacionalismo, contrariando o que me afigura ser diretriz da civilização, para comunhão dos povos sob o pálio da justiça".

De fato, a orientação do Código Civil é outra, no sentido liberal, conforme o seu art. 3.º: "a lei não distingue entre nacionais e estrangeiros quanto à aquisição e gozo dos direitos civis."

O código Bustamante, em seu art. 1.º, também declara: "os estrangeiros que pertençam a qualquer dos Estados contratantes gozam, no território dos demais, os mesmos direitos civis que se concedem aos seus nacionais."

O Código Civil está, assim, automaticamente modificado, em que pese ser o Brasil um dos países que ratificaram o Código Bustamante.

VI — CLASSIFICAÇÃO DOS BENS PÚBLICOS: — A teoria e classificação dos bens públicos foram, ao de leve, atingidos pela Constituição de 1967.

Se, de um lado, ampliou-se o quadro dos bens, em relação à Constituição anterior, de outro, pode-se verificar que a redação se nos afigura menos apurada, e é de notar, sobretudo que o art. 4.º da Carta de 67 tornou-se casuista, embora procurasse em o inciso V englobar, numa técnica especial, todos os bens atualmente pertencentes à União — o que constitui um longo elenco de disposições legais, a que nos referiremos adiante de maneira sucinta.

Modificou-se o texto da Constituição anterior para se acrescentar, de maneira específica, a plataforma continental, regulada pelo Direito Internacional Público e as terras ocupadas pelos silvícolas. Ampliou-se, igualmente, os bens pertencentes aos Estados, acrescentando-se ao art. 5.º da nova Carta a expressão final "as ilhas fluviais e lacustres e as terras devolutas não compreendidas no art. 4.º".

Se, de um lado, parece ter sido aumentado o número de bens atribuídos ao domínio público, é de se considerar que, de acordo com a legislação extravagante, muitos bens de propriedade da União e do Estado, por ela regulados, incluem-se no inciso V — "os que atualmente lhe pertencem".

A legislação civil, em diversos diplomas, definiu a classe des-

ses bens, entre os quais se situam: Código de Águas e de Minas, o Decreto-lei n.º 9.760, de 5 de setembro de 1946, que dispõe sobre os bens imóveis da União, em cujo artigo 1.º discrimina os bens pertencentes à União e onde se nota uma pequena diferença em relação à nova redação da Constituição de 67; o decreto-lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937, que regula a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional; Decreto-lei n.º 825, de 11 de novembro de 1938, que dispõe sobre as águas pertencentes à União; os terrenos de marinha regulados pelo mesmo decreto-lei art. 2.º; Decreto-lei n.º 14.916, de 6 de setembro de 1945, que dispõe sobre terras devolutas.

Toda esta legislação civil complementa a Constituição, no que refere aos bens públicos, o que constitui capítulo importante do direito civil, pela necessidade de definir os bens relativamente às pessoas, a fim de que o direito possa regular o instituto da propriedade, com a seqüela de condições referentes aos mesmos, como sejam os caracteres de inalienáveis, imprescritíveis, impenhoráveis e intransferíveis.

VII — A PROPRIEDADE: — O conceito de propriedade aparece no Código Civil sob um aspecto rígido. O Projeto Primitivo, de Clóvis, dizia: "A lei assegura ao proprietário, dentro dos limites "por ela traçados, o direito de utilizar-se de seus bens, como entender, e de reivindicá-los, quando corpóreos, do poder de quem, injustamente, os detenha".

Há, na definição do atual art. 524 do Código, uma irrerealidade, em face às restrições que a Constituição traça a esse pretendido direito amplo e quase ilimitado que não se adapta às exigências da vida social, e não condiz com a natureza de sua relatividade, consignada na disposição da nova Carta que estabelece: "É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 157, VI, § 1.º. Em caso de perigo iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior".

Modificou-se, como já se encontrava na Carta anterior, (art. 141, § 16), o art. 590 do Código para se acrescentar mais um caso de perda da propriedade imóvel: o interesse social, por nós já longamente estudado em trabalho publicado em os "Arquivos" do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, n.º 98, junho de 1966.

É de anotar que a atual Carta, em seu artigo 157, VI, § 1.º

alterou o art. 591 § único do Código Civil, admitindo a indenização em títulos especiais da dívida pública, quando se tratar de latifúndio, como tal conceituado em lei (art. 157, VI, § 4.º).

A propriedade das jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo para efeito de exploração ou aproveitamento industrial (art. 161).

Modificou-se, para melhor, no que concerne à propriedade, o direito do proprietário nos resultados da lavra, quer seja por particulares, quer pela União. Decorre daí que o monopólio da exploração do petróleo se condiciona, com novo Estatuto, ao pagamento de uma indenização pela União, ou entidade que, em nome dela, exerça o referido monopólio, e cuja forma será regulada em lei ordinária.

Representa uma conquista ao direito de propriedade que se vê reconhecido na sua forma mais justa e em consonância com o conceito de propriedade inserto no Código Civil.

A propriedade literária, científica e artística, assim como os inventos industriais, as marcas de indústria e comércio e o nome comercial e constituem propriedade legal, assegurando-se-lhes os privilégios da lei, quanto ao direito exclusivo de sua utilização, e re- vigorando-se, assim, o disposto no Capítulo VI do Livro II do Código e leis extravagantes que vêm regulando a matéria.

Modificou-se o chamado usucapião constitucional, que passou a ser regulado de maneira diversa, quando no art. 164 do novo Estatuto se declara: "a lei federal disporá sobre as condições de legitimação da posse e de preferência à aquisição de até cem hectares de terras públicas por aqueles que as tornarem produtivas com o seu trabalho e de sua família".

De um lado, a lei regulará o usucapião nas terras particulares, como se depreende da primeira parte do artigo 164, e reconheceu-se a possibilidade de aquisição de terras públicas até cem hectares, num permissivo de usucapião sobre terrenos de propriedade pública que se tornam, assim, dentro das condições constitucionais, usucapíveis.

De outro lado, o novo Estatuto deixou de limitar a quantidade de terras que poderiam ser usucapidas, e que na Carta anterior era de 25 hectares, estabelecendo-se, de agora em diante, a sua não limitação, nos expressos termos do art. 164, quando declara: "a lei

federal disporá sobre as condições de legitimação da posse...", sem determinar a extensão dessa posse, como fazia anteriormente.

Convém notar que a Constituição não distingue entre brasileiros e estrangeiros, para obtenção do direito consignado no art. referido, o que vale por uma afirmação do valor do art. 3.º do Código Civil.

É de assinalar ainda que, pela Constituição, a propriedade, como um dos elementos da ordem econômica, tem uma função social, o que representa uma fórmula feliz, no dizer, já desde então, do preclaro Clóvis porque atende, na propriedade, ao elemento individual, de cujos estímulos depende a prosperidade do agrupamento humano; ao elemento social, que é razão de ser e a finalidade transcendente do direito; e, finalmente, às mudanças que a evolução cultural impõe à ordem jurídica.

VIII — DIREITO DAS OBRIGAÇÕES: — No direito das obrigações, os dispositivos do novo Estatuto constitucional estabeleceram bases justas do direito do trabalho que se refletem no Código Civil, dando feição mais equilibrada e atualizada a um dos capítulos mais imperfeitos de nossa legislação civil codificada e estabeleceram um princípio novo, de alta justiça e equidade quando fixaram a norma de "na exploração pelo Estado da atividade econômica, as empresas públicas, as autarquias e sociedades de economia mista, reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito de trabalho e das obrigações" (art. 163, § 2.º).

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO

De outro lado, o art. 104 define a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros, com direito à ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

O dispositivo já havia sido inserto na Constituição de 1946, e na de 67 aparece com a mesma redação, omitida apenas a expressão "civilmente", por julgada desnecessária, posto que se entende tratar-se de responsabilidade civil, e, no parágrafo único do mesmo artigo, acrescentou-se a palavra "dolo", para caracterizar melhor os dois fatos geradores da responsabilidade aquiliana: a culpa e o dolo.

O princípio da responsabilidade do Estado por atos de seus funcionários entendia-se como sendo matéria do direito administrativo, e apareceu, pela primeira vez, na Constituição de 1934 que di-

zia: "Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos. "Parágrafo primeiro: "Na ação proposta contra a Fazenda Pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte. E o parágrafo segundo: "Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário culpado."

A carta de 37, mais sintética no situar o problema, declarava: "Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos."

Amaro Cavalcanti, em sua obra clássica — Responsabilidade Civil do Estado, aponta, como fundamentos principais da responsabilidade geral do Estado, os seguintes:

- a) Entre o Estado e o funcionário dá-se a mesma relação que há entre mandante e mandatário;
- b) Ou a relação é idêntica à do **dominus negotii** e o **institutor**, ou à do preponente e do preposto;
- c) A responsabilidade resulta da garantia que o Estado assumiu, pelo ato da "nomeação" do funcionário, e o dever consequente de "obediência", que o Estado impõe aos particulares para com o funcionário;
- d) Ela resulta do **carater representativo** do funcionário, cujos atos devem ser considerados atos do representado; ou, ainda, de não haver **distinção** entre o Estado e funcionário e, juridicamente falando, só existir uma só pessoa ou um mesmo sujeito de obrigações e direitos;
- e) A responsabilidade justifica-se, finalmente, pelo dever de proteção que incumba ao Estado em relação aos indivíduos em geral.

Não é despicienda a questão particular de saber se a responsabilidade do Estado deve ser fundada, **exclusiva** ou **principalmente**, no direito público ou no direito privado, ou ainda em leis especiais segundo os casos diferentes.

Pensamos, com Amaro Cavalcanti que não é imprescindível a discussão preliminar deste ponto.

Convém verificar os reflexos da disposição constitucional, de

evidente sentido de direito público, no direito civil, ou seja no direito privado.

Os diplomas constitucionais de 34 e 37 faziam repousar a concepção da reparação do Estado na culpa (negligência, omissão ou abuso no exercício do cargo, esta última hipótese como culpa lata, equiparada ao dolo).

O texto atual da Carta de 67, como o da Carta de 46, é diverso, pois apenas falam em **dano**, e nenhuma referência é feita às figuras culposas e até como se vê do parágrafo único, admitindo ação sem culpa do funcionário, tanto assim que somente se tiver havido culpa deste é que a pessoa jurídica de direito público interno, poderá contra eles repetir o que houver pago em razão do dano por eles praticado.

É de notar ainda uma substancial modificação nas diversas Constituições: pela de 34, o litisconcórdio era obrigatório; a Carta de 37 falava em solidariedade, mas não impunha o litisconsórcio. A carta de 46 e a de 67 não falam em litisconcórdio, nem em solidariedade. Estará excluída a solidariedade e vedado o litisconsórcio? Quanto à solidariedade, o parágrafo restringe aos casos de culpa e, quanto ao litisconsórcio, Alcino Pinto Falcão entende que, em relação ao litisconsórcio **voluntário** passivo, seria um retrocesso vedá-lo e seria o cidadão poder o mais — ação direta, do parágrafo 37 do art. 141 da Carta de 46, mantido pelo parágrafo 3.º do art. 150 da Carta de 67, mesmo sem interesse pessoal e não poder o menos, quando em jogo seu interesse.

Assim, o art. 105 da Carta de 67 é mais amplo que o art. 15 do Código que não foi revogado pela Carta de 67, como não o fora pela de 46.

Parece-nos até que o Estatuto de 67 reforçou o art. 15 do Código Civil e tornou opcional ao interessado prejudicado usar a ação direta contra pessoa jurídica de direito público interno, cujo preposto tenha dado causa ao dano, ou recorrer, nos casos próprios, ao art. 1552 do Código Civil.

O nosso direito, com essa orientação, libertou-se do critério da culpa subjetiva, esposada pelos antigos civilistas, para se inclinar pelo princípio da culpa objetiva, ou da **casualidade do ato** praticado pela Administração Pública.

Efetivamente, o **caput** do preceito constitucional, art. 150, não se refere, como o art. 15 do Código Civil, a procedimento contrário

ao direito ou falta de dever prescrito em lei e o parágrafo, admitindo ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, somente quando tiver havido culpa ou dolo, deixa transparecer claramente que a pessoa jurídica de direito interno responderá perante terceiros prejudicados, mesmo quando não tenha ocorrido culpa dos funcionários.

Desta maneira, a Carta de 67, nos casos de dano a terceiros, responde por este com fundamento na teoria da responsabilidade objetiva ou do risco administrativo, sem revogar o disposto no art. 15 do Código Civil.

São estes os mais importantes reflexos do novo Estatuto Constitucional no direito privado brasileiro e, ao que nos parece, as inovações não foram prejudiciais ao desenvolvimento do nosso direito privado, mesmo em alguns casos, como no capítulo da ordem economia e social, o art. 161 restabelece um dos direitos da propriedade privada, com o regular pagamento de indenização ao proprietário do solo, do resultado da lavra, seja em relação a particulares, seja em referência à União, quando a exploração constituir monopólio desta.

A Constituição, em que pese o alarido dos antigos políticos quanto ao seu caráter de totalitarismo e imposição ao Congresso, revela que, não só seu feitio não tem estas características tão interessadamente argüida, como seu processo perante o congresso se desenvolveu em clima de liberdade e de discussão, embora dentro de prazos rígidos que as contingências do momento impunham.

As Constituições refletem sempre a posição social, política e econômica, de um determinado momento nacional. Egresso de uma revolução que afastou o país do perigo de uma situação que se forjara, adrede, à sombra do próprio Governo de então, o Brasil não poderia permitir que o movimento revolucionário entregasse aos interessados de ontem o destino do país, refletido na sua Constituição e na organização de seus poderes dirigentes.

A constitucionalidade, ou não, de um regime nunca foi motivo de maiores preocupações dos revolucionários latino-americanos, afirmava um pensador sul-americano. Apesar disso, os chefes políticos sempre levaram muito a sério os trabalhos constituintes e a necessidade de modificar ou substituir uma constituição tem representado um tópico freqüente de discussão.

Todas as Constituições latino-americanos dos últimos cento e

vinte anos foram de natureza democrática, ainda que, pela maior parte de sua existência nacional, essas nações não tenham gozado de uma democracia política efetiva.

A disparidade entre a teoria e a prática se amplia ou se reduz, quase que por um processo cíclico e, em alguns casos, permanente.

A luta mortal entre a democracia e as ditaduras que a América Latina sustenta permanente desde a sua existência, está adquirindo novas dimensões porque o tipo de força que quer conquistar o controle hoje em dia não é a tirania pessoal ou tradicional, de finalidade comparativamente limitada e relativamente fácil de ser destruída, mas é a toda absorvente, messiânica, militante e extremamente intolerante ditadura do totalitarismo comunista.

Urge que os Estatutos máximos modifiquem sua vocação de liberalismo utópico para criar um sentido de poder efetivo e conscientemente forte que possa armar o governo dos elementos condizentes com o tipo de inimigo que ameaça a democracia, sem perda dos direitos individuais da honra, da liberdade e a autoridade que o instinto de sabedoria de nossos homens públicos têm procurado encontrar para felicidade do país e de sua gente e que esperamos se aperfeiçoem, cada dia, para que o Brasil possa se transformar naquela região do mundo onde a liberdade sirva de seu distintivo entre as nações e a autoridade seja um meio certo e poderoso do equilíbrio de relações entre os homens, permitindo-lhes viver, num país onde os preconceitos se desterrem para as velharias do passado.